



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2018, Vol. 3, Part 1**

**2018, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**

Cited as [2018] 3 E.C.R., { 3-254  
D-1-D-9

Renvoi [2018] 3 R.C.F., { 3-254  
F-1-F-11

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.  
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

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, 2019.

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

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

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.*

*Inquiries concerning the contents of the Federal Courts Reports should be directed to the Editor at the above mentioned address and telephone number.*

### 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

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiſte 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, 2019.

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

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.*

*Les demandes de renseignements au ſujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrêtiſte en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

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–II
Judgments . . . . .	3–254
Digests . . . . .	D-1–D-9
<b>Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. v. 1161396 Ontario Inc. (F.C.) . . . . .</b>	<b>26</b>

Trade-marks—Registration—Appeal pursuant to *Trade-marks Act*, s. 56 from decision of Hearing Officer of Trade-marks Opposition Board respecting application No. 1333541 (TM Application) wherein registration of word IRRESISTIBLES (mark) for items listed as “candy and snacks” allowed—Respondent, corporate entity, filing TM Application with Canadian Trade-marks Office in February 2007 based on use in Canada since at least as early as August 2001—TM Application approved—Applicant filing opposition to registration of mark, alleging that TM Application not conforming to requirements of Act, s. 30(b) since mark had not been used by respondent in Canada in association with “cookies and biscuits” since claimed date of first use—Hearing Officer determining, *inter alia*: that Registrar properly concluding that TM application not for wares of one general class but for individually named specific wares; that TM application meeting requirements of Act, s. 30(b); that applicant failing to show that mark not used in association with “cookies and biscuits” at claimed date of first use—Issues: whether Board’s decision not to strike statement of opposition reasonable; whether respondent used mark in association with “cookies and biscuits” since at least as early as claimed date of first use; whether Court, in exercising discretion vested in Registrar of Trade-marks, having jurisdiction to issue “split” decisions pursuant to Act, s. 38(8)—Registrar’s conclusion that TM Application for specific goods reasonable—Plain reading of Act, s. 30(b) only requiring that trade-mark applicant file application containing date of first use for each of general classes of goods or services described in application—“Candy and snacks” generic terms taking sense from context in application—Registrar’s conclusion that application not for wares of one

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés . . . . .	I–II
Jugements . . . . .	3–254
Fiches analytiques . . . . .	F-1–F-11
<b>Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C. c. 1161396 Ontario Inc. (C.F.) . . . . .</b>	<b>26</b>

Marques de commerce—Enregistrement—Appel interjeté en vertu de l’art. 56 de la *Loi sur les marques de commerce* d’une décision par laquelle un agent d’audience de la Commission des oppositions des marques de commerce (C.O.M.C.) a admis la demande d’enregistrement n° 1333541 (la demande d’enregistrement de MC) de la marque de commerce IRRESISTIBLES (marque) pour des « bonbons et collations »—La défenderesse, une personne morale, a déposé auprès du Bureau des marques de commerce du Canada en février 2007 la demande d’enregistrement de MC fondée sur l’emploi au Canada depuis au moins aussi tôt qu’août 2001—La demande d’enregistrement de MC a été approuvée—La demanderesse a produit une déclaration d’opposition à l’enregistrement de la marque, alléguant que la demande d’enregistrement de MC ne satisfaisait pas aux exigences de l’art. 30(b) de la Loi, étant donné que la marque n’a pas été employée par la défenderesse au Canada en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » depuis la date de premier emploi alléguée—L’agent d’audience a conclu notamment que le registraire avait conclu à juste titre que la demande d’enregistrement de MC visait non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement; que la demande d’enregistrement de MC satisfaisait aux exigences énoncées à l’art. 30(b) de la Loi; que la demanderesse ne s’était pas acquittée du fardeau de preuve d’établir que la marque n’avait pas été employée en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » à la date de premier emploi alléguée—Il s’agissait de savoir si la décision de la C.O.M.C. de refuser de radier la déclaration d’opposition était raisonnable; si la défenderesse avait employé la marque en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » depuis au

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

general class but for individually named specific wares clearly reasonable since phrase “candy and snacks” alone would likely not have been acceptable category of goods without being further specified—Applied for trade-mark must nevertheless have been used in association with each of specific goods or services identified in general class prior to applicant’s filing date—Applicant’s new evidence could reasonably lead to conclusion that, at relevant date, respondent had not used mark—Respondent in turn not filing evidence of use of mark, failing to show having used mark as early as August 2001 nor any time since then—Regarding Court’s jurisdiction, jurisdiction to issue split decisions allowing Registrar to maintain proper balance between free competition, fair competition—Object of Act favouring interpretation of Act, s. 38(8) allowing Registrar or Court to issue split decisions—Therefore, Registrar having jurisdiction to issue split decisions pursuant to Act, s. 38(8)—Appeal allowed.

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

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Passports—Judicial review of decision of Investigations Division of Passport Program Integrity Branch of Citizenship and Immigration Canada finding that applicant provided false or misleading information in connection with passport application—Consequently, applicant imposed five-year suspension of passport services—Applicant, 25-year-old Canadian citizen, aspiring pop singer—Charged with extortion, criminal harassment—Police subsequently seizing applicant’s

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

moins aussi tôt que la date de premier emploi revendiquée; et si la Cour, en exerçant le pouvoir discrétionnaire dont le registraire des marques de commerce est investi, avait compétence pour rendre une décision « partagée » en application de l’art. 38(8) de la Loi—La conclusion du registraire selon laquelle la demande d’enregistrement de MC visait des produits particuliers était raisonnable—Selon le sens ordinaire de l’art. 30b) de la Loi, le demandeur de la marque de commerce n’est tenu que de produire une demande renfermant la date de premier emploi pour chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande—Les « bonbons et collations » sont des termes génériques qui tirent leur sens du contexte de la demande—La conclusion du registraire selon laquelle la demande visait non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement était manifestement raisonnable, étant donné que les termes « bonbons et collations », en soi, n’auraient vraisemblablement pas constitué une catégorie de produits acceptable en l’absence de plus amples précisions—La marque de commerce visée par la demande doit néanmoins avoir été employée en liaison avec chacun des produits ou services spécifiques décrits dans la catégorie générale avant la date de production de la demande du requérant—Les nouveaux éléments de preuve présentés par la demanderesse pouvaient raisonnablement mener à la conclusion selon laquelle, à la date pertinente, la défenderesse n’avait pas employé la marque—Comme la défenderesse n’a présenté aucun élément de preuve établissant l’emploi de la marque, elle n’a pas démontré qu’elle a employé la marque depuis déjà au moins août 2001, ni à aucun autre moment par la suite—En ce qui concerne la compétence de la Cour, grâce à la compétence pour rendre des décisions partagées, le registraire peut maintenir un équilibre approprié entre la libre concurrence et la juste concurrence—L’objet de la Loi militait en faveur d’une interprétation de l’art. 38(8) de la Loi qui permet au registraire ou à la Cour de rendre des décisions partagées—Par conséquent, le registraire était compétent pour rendre une décision partagée en vertu de l’art. 38(8) de la Loi—Appel accueilli.

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

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Passeports—Contrôle judiciaire d’une décision de la Division des enquêtes de la Direction de l’intégrité du Programme de passeport de Citoyenneté et Immigration Canada, qui a conclu que la demanderesse a fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport —En conséquence, une suspension de cinq années des services de passeport a été imposée à la demanderesse—La demanderesse, une citoyenne canadienne âgée de 25 ans, aspirait à devenir

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

passport—Applicant tried unsuccessfully to recover seized passport—Applied for new passport but ultimately provided false information; later, notified by Passport Integrity Branch that under investigation—Passport Integrity Branch issuing decision pursuant to *Canadian Passport Order*—Finding that sufficient evidence existing to support finding that applicant provided false or misleading information—Five-year refusal of passport services imposed on applicant—Whether imposition of five-year suspension of passport services on applicant reasonable—Passport Integrity Branch not reasonably balancing competing considerations in this case—No indication in decision under review that Passport Integrity Branch aware that applicant’s Charter rights implicated in this case—Reasons provided for imposing five-year period of passport ineligibility on applicant not addressing impact that decision would have on applicant’s mobility rights; decision maker also not balancing applicant’s interests against objectives of Passport Program as required—Review of passport cases conducted—Misconduct in cases reviewed far more serious than applicant’s—No indication in reasons provided by Passport Integrity Branch that it engaged with applicant’s important evidence on negative consequences of decision thereon in any meaningful way; not explaining why reasonably necessary to refuse applicant’s passport for five years in order to preserve integrity of Canadian passport system—Therefore, Passport Integrity Branch failing to carry out necessary analysis in balancing severity of interference with applicant’s Charter-protected mobility rights with objectives of Passport Program—Decision set aside, matter remitted to different decision maker for reconsideration—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Mobility Rights—Investigations Division of Passport Program Integrity

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

chanteuse pop—Elle a été accusée d’extorsion et de harcèlement criminel—La police a ensuite saisi son passeport—La demanderesse a tenté de le récupérer, sans succès—Elle a présenté une nouvelle demande de passeport, mais elle a en fin de compte fourni de faux renseignements; la Direction de l’intégrité du Programme de passeport a ensuite informé la demanderesse qu’elle faisait l’objet d’une enquête—La Direction de l’intégrité du Programme de passeport a rendu une décision en application du *Décret sur les passeports canadiens*—Elle a conclu qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve pour justifier une conclusion selon laquelle la demanderesse avait fourni des renseignements faux ou trompeurs—Une période de refus de services de passeport pour une période de cinq ans a été imposée à la demanderesse—Il s’agissait de savoir si l’imposition d’une suspension de cinq ans des services de passeport à l’encontre de la demanderesse était raisonnable—La Direction de l’intégrité du Programme de passeport n’a pas raisonnablement soupesé les considérations concurrentes en l’espèce—Il n’y avait aucune indication dans la décision faisant l’objet d’un contrôle que la Direction de l’intégrité du Programme de passeport était informée que les droits de la demanderesse garantis par la Charte étaient impliqués en l’espèce—Les motifs présentés pour justifier l’imposition d’une période d’inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans à l’encontre de la demanderesse n’ont pas abordé l’incidence que cette décision aurait sur sa liberté de circulation; le décideur n’a pas non plus soupesé les intérêts de la demanderesse et les objectifs du Programme de passeport, tel qu’il était tenu de le faire—Un examen des affaires portant sur les passeports a été effectué—Les inconduites dans ces affaires étaient beaucoup plus graves que l’inconduite de la demanderesse—Rien n’indiquait dans les motifs présentés par la Direction de l’intégrité du Programme de passeport que cette dernière a examiné d’une manière significative les éléments de preuve abondants de la demanderesse quant à l’incidence dévastatrice de la décision; elle n’a pas non plus expliqué pourquoi il était raisonnablement nécessaire de refuser à la demanderesse de lui délivrer un passeport pendant une période de cinq ans afin de préserver l’intégrité du système de passeport canadien—Par conséquent, la Direction de l’intégrité du Programme de passeport a omis de procéder à l’analyse nécessaire en mettant en balance la gravité de l’atteinte à l’encontre de la liberté de circulation garantie par la Charte de la demanderesse, d’une part, et les objectifs du Programme de passeport, d’autre part—La décision a été annulée et l’affaire a été renvoyée à un autre décideur pour une nouvelle décision—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Liberté de circulation et d’établissement—La Division des enquêtes de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Branch of Citizenship and Immigration Canada finding that applicant provided false or misleading information in connection with passport application; therefore, imposing five-year suspension of passport services on applicant—Passport Program Delivery Instructions, which govern administration of Passport Program, not recognizing Charter-protected mobility rights implicated in decisions such as this—No indication in decision under review that Passport Integrity Branch aware that applicant’s Charter rights implicated in this case; decision not addressing, in particular, impact that decision would have on applicant’s mobility rights—Decision makers required to balance severity of interference with individual’s Charter-protected rights against objectives of program in question—Required individualized assessment absent in this case; thus, imposition of five-year period of passport ineligibility not reflecting proportionate restriction on applicant’s Charter-protected mobility rights.

### **Vavilov v. Canada (Citizenship and Immigration)** **(F.C.A.)** ..... 75

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court judgment dismissing appellant’s application for judicial review of decision of Registrar of Citizenship invoking *Citizenship Act*, s. 3(2)(a), cancelling appellant’s citizenship under *Citizenship Regulations*, s. 26(3) — Appellant born in Canada, thus assumed he was Canadian citizen — Not aware parents were espionage agents for Russia under assumed names — Registrar finding that appellant not Canadian citizen since parents thereof not citizens or permanent residents at time of his birth but rather “employees of a foreign government” within meaning of Act, s. 3(2)(a) — Federal Court agreeing with Registrar’s interpretation — Central issue herein (finding appellant’s parents “employees of a foreign government”) involving interpretation, application of Act, s. 3(2)(a)—Whether Federal Court properly choosing, applying standard of review also a tissue—*Per* Stratas J.A. (Webb J.A. concurring): While Federal Court finding that standard of review in present case correctness, bound by decisions of Supreme Court of Canada directly on point — Case law establishing that reasonableness presumed standard of review for decision of administrative decision maker familiar with frequently used statute such as Registrar — In any event, standard of review debate not of great practical import here — Result Registrar reaching, namely that

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

la Direction de l’intégrité du Programme de passeport de Citoyenneté et Immigration Canada a conclu que la demanderesse avait fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport; en conséquence, une suspension de cinq années des services de passeport a été imposée à la demanderesse—L’administration du Programme de passeport est régie par les Instructions sur l’exécution du Programme de passeport, qui ne reconnaissent pas que la liberté de circulation garantie par la Charte était impliquée dans des décisions telles que celle-ci—Il n’y avait aucune indication dans la décision faisant l’objet d’un contrôle que la Direction de l’intégrité du Programme de passeport était informée que les droits de la demanderesse garantis par la Charte étaient impliqués en l’espèce; la décision n’a pas abordé notamment l’incidence que cette décision aurait sur sa liberté de circulation—Les décideurs sont tenus de mettre en balance la gravité de l’atteinte aux droits garantis par la Charte de l’individu, d’une part, et les objectifs du programme en question, d’autre part—L’évaluation individualisée requise était absente en l’espèce; donc, l’imposition d’une période d’inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans n’a pas tenu compte d’une restriction proportionnée à l’égard de la liberté de circulation garantie par la Charte de la demanderesse.

### **Vavilov c. Canada (Citoyenneté et Immigration)** **(C.A.F.)** ..... 75

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l’appellant à l’encontre d’une décision du greffier de la citoyenneté, qui a invoqué l’art. 3(2)a de la *Loi sur la citoyenneté* pour annuler la citoyenneté de l’appellant en application de l’art. 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté* — L’appellant est né au Canada et a donc présumé qu’il était citoyen canadien — Il ignorait que ses parents étaient des espions à la solde de la Russie et avaient vécu sous des noms d’emprunt — Le greffier a conclu que l’appellant n’était pas un citoyen canadien, puisque ses parents n’étaient ni des citoyens ni des résidents permanents au moment de sa naissance et qu’ils étaient plutôt des agents « au service [...] d’un gouvernement étranger » au sens de l’art. 3(2)a de la Loi — La Cour fédérale s’est dite d’accord avec l’interprétation faite par le greffier — La question principale dans la présente affaire (la conclusion que les parents de l’appellant étaient des agents « au service [...] d’un gouvernement étranger ») concernait l’interprétation et l’application de l’art. 3(2)a de la Loi—Il fallait aussi déterminer si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et si elle l’a appliquée correctement—Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Si elle a conclu que la norme de contrôle applicable dans la présente affaire

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

appellant's parents were "employee[s] in Canada of a foreign government" in Act, s. 3(2)(a) not supportable, defensible or acceptable — When purpose, context of Act, s. 3(2)(a) considered, Registrar's interpretation thereof could not stand — Appellant's parents not possessing diplomatic immunity; thus could not fall under Act, s. 3(2)(a) which includes only those enjoying diplomatic privileges, immunities — Registrar's failure to examine purpose, context of provision causing misunderstanding regarding how various paragraphs in s. 3(2) interrelating — Based on facts of present case, revocation of appellant's citizenship could not be sustained — Appeal allowed — *Per* Gleason J.A. (dissenting): Appeal should be dismissed — Text of Act, s. 3(2)(a) admitting of two rational interpretations — Strong case could be made for Registrar's interpretation that "employee" including all employees of foreign government having children in Canada — Open to Registrar to conclude as she did; reasonable to determine that appellant's parents falling within scope of Act, s. 3(2)(a) which disentitled appellant to Canadian citizenship.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from Federal Court judgment dismissing appellant's application for judicial review of Registrar of Citizenship's decision cancelling appellant's citizenship, standard of review Federal Court applying discussed — Federal Court finding that standard of review here correctness, holding that interpretation of *Citizenship Act*, s. 3(2)(a) question of law of general application across Canada, raising pure question of statutory interpretation — Nevertheless, Federal Court bound by decisions of Supreme Court of Canada directly on point — Line of case law establishing that reasonableness presumed standard of review for decision of administrative decision maker familiar with frequently used statute such as Registrar of Citizenship interpreting Act — Number of factors reinforcing presumption of deference herein — In any event, standard of review debate not of great practical import in this case.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

était la norme de la décision correcte, la Cour fédérale était cependant liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada qui portent directement sur ce point — Il existe un courant jurisprudentiel selon lequel la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s'appliquer à l'examen de la décision d'un décideur administratif qui connaît bien la loi, comme c'est le cas pour le greffier — Toutefois, le débat sur la norme de contrôle à appliquer ne revêtait pas une grande importance pratique en l'espèce — Le résultat auquel est parvenu le greffier, à savoir que les parents de l'appellant étaient « au service au Canada d'un gouvernement étranger » au sens de l'art. 3(2)a de la Loi, n'appartenait pas aux décisions acceptables ou justifiables — L'interprétation par le greffier de l'art. 3(2)a de la Loi ne pouvait résister à l'examen lorsqu'on prenait en compte son objet et son contexte — Les parents de l'appellant ne jouissaient pas de l'immunité diplomatique, et l'art. 3(2)a, qui n'inclut que les personnes qui bénéficient des privilèges et immunités diplomatiques, ne pouvait donc s'appliquer à eux — En omettant d'examiner l'objet et le contexte de la disposition, le greffier a mal compris l'interdépendance entre les divers alinéas de l'art. 3(2) — Eu égard aux faits de l'affaire, la révocation de la citoyenneté de l'appellant ne pouvait être justifiée — Appel accueilli — La juge Gleason, J.C.A. (dissidente) : L'appel doit être rejeté — Le libellé de l'art. 3(2)a permet deux interprétations rationnelles — De solides motifs militent en faveur de l'interprétation faite par le greffier selon laquelle « au service de » inclut tous les employés au service d'un gouvernement étranger qui ont des enfants nés au Canada — Il était loisible au greffier de conclure comme il l'a fait; il était raisonnable d'établir que les parents de l'appellant étaient visés par l'art. 3(2)a de la Loi, rendant ainsi l'appellant inadmissible à la citoyenneté canadienne.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans le cadre de l'appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant à l'encontre d'une décision du greffier de la citoyenneté, qui a annulé la citoyenneté de l'appellant, la question de la norme de contrôle appliquée par la Cour fédérale a été abordée — La Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte, indiquant que l'interprétation de l'art. 3(2)a de la *Loi sur la citoyenneté* soulève une question de droit d'application générale à l'échelle du Canada et qu'il s'agit d'une pure question d'interprétation des lois — Néanmoins, la Cour fédérale était liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada qui portent directement sur ce point — Il existe un courant jurisprudentiel selon lequel la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s'appliquer à l'examen de la décision d'un décideur administratif qui connaît bien

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### X (Re) (F.C.) ..... 111

Security Intelligence—Reference seeking to determine whether information obtained by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) from mobile devices of subject of investigation (subject) unlawful—CSIS capturing International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers with cellular-site simulator (CSS)—CSIS using CSS technology to attribute cellular device to subject whose identity already known, to “geo-locate” subject’s cellular device—Attorney General submitting, *inter alia*, use of CSS not contravening *Radiocommunication Act*, s. 9(1)(b), *Criminal Code*, s. 184, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8—Whether CSIS’s use of CSS without warrant to obtain identifying characteristics of subject’s mobile devices unlawful—CSIS’s use of CSS technology not contravening *Radiocommunication Act*—Wording of Authority to Use Radio held by CSIS in accordance with *Radiocommunication Act*, s. 5(1)(a)(v) sufficiently broad to cover use of CSS equipment by CSIS—CSIS also not contravening *Criminal Code*—Obtaining IMSI, IMEI identifiers through use of CSS equipment not capturing any content of communications made by targeted mobile devices—*Criminal Code* mischief provisions also not violated—As to Charter, s. 8, while capture of IMSI, IMEI constituting “search”, such capture only minimally intrusive and is authorized by law—Nothing in language of *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act), s. 21, or elsewhere supporting view that CSIS required to obtain warrant when engaging in minimally intrusive “search”—Act, s. 12 providing CSIS with authority to investigate suspicious activities without warrant—View that CSIS requiring warrant every time that person’s reasonable expectation of privacy engaged reading out requirement that search be “unreasonable” before it may be found contrary to Charter, s. 8—Parliament implicitly allowing CSIS to use CSS when passing s. 12—S. 12 reasonable law—“Reasonable grounds to suspect” standard sufficient to justify warrantless search—National security objectives sufficient to tip balance in favour of state interest when searches minimally intrusive—S. 12 neither overbroad nor vague—Scope of information CSIS may collect, retain limited to that which is “strictly necessary”—S. 12 not lacking in precision—Clearly articulating scope of activities to be investigated by CSIS—Judicial pre-authorization under Act, s. 21 necessary for more than

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### X (Re) (C.F.) ..... 111

la loi, comme c’est le cas pour le greffier de la citoyenneté appelé à interpréter la Loi — Un certain nombre de facteurs ont renforcé la présomption de déférence aux fins de la présente affaire — Toutefois, le débat sur la norme de contrôle à appliquer ne revêtait pas une grande importance pratique en l’espèce.

Renseignement de sécurité—Renvoi visant à déterminer si l’information obtenue par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) des appareils mobiles de la cible connue d’une enquête (cible) était illégale—Le SCRS a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir les numéros de l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et de l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI)—Le SCRS a utilisé la technologie relative aux ESB pour attribuer un appareil cellulaire à une cible dont l’identité est déjà connue et pour géolocaliser l’appareil cellulaire de la cible—La procureure générale a soutenu notamment que l’utilisation de la technologie relative aux ESB n’avait enfreint ni l’art. 9(1)(b) de la *Loi sur la radiocommunication*, ni l’art. 184 du *Code criminel*, ni l’art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Il s’agissait de déterminer si l’utilisation par le SCRS d’un ESB sans mandat dans le but d’obtenir les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de la cible était illégale—L’utilisation par le SCRS de la technologie relative aux ESB n’a pas contrevenu à la *Loi sur la radiocommunication*—Le libellé de l’Autorisation relative à l’utilisation d’appareils radio que détenait le SCRS conformément à l’art. 5(1) (a)(v) de la *Loi sur la radiocommunication* était assez général pour inclure l’utilisation d’ESB et du matériel connexe par le SCRS—Le SCRS n’a pas contrevenu non plus au *Code criminel*—L’obtention des identificateurs de l’IMSI et de l’IMEI au moyen d’un ESB n’équivaut pas à la capture de tout contenu de communications effectuée au moyen des appareils mobiles visés — Le SCRS n’a pas enfreint non plus les dispositions du *Code criminel* sur les méfaits—En ce qui concerne l’art. 8 de la Charte, la collecte de l’IMSI et de l’IMEI constituait une « fouille », mais cette collecte n’était que minimalement envahissante et elle était autorisée par la loi—Ni le libellé de l’art. 21 ni les autres dispositions de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) n’appuient le point de vue selon lequel le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois qu’il effectue une « fouille » minimalement envahissante—Le libellé de l’art. 12 de la Loi sur le SCRS confère au SCRS le pouvoir d’enquêter sans mandat sur des activités suspectes—Considérer que le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois que les attentes raisonnables d’une personne en matière de vie privée sont en jeu rendrait inopérante l’exigence voulant qu’une fouille

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

minimally intrusive activities—Judgment: CSIS’s warrantless use of CSS technology to capture identifying characteristics of subject’s mobile devices not unlawful.

Constitutional Law—Charter of Rights—Unreasonable Search or Seizure—Canadian Security Intelligence Service (CSIS) capturing, without warrant, International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers from mobile devices of subject of investigation (subject) with cellular-site simulator (CSS)—Attorney General submitting, *inter alia*, use of CSS not contravening Charter, s. 8—Whether subject’s Charter, s. 8 rights violated—Specifically, whether CSIS conducting “search or seizure”, whether search or seizure “reasonable”—Individuals having reasonable expectation of privacy in respect of IMSI, IMEI identifiers—Capture of IMSI, IMEI identifiers therefore constituting “search”—However, such capture only minimally intrusive—CSIS not requiring warrant whenever wishing to gather information through use of new technology—Supreme Court making it clear there is no free-standing prohibition on use of electronic or other technologies without a warrant—Rather, question whether technology intruding on reasonable sphere of privacy of individual—Here, nothing about CSS technology per se justifying conclusion that its use objectively unreasonable—Minimally invasive search not necessarily contravening s. 8—CSS technology reliable, not giving rise to consequences associated with “false positive”—CSIS’s CSS operations not unreasonable.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

doit être « abusive » pour enfreindre l’art. 8 de la Charte—Le Parlement a implicitement permis au SCRS d’utiliser un ESB lorsqu’il a adopté l’art. 12—L’art. 12 est une disposition législative raisonnable—Le critère des « motifs raisonnables de soupçonner » suffit à justifier une fouille sans mandat—Les objectifs relatifs à la sécurité nationale suffisent à faire pencher la balance en faveur des intérêts de l’État lorsque les fouilles sont minimalement envahissantes—L’art. 12 ni n’a une portée excessive, ni n’est vague—La portée des informations qui peuvent être recueillies par le SCRS est limitée à ce qui « est strictement nécessaire »—L’art. 12 ne manque pas de précision—Il formule clairement la portée des activités qui peuvent faire l’objet d’une enquête par le SCRS—L’autorisation judiciaire préalable au titre de l’art. 21 de la Loi sur le SCRS est nécessaire pour les activités de collecte plus que minimalement envahissantes—Jugement : l’utilisation sans mandat par le SCRS de la technologie relative aux ESB pour capturer les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de la cible n’était pas illégale.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Fouilles, perquisitions ou saisies abusives—Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir sans mandat les numéros de l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et de l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI) des appareils mobiles de la cible d’une enquête (cible)—La procureure générale a soutenu notamment que l’utilisation d’un ESB n’avait pas enfreint l’art. 8 de la Charte—Il s’agissait de déterminer s’il a été contrevenu aux droits garantis par l’art. 8 de la Charte—Plus particulièrement, il s’agissait de déterminer si le SCRS a effectué une « fouille, une perquisition ou une saisie » et, le cas échéant, si elle était « raisonnable »—Les particuliers ont une attente raisonnable en matière de vie privée à l’endroit des indicateurs de l’IMSI et de l’IMEI—La collecte des identificateurs de l’IMSI et de l’IMEI constitue donc une « fouille »—Toutefois, cette collecte n’est que minimalement envahissante—Le SCRS ne doit pas toujours obtenir un mandat lorsqu’il désire recueillir des informations au moyen d’une nouvelle technologie—La Cour suprême a clairement indiqué qu’il n’y a pas d’interdiction distincte visant l’utilisation sans mandat de techniques, électroniques ou autres—La question à poser était plutôt celle de savoir si la technologie constituait une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée des particuliers—En l’espèce, il n’y avait rien qui soit relié à l’utilisation de la technologie relative aux ESB en soi qui permette de conclure que cette utilisation était objectivement déraisonnable—La fouille minimalement envahissante ne contrevient pas nécessairement à l’art. 8—La technologie relative aux ESB est fiable et elle ne peut pas entraîner de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Radiocommunications—Canadian Security Intelligence Service (CSIS) capturing International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers from mobile devices of subject of investigation with cellular-site simulator (CSS)—CSIS holding Authority to Use Radio (Authority) in accordance with *Radiocommunication Act*, s. 5(1)(a)(v)—Wording of Authority sufficiently broad to cover use of CSS equipment by CSIS.

Criminal Justice—Canadian Security Intelligence Service (CSIS) capturing, without warrant, International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers from subject of investigation with cellular-site simulator (CSS)—CSIS use of CSS without judicial authorization not contravening *Criminal Code*, s. 184 as no content of communications made by targeted mobile devices captured—*Criminal Code* mischief provisions also not violated.

### X (Re) (F.C.) ..... 212

Security Intelligence—Applications concerning requests by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) for warrants in relation to its investigation of activities suspected of constituting threats to security of Canada—CSIS requesting ability to obtain basic identifying information (BII) from communications services providers—CSIS seeking to add two additional authorizations to warrants previously issued by Court—At issue was whether Court can authorize CSIS to obtain BII in respect of: (1) communications accounts corresponding to telephone numbers or electronic identifiers that may in the future come to its attention in the course of its investigations; (2) communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to certain individuals; (3) a communications account that corresponds to a telephone number or an electronic identifier where a “chief” within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation.—Except in exceptional circumstances (not demonstrated herein), CSIS cannot be prospectively authorized to obtain BII in relation to communications accounts whose nexus with CSIS investigations not yet described, established—Persons responsible

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

conséquences ayant trait à un « faux positif »—L’utilisation par le SCRS de la technologie relative aux ESB n’était pas déraisonnable.

Radiocommunications—Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir les numéros de l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et de l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI) des appareils mobiles de la cible d’une enquête—Le SCRS détenait une Autorisation relative à l’utilisation d’appareils radio (Autorisation) conformément à l’art. 5(1)a)(v) de la *Loi sur la radiocommunication*—Le libellé de l’Autorisation était assez général pour inclure l’utilisation d’un ESB et du matériel connexe par le SCRS.

Justice criminelle et pénale—Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir sans mandat les numéros de l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et de l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI) de la cible d’une enquête—L’utilisation d’ESB par le SCRS sans une autorisation judiciaire n’a pas contrevenu à l’art. 184 du *Code criminel*, car elle n’a permis de capturer aucun contenu de communications effectuées au moyen des appareils mobiles visés—Cela n’a pas enfreint non plus les dispositions du *Code criminel* sur les méfaits.

### X (Re) (C.F.) ..... 212

Renseignement de sécurité—Demandes concernant les demandes de mandats présentées par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) dans le cadre d’enquêtes sur des activités au sujet desquelles il pourrait exister des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada—Le SCRS a demandé l’autorisation d’obtenir des données d’identification de base (DIB) auprès des fournisseurs de services de communication—Le SCRS souhaitait ajouter deux autres autorisations aux mandats décernés par la Cour—Il s’agissait de déterminer si la Cour peut autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à 1) des comptes de communication correspondant à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui pourront éventuellement attirer son attention lors de ses enquêtes; 2) des comptes de communications qu’il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à certaines personnes; et 3) un compte de communications correspondant à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu’un « chef » au sein du SCRS détermine que ce compte a été découvert lors d’une enquête et que les DIB faciliteraient cette enquête—Sauf en des circonstances exceptionnelles (dont l’existence n’a pas été démontrée en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

for authorizing use of intrusive powers required to consider impact of such intrusion on subject of search—Assessment having to be made of context of each particular situation, impact on individual—Balancing analysis having to be conducted between interests of state, specific individual whose privacy interests at issue—Appropriate balance with respect to first type of authorization sought (i.e. broad authorization) not met herein—CSIS not providing Court with any understanding of specific nexus between information sought, CSIS investigation—Court not having sufficient sense of nexus between identified threat-related activities, individual whose privacy rights would be encroached to be considered “reasonable” within meaning of Charter, s. 8—Second group of requested amendments granted, although some conditions necessary to address certain issues—As to third issue raised herein, proposed authorizations impermissibly delegating to a “chief” within CSIS a function having to be performed by designated Federal Court judge—Only designated judge can make determination of whether grounds that must be established before specific individual’s privacy interests can be intruded upon met—Application in [\*\*\*] dismissed; application in [\*\*\*] dismissed in part.

## SOMMAIRE (Fin)

l’espèce), le SCRS ne peut être autorisé, de manière prospective, à obtenir les DIB liées à des comptes de communication s’il n’a pas encore décrit et établi de lien précis entre les DIB et les enquêtes en question—Les personnes chargées d’autoriser le recours à des pouvoirs envahissants doivent tenir compte des répercussions de l’intrusion sur l’objet de la fouille—Il est nécessaire d’évaluer le contexte de chaque situation et son incidence sur la personne—Il y a lieu d’atteindre un équilibre entre les intérêts de l’État et ceux de la personne dont le droit au respect de sa vie privée est en jeu—Le juste équilibre n’a pas été atteint en ce qui concerne les modifications du premier type (à savoir la vaste autorisation)—Le SCRS n’a fourni à la Cour aucune explication lui permettant de comprendre le lien précis entre l’information recherchée et ses enquêtes—Cela n’a pas permis à la Cour d’assez bien constater le lien entre les activités liées à la menace et la personne dont les droits en matière de vie privée seraient enfreints pour qu’elle considère le libellé du mandat « non abusif » au sens de l’art. 8 de la Charte—La deuxième catégorie d’amendements demandés a été accordée, mais il s’est avéré nécessaire d’imposer des conditions pour répondre à certaines préoccupations—En ce qui concerne la troisième question soulevée dans les demandes, les autorisations proposées auraient pour effet de déléguer de façon inacceptable au titulaire d’un poste de « chef » au SCRS une fonction qui relève exclusivement d’un juge désigné de la Cour fédérale—Seul un juge désigné peut déterminer si les motifs qui doivent être établis avant qu’il soit possible d’enfreindre le droit d’une personne au respect de sa vie privée l’ont bel et bien été—Demande dans le dossier [\*\*\*] rejetée; demande dans le dossier [\*\*\*] rejetée en partie.



## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada (Governor General in Council) v. Mikisew Cree First Nation*, 2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298, has been affirmed on appeal (2018 SCC 40). The reasons for judgment, handed down October 11, 2018, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Voltage Pictures, LLC v. John Doe*, 2017 FCA 97, [2018] 1 F.C.R. 565, has been reversed on appeal (2018 SCC 38). The reasons for judgment, handed down September 14, 2018, will be published in the *Supreme Court Reports* (*sub nom. Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC*).

#### *Applications for leave to appeal*

*Abi-Mansour v. Canada (Attorney General)*, A-301-16, Gauthier, Stratas and Gleason JJ.A., order dated March 24, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Abi-Mansour v. Canada (Attorney General)*, A-359-15, Stratas, Ryer and Near JJ.A., order dated April 15, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Abi-Mansour v. Canada (Attorney General)*, A-359-15, A-360-15, 2015 FCA 244, Webb J.A., order dated November 4, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Canada (Attorney General) v. Shakov*, A-41-16, 2017 FCA 250, Gleason and Stratas JJ.A., judgment dated December 19, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 23, 2018.

*City of Burnaby v. Trans Mountain Pipeline ULC*, 18-A-9, Noël C.J., Gauthier and Stratas JJ.A., order dated March 23, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused August 23, 2018.

*Conseil des Innus de Pessamit v. St-Onge*, A-42-18, Boivin J.A., judgment dated April 23, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused November 1, 2018.

*Duterville v. Glen*, A-179-16, Nadon, Gauthier and Scott JJ.A., judgment dated September 13, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused October 11, 2018.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada (Gouverneur général en conseil) c. Première nation crie Mikisew*, 2016 CAF 311, [2017] 3 R.C.F. 298, a été confirmé en appel (2018 CSC 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 11 octobre 2018, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Voltage Pictures, LLC c. M. Untel*, 2017 CAF 97, [2018] 1 R.C.F. 565, a été infirmé en appel (2018 CSC 38). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 14 septembre 2018, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême* (*sub nom. Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*).

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

*Abi-Mansour c. Canada (Procureur général)*, A-301-16, les juges Gauthier, Stratas et Gleason, J.C.A., ordonnance en date du 24 mars 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Abi-Mansour c. Canada (Procureur général)*, A-359-15, les juges Stratas, Ryer et Near, J.C.A., ordonnance en date du 15 avril 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Abi-Mansour c. Canada (Procureur général)*, A-359-15, A-360-15, 2015 CAF 244, le juge Webb, J.C.A., ordonnance en date du 4 novembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Canada (Procureur général) c. Shakov*, A-41-16, 2017 CAF 250, les juges Gleason et Stratas, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 août 2018.

*City of Burnaby c. Trans Mountain Pipeline ULC*, 18-A-9, le juge en chef Noël, les juges Gauthier et Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 23 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 août 2018.

*Conseil des Innus de Pessamit c. St-Onge*, A-42-18, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 23 avril 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1<sup>er</sup> novembre 2018.

*Duterville c. Glen*, A-179-16, les juges Nadon, Gauthier et Scott, J.C.A., jugement en date du 13 septembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 octobre 2018.

*Entreprises A.B. Rimouski inc. v. Canada*, A-482-14, 2015 FCA 285, Nadon J.A., judgment dated December 14, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused October 11, 2018.

*Farid v. Canada*, A-85-17, 2017 FCA 247, Stratas J.A., judgment dated December 13, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused October 25, 2018.

*Iggillis Holdings Inc. v. Canada (National Revenue)*, A-465-16, 2018 FCA 51, Webb J.A., judgment dated March 6, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 25, 2018.

*Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, A-174-16, 2017 FCA 236, Nadon and Rennie J.J.A., judgment dated December 1, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 23, 2018.

*Truong v. Canada*, A-92-17, 2018 FCA 6, Woods J.A., judgment dated January 11, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 18, 2018.

*University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) v. Canada*, A-168-16, 2017 FCA 232, Boivin J.A., judgment dated November 24, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 30, 2018.

*University of Alberta v. Canada (Attorney General)*, A-166-17, 2018 FCA 36, Near J.A., judgment dated February 9, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 4, 2018.

*Voltage Pictures, LLC v. Salna*, A-39-17, 2017 FCA 221, Gleason J.A., judgment dated November 15, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Wsáneć School Board v. British Columbia*, A-417-16, 2017 FCA 210, Gleason J.A., judgment dated October 24, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2018.

*Entreprises A.B. Rimouski inc. c. Canada*, A-482-14, 2015 CAF 285, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 14 décembre 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 11 octobre 2018.

*Farid c. Canada*, A-85-17, 2017 CAF 247, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 13 décembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 octobre 2018.

*Iggillis Holdings Inc. c. Canada (Revenu national)*, A-465-16, 2018 CAF 51, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 6 mars 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 octobre 2018.

*Toronto Real Estate Board c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, A-174-16, 2017 CAF 236, les juges Nadon et Rennie, J.C.A., jugement en date du 1<sup>er</sup> décembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 23 août 2018.

*Truong c. Canada*, A-92-17, 2018 CAF 6, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 11 janvier 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 octobre 2018.

*University Hill Holdings Inc. (589918 B.C. Ltd.) c. Canada*, A-168-16, 2017 CAF 232, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 24 novembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 août 2018.

*Université de l'Alberta c. Canada (Procureur général)*, A-166-17, 2018 CAF 36, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 9 février 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 octobre 2018.

*Voltage Pictures, LLC c. Salna*, A-39-17, 2017 CAF 221, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 15 novembre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

*Wsáneć School Board c. Colombie-Britannique*, A-417-16, 2017 CAF 210, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 24 octobre 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2018.

**Federal Courts  
Reports**

**2018, Vol. 3, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2018, Vol. 3, 1<sup>er</sup> fascicule**



T-232-17  
2017 FC 872

T-232-17  
2017 CF 872

**Jade Elizabeth Thelwell** (*Applicant*)

**Jade Elizabeth Thelwell** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

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

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

**RÉPERTORIÉ : THELWELL c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Mactavish J.—Ottawa, September 14 and October 3, 2017.

Cour fédérale, juge Mactavish—Ottawa, 14 septembre et 3 octobre 2017.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Passports — Judicial review of decision of Investigations Division of Passport Program Integrity Branch of Citizenship and Immigration Canada finding that applicant provided false or misleading information in connection with passport application — Consequently, applicant imposed five-year suspension of passport services — Applicant, 25-year-old Canadian citizen, aspiring pop singer — Charged with extortion, criminal harassment — Police subsequently seizing applicant's passport — Applicant tried unsuccessfully to recover seized passport — Applied for new passport but ultimately provided false information; later, notified by Passport Integrity Branch that under investigation — Passport Integrity Branch issuing decision pursuant to Canadian Passport Order — Finding that sufficient evidence existing to support finding that applicant provided false or misleading information — Five-year refusal of passport services imposed on applicant — Whether imposition of five-year suspension of passport services on applicant reasonable — Passport Integrity Branch not reasonably balancing competing considerations in this case — No indication in decision under review that Passport Integrity Branch aware that applicant's Charter rights implicated in this case — Reasons provided for imposing five-year period of passport ineligibility on applicant not addressing impact that decision would have on applicant's mobility rights; decision maker also not balancing applicant's interests against objectives of Passport Program as required — Review of passport cases conducted — Misconduct in cases reviewed far more serious than applicant's — No indication in reasons provided by Passport Integrity Branch that it engaged with applicant's important evidence on negative consequences of decision thereon in any meaningful way; not explaining why reasonably necessary to refuse applicant's passport for five years in order to preserve integrity of Canadian passport system — Therefore, Passport Integrity Branch failing to carry out necessary analysis in balancing severity of interference with applicant's Charter-protected mobility rights with objectives of Passport Program — Decision set aside, matter*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Passeports — Contrôle judiciaire d'une décision de la Division des enquêtes de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport de Citoyenneté et Immigration Canada, qui a conclu que la demanderesse a fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport — En conséquence, une suspension de cinq années des services de passeport a été imposée à la demanderesse — La demanderesse, une citoyenne canadienne âgée de 25 ans, aspirait à devenir chanteuse pop — Elle a été accusée d'extorsion et de harcèlement criminel — La police a ensuite saisi son passeport — La demanderesse a tenté de le récupérer, sans succès — Elle a présenté une nouvelle demande de passeport, mais elle a en fin de compte fourni de faux renseignements; la Direction de l'intégrité du Programme de passeport a ensuite informé la demanderesse qu'elle faisait l'objet d'une enquête — La Direction de l'intégrité du Programme de passeport a rendu une décision en application du Décret sur les passeports canadiens — Elle a conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une conclusion selon laquelle la demanderesse avait fourni des renseignements faux ou trompeurs — Une période de refus de services de passeport pour une période de cinq ans a été imposée à la demanderesse — Il s'agissait de savoir si l'imposition d'une suspension de cinq ans des services de passeport à l'encontre de la demanderesse était raisonnable — La Direction de l'intégrité du Programme de passeport n'a pas raisonnablement soupesé les considérations concurrentes en l'espèce — Il n'y avait aucune indication dans la décision faisant l'objet d'un contrôle que la Direction de l'intégrité du Programme de passeport était informée que les droits de la demanderesse garantis par la Charte étaient impliqués en l'espèce — Les motifs présentés pour justifier l'imposition d'une période d'inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans à l'encontre de la demanderesse n'ont pas abordé l'incidence que cette décision aurait sur sa liberté de circulation; le décideur n'a pas non plus soupesé les intérêts de la demanderesse et les objectifs du Programme de passeport, tel*

*remitted to different decision maker for reconsideration — Application allowed.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Mobility Rights — Investigations Division of Passport Program Integrity Branch of Citizenship and Immigration Canada finding that applicant provided false or misleading information in connection with passport application; therefore, imposing five-year suspension of passport services on applicant — Passport Program Delivery Instructions, which govern administration of Passport Program, not recognizing Charter-protected mobility rights implicated in decisions such as this — No indication in decision under review that Passport Integrity Branch aware that applicant's Charter rights implicated in this case; decision not addressing, in particular, impact that decision would have on applicant's mobility rights — Decision makers required to balance severity of interference with individual's Charter-protected rights against objectives of program in question — Required individualized assessment absent in this case; thus, imposition of five-year period of passport ineligibility not reflecting proportionate restriction on applicant's Charter-protected mobility rights.*

This was an application for judicial review of a decision of the Investigations Division of the Passport Program Integrity Branch of Citizenship and Immigration Canada which found that the applicant had provided false or misleading information in connection with her passport application. Consequently, a five-year suspension of passport services was imposed on her.

*qu'il était tenu de le faire — Un examen des affaires portant sur les passeports a été effectué — Les inconduites dans ces affaires étaient beaucoup plus graves que l'inconduite de la demanderesse — Rien n'indiquait dans les motifs présentés par la Direction de l'intégrité du Programme de passeport que cette dernière a examiné d'une manière significative les éléments de preuve abondants de la demanderesse quant à l'incidence dévastatrice de la décision; elle n'a pas non plus expliqué pourquoi il était raisonnablement nécessaire de refuser à la demanderesse de lui délivrer un passeport pendant une période de cinq ans afin de préserver l'intégrité du système de passeport canadien — Par conséquent, la Direction de l'intégrité du Programme de passeport a omis de procéder à l'analyse nécessaire en mettant en balance la gravité de l'atteinte à l'encontre de la liberté de circulation garantie par la Charte de la demanderesse, d'une part, et les objectifs du Programme de passeport, d'autre part — La décision a été annulée et l'affaire a été renvoyée à un autre décideur pour une nouvelle décision — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — La Division des enquêtes de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport de Citoyenneté et Immigration Canada a conclu que la demanderesse avait fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport; en conséquence, une suspension de cinq années des services de passeport a été imposée à la demanderesse — L'administration du Programme de passeport est régie par les Instructions sur l'exécution du Programme de passeport, qui ne reconnaissent pas que la liberté de circulation garantie par la Charte était impliquée dans des décisions telles que celle-ci — Il n'y avait aucune indication dans la décision faisant l'objet d'un contrôle que la Direction de l'intégrité du Programme de passeport était informée que les droits de la demanderesse garantis par la Charte étaient impliqués en l'espèce; la décision n'a pas abordé notamment l'incidence que cette décision aurait sur sa liberté de circulation — Les décideurs sont tenus de mettre en balance la gravité de l'atteinte aux droits garantis par la Charte de l'individu, d'une part, et les objectifs du programme en question, d'autre part — L'évaluation individualisée requise était absente en l'espèce; donc, l'imposition d'une période d'inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans n'a pas tenu compte d'une restriction proportionnée à l'égard de la liberté de circulation garantie par la Charte de la demanderesse.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Division des enquêtes de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport de Citoyenneté et Immigration Canada, qui a conclu que la demanderesse a fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport. En conséquence, une suspension de cinq années des services de passeport a été imposée à cette dernière.

The applicant is a 25-year-old Canadian citizen and aspiring pop singer. Because of failed dealings with a putative investor who was going to support her work, the applicant behaved in a way that led to extortion and criminal harassment charges against her. Afterwards, the police seized the applicant's passport in satisfaction of a bail condition. The charges were either dropped or the applicant received an absolute discharge after pleading guilty to one of the charges. Afterwards, she tried unsuccessfully to obtain her seized passport from the police. She thus applied for a new passport but ultimately provided false information. Further to this, the applicant was notified by the Passport Integrity Branch that she was under investigation. An investigator concluded that the applicant had provided false or misleading information in connection with her passport application. She was then offered the opportunity to submit information that would "contradict or neutralize" this finding prior to a final decision, which the applicant did. Nevertheless, the Passport Integrity Branch issued its decision pursuant to the *Canadian Passport Order*. The Passport Integrity Branch found that there was sufficient evidence to support a finding that the applicant had provided false or misleading information in the declaration that she had submitted with her passport application. As a result, it refused to issue the applicant a passport and a five-year period of refusal of passport services was imposed on her.

The applicant argued that the five-year suspension of passport services was unreasonable since it failed to take relevant facts into account, failed to consider the disproportionate effect that a lengthy period of passport ineligibility would have on her and failed to properly balance the objectives of the Passport Program against the impact that a five-year suspension of passport services would have on her mobility rights protected by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The issue was whether the imposition of a five-year suspension of passport services on the applicant was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

The Passport Integrity Branch did not reasonably balance the competing considerations in this case. The administration of the Passport Program is governed by the *Passport Program Delivery Instructions* (Instructions). There is nothing in the Instructions that recognizes that Charter-protected mobility

La demanderesse est une citoyenne canadienne âgée de 25 ans qui aspire à devenir chanteuse pop. Après que sa relation avec un bailleur de fonds potentiel qui s'était engagé à la soutenir financièrement a pris fin, la demanderesse s'est comportée d'une manière qui a abouti à des accusations d'extorsion et de harcèlement criminel contre elle. La police a subséquemment saisi le passeport de la demanderesse en satisfaction à une condition de mise en liberté. Les accusations ont par la suite été retirées ou encore la demanderesse a reçu une absolution inconditionnelle après avoir plaidé coupable à l'une des accusations. Elle a tenté par la suite de récupérer son passeport auprès de la police, sans succès. Elle a donc présenté une nouvelle demande de passeport, mais elle a en fin de compte fourni de faux renseignements. La Direction de l'intégrité du Programme de passeport a ensuite informé la demanderesse qu'elle faisait l'objet d'une enquête. Un enquêteur a conclu que la demanderesse avait fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport. On lui a ensuite donné la possibilité de présenter des renseignements qui auraient « contredit ou neutralisé » cette conclusion avant qu'une décision finale soit rendue, ce que la demanderesse a fait. La Direction de l'intégrité du Programme de passeport a néanmoins rendu une décision en application du *Décret sur les passeports canadiens*. La Direction de l'intégrité du Programme de passeport a conclu qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier une conclusion selon laquelle la demanderesse avait fourni des renseignements faux ou trompeurs dans la déclaration qu'elle avait soumise dans sa demande de passeport. En conséquence, elle a refusé de délivrer un passeport au nom de la demanderesse et une période de refus de services de passeport pour une période de cinq ans a été imposée à cette dernière.

La demanderesse a fait valoir le fait que la suspension de cinq années des services de passeport était déraisonnable, car elle omettait de tenir compte de faits pertinents, de tenir compte de l'effet disproportionné qu'une longue période d'inadmissibilité à un passeport aurait sur elle, et d'établir un équilibre adéquat entre les objectifs du Programme de passeport et les répercussions qu'une suspension de cinq années des services de passeport aurait sur sa liberté de circulation garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Il s'agissait de décider si l'imposition d'une suspension de cinq ans des services de passeport à l'encontre de la demanderesse était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La Direction de l'intégrité du Programme de passeport n'a pas raisonnablement soupesé les considérations concurrentes en l'espèce. L'administration du Programme de passeport est régie par les *Instructions sur l'exécution du Programme de passeport* (les Instructions). Aucune disposition dans les

rights are implicated in decisions such as this. Nor was there any indication in the decision under review that the Passport Integrity Branch was aware that the applicant's Charter rights were implicated in this case. The reasons provided for imposing a five-year period of passport ineligibility on the applicant did not address the impact that the decision would have on her mobility rights. Nor did the decision maker balance the applicant's interests against the objectives of the Passport Program, as was required.

A review of the passport cases decided by this Court and by the Federal Court of Appeal was made. However, all of the misconduct in those cases was far more serious than that of the applicant herein. Decision makers must balance the severity of the interference with the individual's Charter-protected rights against the objectives of the program in question. This type of individualized assessment was absent in this case, with the result that the imposition of a five-year period of passport ineligibility did not reflect a proportionate restriction on the applicant's Charter-protected mobility rights. The applicant provided the Passport Integrity Branch with information regarding, in particular, her mental health and the devastating impact that a suspension of passport services would have on her musical career. There was no indication in the reasons provided by the Passport Integrity Branch that it engaged with any of this evidence in any meaningful way and it did not explain why it was reasonably necessary to refuse the applicant's passport for five years in order to preserve the integrity of the Canadian passport system.

Moreover, since it was determined that a five-year refusal of passport services was a disproportionate infringement of the applicant's Charter-protected mobility rights, in these circumstances, the possibility for the applicant of applying for a limited validity travel document for urgent and compassionate reasons did not sufficiently mitigate this interference.

Therefore, the Passport Integrity Branch failed to carry out the necessary analysis in balancing the severity of the interference with the applicant's Charter-protected mobility rights with the objectives of the Passport Program. The decision was set aside and the matter was remitted to a different decision maker for reconsideration.

Instructions ne reconnaît que la liberté de circulation garantie par la Charte est impliquée dans des décisions telles que celle-ci. En outre, il n'y avait aucune indication dans la décision faisant l'objet d'un contrôle que la Direction de l'intégrité du Programme de passeport était informée que les droits de la demanderesse garantis par la Charte étaient impliqués en l'espèce. Les motifs présentés pour justifier l'imposition d'une période d'inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans à l'encontre de la demanderesse n'ont pas abordé l'incidence que cette décision aurait sur sa liberté de circulation. Le décideur n'a pas non plus soupesé les intérêts de la demanderesse et les objectifs du Programme de passeport, tel qu'il était tenu de le faire.

Un examen des affaires portant sur les passeports, décidées par notre Cour et par la Cour d'appel fédérale, a été effectué. Toutefois, toutes les inconduites dans ces affaires étaient beaucoup plus graves que l'inconduite de la demanderesse en l'espèce. Les décideurs doivent mettre en balance la gravité de l'atteinte aux droits garantis par la Charte de l'individu, d'une part, et les objectifs du programme en question, d'autre part. Ce type d'évaluation individualisée était absent en l'espèce, le résultat étant que l'imposition d'une période d'inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans n'a pas tenu compte d'une restriction proportionnée à l'égard de la liberté de circulation garantie par la Charte de la demanderesse. La demanderesse a fourni à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport des renseignements concernant notamment sa santé mentale de même que l'incidence dévastatrice qu'une suspension des services de passeport aurait sur sa carrière musicale. Rien n'indiquait dans les motifs présentés par la Direction de l'intégrité du Programme de passeport que cette dernière a examiné ces éléments de preuve d'une manière significative, et elle n'a pas non plus expliqué pourquoi il était raisonnablement nécessaire de refuser à la demanderesse de lui délivrer un passeport pendant une période de cinq ans afin de préserver l'intégrité du système de passeport canadien.

En outre, étant donné la conclusion selon laquelle un refus des services de passeport d'une durée de cinq ans était une atteinte disproportionnée à l'encontre de la libre circulation garantie par la Charte de la demanderesse, dans cette situation, la possibilité de demander un passeport à durée de validité limitée pour des motifs urgents et de compassion n'a pas atténué suffisamment cette atteinte.

Par conséquent, la Direction de l'intégrité du Programme de passeport a omis de procéder à l'analyse nécessaire en mettant en balance la gravité de l'atteinte à l'encontre de la liberté de circulation garantie par la Charte de la demanderesse, d'une part, et les objectifs du Programme de passeport, d'autre part. La décision a été annulée et l'affaire a été renvoyée à un autre décideur pour une nouvelle décision.

## 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], s. 6(1).  
*Canadian Passport Order*, SI/81-86, ss. 4, 9, 10, 10.2.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

## DISTINGUISHED:

*Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 103, 448 N.R. 217, [2013] F.C.J. No. 402 (QL); *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 376, [2016] F.C.J. No. 343 (QL).

## CONSIDERED:

*Thelwell v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 1304, 46 Imm. L.R. (4th) 43; *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 2 S.C.R. vii; *Loyola High School v. Québec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Abdi v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 642, [2012] F.C.J. No. 945 (QL); *Brar v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 763, 460 F.T.R. 248; *Desmond De Hoedt v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 829, 462 F.T.R. 162; *Dias v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 64, [2014] 4 F.C.R. 915, 466 N.R. 80, affd 2014 FCA 195, 30 Imm. L.R. (4th) 47, [2014] F.C.J. No. 958 (QL); *Gomravi v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 1044, 441 F.T.R. 28; *Latifi v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 939, [2013] F.C.J. No. 975 (QL); *Lipskaia v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 526, [2016] F.C.J. No. 489 (QL); *Mikhail v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 724, 435 F.T.R. 235; *Okhionkpanmwonyi v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1129, [2011] F.C.J. No. 1389 (QL); *Saint-Vil v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 48, 446 F.T.R. 79, *sub nom. Eastwood v. Canada; Sathasivam v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 419, 431 F.T.R. 261; *Simmonds v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 967, 439 F.T.R. 206; *Slaeman v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 641, 412 F.T.R. 103; *Villamil v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 686, 435 F.T.R. 88; *Wong v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 152, [2017] F.C.J. No. 177 (QL); *Mbala v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 107, 447 F.T.R. 121; *Krivicky v. Canada (Attorney*

## 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. 6(1).  
*Décret sur les passeports canadiens*, TR/81-86, art. 4, 9, 10, 10.2.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 103, [2013] A.C.F. n° 402 (QL); *Fontaine c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 376, [2016] A.C.F. n° 343 (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Thelwell c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 1304; *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 2 R.C.S. vii; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Abdi c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 642, [2012] A.C.F. n° 945 (QL); *Brar c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 763; *Desmond De Hoedt c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 829; *Dias c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 64, [2014] 4 R.C.F. 915, conf. par 2014 CAF 195, [2014] A.C.F. n° 958 (QL); *Gomravi c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 1044; *Latifi c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 939, [2013] A.C.F. n° 975 (QL); *Lipskaia c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 526, [2016] A.C.F. n° 489 (QL); *Mikhail c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 724; *Okhionkpanmwonyi c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 1129, [2011] A.C.F. n° 1389 (QL); *Saint-Vil c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 48, *sub nom. Eastwood c. Canada; Sathasivam c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 419; *Simmonds c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 967; *Slaeman c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 641; *Villamil c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 686; *Wong c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 152, [2017] A.C.F. n° 177 (QL); *Mbala c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 107; *Krivicky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 1236, [2013] A.C.F. n° 1335 (QL); *Siska c. Passeport Canada*, 2014 CF 298, [2014] A.C.F. n° 326 (QL).

*General*), 2013 FC 1236, [2013] F.C.J. No. 1335 (QL); *Siska v. Passport Canada*, 2014 FC 298, [2014] F.C.J. No. 326 (QL).

REFERRED TO:

*Kurukkal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 695, [2010] 3 F.C.R. 195, 347 F.T.R. 60, aff'd 2010 FCA 230, 324 D.L.R. (4th) 292, [2010] F.C.J. No. 1159 (QL); *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Allen v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 213, 476 F.T.R. 116.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Investigations Division of the Passport Program Integrity Branch of Citizenship and Immigration Canada which found that the applicant had provided false or misleading information in connection with her passport application. Consequently, a five-year suspension of passport services was imposed on her. Application allowed.

APPEARANCES

*Seamus Murphy* for applicant  
*Patrick Bendin* for respondent

SOLICITORS OF RECORD

*Gerami Law Professional Corporation*, Ottawa,  
for applicant.  
*Attorney General of Canada* for respondent

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

[1] MACTAVISH J.: Due to a series of extremely ill-advised decisions on her part, Jade Thelwell finds herself without a Canadian passport. As a result, she is unable to travel to the United States to pursue her dream of a career as a pop singer.

[2] By this application Ms. Thelwell seeks judicial review of a decision of the Investigations Division of the Passport Program Integrity Branch of Citizenship and

DÉCISIONS CITÉES :

*Kurukkal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 695, [2010] 3 R.C.F. 195, conf. par 2010 CAF 230, [2010] A.C.F. n° 1159 (QL); *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Allen c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 213.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Division des enquêtes de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport de Citoyenneté et Immigration Canada, qui a conclu que la demanderesse avait fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport. En conséquence, une suspension de cinq années des services de passeport a été imposée à cette dernière. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

*Seamus Murphy* pour la demanderesse.  
*Patrick Bendin* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gerami Law Professional Corporation*, Ottawa,  
pour la demanderesse.  
*Le procureur général du Canada* pour le  
défendeur.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH : En raison d'une série de décisions extrêmement mal avisées de sa part, Jade Thelwell se retrouve sans passeport canadien. En conséquence, elle n'est pas en mesure de voyager aux États-Unis afin de poursuivre son rêve de mener une carrière de chanteuse pop.

[2] Par la présente demande, M<sup>me</sup> Thelwell demande le contrôle judiciaire d'une décision de la Division des enquêtes de la Direction de l'intégrité du Programme de

Immigration Canada which found that she had provided false or misleading information in connection with her passport application. Consequently, a five-year suspension of passport services was imposed on Ms. Thelwell.

[3] Ms. Thelwell does not dispute the fact that she provided false information in her passport application. She submits, however, that the five-year suspension of passport services was unreasonable as it failed to take relevant facts into account, including her explanation for her error. The decision maker further erred, Ms. Thelwell says, by failing to consider the disproportionate effect that a lengthy period of passport ineligibility would have on her career and mental health, and by failing to properly balance the objectives of the Passport Program against the impact that a five-year suspension of passport services would have on her Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*]-protected mobility rights.

[4] For the reasons that follow, I have concluded that the Passport Program Integrity Branch failed to recognize that Charter-protected rights were at stake in this case or to weigh the objectives of the Passport Program against Ms. Thelwell's interests, including the effect of a five-year period of suspension of passport services on her Charter-protected mobility rights. Consequently Ms. Thelwell's application for judicial review will be granted.

#### I. Background

[5] Ms. Thelwell is a 25-year-old Canadian citizen and aspiring pop singer. She asserts that in 2014, she had dealings with a potential backer who told her that he would support her work financially. The promised financial support never materialized, however, and the relationship between Ms. Thelwell and the putative investor ended when it became clear that he wanted there to be more than just a business relationship between the two of them.

passport de Citoyenneté et Immigration Canada, qui a conclu qu'elle avait fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant sa demande de passeport. En conséquence, une suspension de cinq années des services de passeport a été imposée à M<sup>me</sup> Thelwell.

[3] M<sup>me</sup> Thelwell ne conteste pas le fait qu'elle a fourni de faux renseignements dans sa demande de passeport. Elle fait toutefois valoir le fait que la suspension de cinq années des services de passeport était déraisonnable, car elle a omis de tenir compte de faits pertinents, dont l'explication de son erreur. Le décideur a commis une autre erreur, selon M<sup>me</sup> Thelwell, en omettant de tenir compte de l'effet disproportionné qu'une longue période d'inadmissibilité à un passeport aurait sur sa carrière et sa santé mentale, ainsi qu'en omettant d'établir un équilibre adéquat entre les objectifs du Programme de passeport et les répercussions qu'une suspension de cinq années des services de passeport aurait sur sa liberté de circulation garantie par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*].

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Direction de l'intégrité du Programme de passeport a omis de reconnaître que des droits garantis par la Charte étaient en cause en l'espèce ou de mettre en balance les objectifs du Programme de passeport et les intérêts de M<sup>me</sup> Thelwell, y compris les répercussions d'une suspension de cinq années des services de passeport sur sa liberté de circulation garantie par la Charte. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire de M<sup>me</sup> Thelwell sera accueillie.

#### I. Les faits

[5] M<sup>me</sup> Thelwell est une citoyenne canadienne âgée de 25 ans qui aspire à devenir chanteuse pop. Elle soutient qu'en 2014, elle a fait affaire avec un bailleur de fonds potentiel qui s'était engagé à la soutenir financièrement. Toutefois, le soutien financier promis ne s'est jamais concrétisé et la relation entre M<sup>me</sup> Thelwell et l'investisseur putatif a pris fin lorsqu'il est devenu manifeste qu'il voulait qu'il y ait plus qu'une relation d'affaires entre les deux.

[6] Ms. Thelwell says that she was “offended and angry” when she discovered that her putative investor was making similar promises to other young women, and, in a series of emails, she demanded that he pay her the money that he had promised. This led to Ms. Thelwell being charged with extortion and criminal harassment in November of 2014. On December 10, 2014, the Toronto police seized Ms. Thelwell’s passport in satisfaction of a bail condition.

[7] The charge of extortion was subsequently dropped, and Ms. Thelwell pled guilty to the charge of criminal harassment for which she received an absolute discharge. Although she tried to get her passport back from the police, Ms. Thelwell says that the police representative that she was dealing with refused to return the passport to her.

[8] Ms. Thelwell states that she spoke to the lawyer who had represented her in her criminal case and that he told her that the police might have destroyed her passport. Ms. Thelwell states that her lawyer also told her that her absolute discharge meant that she did not have a criminal record, and that she could simply apply for a new passport. Ms. Thelwell asserts that she understood this to mean that she did not have to disclose the fact that she had been arrested or charged with criminal offences in her passport application.

[9] Ms. Thelwell applied for a new passport in June of 2015. Along with her application she included a “Declaration concerning a lost, stolen, inaccessible, damaged or found Canadian passport”, in which she stated that her previous passport was “about to expire, water damaged, inaccessible, thrown out at home by someone else”.

[10] Shortly after Ms. Thelwell applied for a new passport, the Toronto police advised the Passport Integrity Branch that they were holding Ms. Thelwell’s passport and that it had been seized pursuant to a bail condition. Consequently, Ms. Thelwell was asked to complete

[6] M<sup>me</sup> Thelwell affirme s’être sentie [TRADUCTION] « insultée et en colère » lorsqu’elle a découvert que son investisseur putatif faisait des promesses similaires à d’autres jeunes femmes et, dans une série de courriels, elle a exigé qu’il lui versât l’argent qu’il lui avait promis. Ces courriels ont abouti à des accusations d’extorsion et de harcèlement criminel contre M<sup>me</sup> Thelwell en novembre 2014. Le 10 décembre 2014, la police de Toronto a saisi le passeport de M<sup>me</sup> Thelwell en satisfaction à une condition de mise en liberté.

[7] L’accusation d’extorsion a par la suite été retirée et M<sup>me</sup> Thelwell a plaidé coupable à l’accusation de harcèlement criminel, pour laquelle elle a reçu une absolution inconditionnelle. Même si elle a tenté de récupérer son passeport auprès de la police, M<sup>me</sup> Thelwell affirme que le représentant du service de police à qui elle a eu affaire a refusé de lui rendre son passeport.

[8] M<sup>me</sup> Thelwell indique qu’elle s’est adressée à l’avocat qui l’avait représentée dans le cadre de son affaire criminelle et que ce dernier lui a répondu qu’il était possible que le service de police ait détruit son passeport. M<sup>me</sup> Thelwell affirme que son avocat lui a également indiqué que son absolution inconditionnelle signifiait qu’elle n’avait aucun casier judiciaire et qu’elle pouvait tout simplement présenter une nouvelle demande de passeport. M<sup>me</sup> Thelwell affirme qu’elle comprenait que cela signifiait qu’elle n’avait pas à révéler le fait qu’elle avait été arrêtée ou accusée d’infractions criminelles dans sa demande de passeport.

[9] M<sup>me</sup> Thelwell a présenté une nouvelle demande de passeport en juin 2015. Avec sa demande, elle a inclus une « Déclaration concernant un document de voyage canadien perdu, volé, inaccessible, endommagé ou trouvé », dans laquelle elle a indiqué que son passeport précédent était [TRADUCTION] « sur le point d’expirer, endommagé par l’eau, inaccessible, jeté à la maison par une autre personne ».

[10] Peu de temps après que M<sup>me</sup> Thelwell ait présenté une nouvelle demande de passeport, le service de police de Toronto a informé la Direction de l’intégrité du Programme de passeport qu’il détenait le passeport de M<sup>me</sup> Thelwell et qu’il avait été saisi aux termes d’une

a questionnaire regarding her allegedly lost passport. Ms. Thelwell stated in her completed questionnaire that she could not remember exactly when she had lost her passport, but that she thought that it had occurred sometime in the preceding four months. She also indicated that she had not filed a police report regarding her lost passport because she knew it was “thrown out/destroyed but not lost”.

[11] The Passport Integrity Branch then sent Ms. Thelwell a letter informing her that she was under investigation as information had been received suggesting that she may have submitted false or misleading information in her passport application. Ms. Thelwell was asked to complete a second questionnaire which included questions that were specifically directed to the allegations against her.

[12] In particular, Ms. Thelwell was asked whether a Canadian passport in her name had ever been seized by the police, to which she responded: “[n]o a passport has never been seized”. The very next question noted that information had been received from the Toronto police that Ms. Thelwell’s passport had been seized as part of a bail condition, and she was asked for an explanation. She responded that her most recent passport had been taken by the police, but that the police did not want to return it “when the charges were dropped”. She went on to state that her lawyer had advised her to apply for a new passport “since first was damaged and second police is giving hard time”.

[13] Between July 31, 2015 and August 18, 2015, Ms. Thelwell sent more than 20 emails to the Passport Integrity Branch explaining her version of events. Amongst other things, she suggested that she had been confused as to whether it was her current passport that had been damaged or an earlier one. Ms. Thelwell stated

condition de mise en liberté. En conséquence, on a demandé à M<sup>me</sup> Thelwell de remplir un questionnaire à propos de son passeport qui aurait été perdu. M<sup>me</sup> Thelwell a déclaré dans le questionnaire qu’elle avait rempli qu’elle ne se souvenait pas exactement à quel moment elle avait perdu son passeport, mais que cela s’était produit à un moment quelconque au cours des quatre mois précédents. Elle a également indiqué qu’elle n’avait pas rempli un rapport de police concernant la perte de son passeport, car elle savait qu’il avait été [TRADUCTION] « jeté/détruit, mais pas perdu ».

[11] La Direction de l’intégrité du Programme de passeport a ensuite envoyé une lettre à M<sup>me</sup> Thelwell l’informant qu’elle faisait l’objet d’une enquête, car des renseignements avaient été reçus et laissaient entendre qu’elle pouvait avoir présenté des renseignements faux ou trompeurs dans sa demande de passeport. On a demandé à M<sup>me</sup> Thelwell de remplir un deuxième questionnaire qui comprenait des questions directement liées aux allégations qui pesaient contre elle.

[12] Plus particulièrement, on a demandé à M<sup>me</sup> Thelwell si un passeport canadien à son nom avait déjà été saisi par la police, ce à quoi elle a répondu : [TRADUCTION] « [n]on, aucun passeport n’a jamais été saisi ». La question suivante indiquait que des renseignements avaient été reçus en provenance du service de police de Toronto selon lesquels le passeport de M<sup>me</sup> Thelwell avait été saisi dans le cadre d’une condition de mise en liberté, et on lui a demandé une explication. Elle a répondu que son dernier passeport avait été saisi par la police, mais que celle-ci ne le lui avait pas rendu [TRADUCTION] « lorsque les accusations ont été retirées ». Elle a poursuivi en affirmant que son avocat lui avait conseillé de présenter une nouvelle demande de passeport [TRADUCTION] « puisque, d’abord, il était endommagé et, deuxièmement, la police pose des difficultés ».

[13] Entre le 31 juillet 2015 et le 18 août 2015, M<sup>me</sup> Thelwell a envoyé plus de 20 courriels à la Direction de l’intégrité du Programme de passeport expliquant sa version des événements. Entre autres choses, elle a laissé entendre qu’il n’était pas clair pour elle si son passeport actuel avait été endommagé ou s’il s’agissait d’un

in an August 3, 2015 email that “[e]verything was true on that application I sent! I was just referring to my other passport I had before the one seized”.

## II. The Decision Under Review

[14] A Passport Integrity Branch investigator concluded that Ms. Thelwell had provided false or misleading information in connection with her passport application. She was then offered the opportunity to submit information that would “contradict or neutralize” this finding. Ms. Thelwell responded with another flurry of emails that primarily focused on the impact that a period of refusal of passport services would have on her musical career.

[15] Ms. Thelwell also repeated her claim that she was referring to an earlier passport when she declared that her passport had been damaged or thrown out, and not the one that had been seized by the police. However, the Passport Integrity Branch noted that Ms. Thelwell’s previous passport application contradicted her description of how her earlier passport had been lost. Consequently, it advised Ms. Thelwell that its investigation had concluded and that a decision would be made in her case, which would consider whether a period of refusal of passport services would be imposed.

[16] On September 11, 2015, the Passport Integrity Branch issued a decision pursuant to sections 4, 9, 10 and 10.2 of the *Canadian Passport Order*, SI/81-86, which provides the Passport Integrity Branch with the discretionary power to refuse passport services to individuals who provide false or misleading information in a passport application.

[17] The Passport Integrity Branch found that there was sufficient evidence to support a finding that Ms. Thelwell had provided false or misleading information in the declaration that she had submitted with her passport application. As a result, it refused to issue a

passport antérieur. M<sup>me</sup> Thelwell a déclaré dans un courriel du 3 août 2015 que [TRADUCTION] « [t]out était vrai dans la demande que j’ai envoyée! Je faisais référence au passeport que j’avais avant celui qui a été saisi ».

## II. La décision faisant l’objet d’un contrôle

[14] Un enquêteur de la Direction de l’intégrité du Programme de passeport a conclu que M<sup>me</sup> Thelwell avait fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant une demande de passeport. On lui a ensuite donné la possibilité de présenter des renseignements qui auraient [TRADUCTION] « contredit ou neutralisé » cette conclusion. M<sup>me</sup> Thelwell a répondu par une autre avalanche de courriels qui étaient principalement axés sur les répercussions qu’une période d’inadmissibilité aux services de passeport aurait sur sa carrière musicale.

[15] M<sup>me</sup> Thelwell a également répété l’allégation selon laquelle elle faisait référence à un passeport antérieur lorsqu’elle a déclaré que son passeport avait été endommagé ou jeté, et non pas à celui qui avait été saisi par la police. Toutefois, la Direction de l’intégrité du Programme de passeport a remarqué que la demande de passeport antérieure de M<sup>me</sup> Thelwell contredisait sa description de la façon dont son passeport antérieur avait été perdu. En conséquence, elle a informé M<sup>me</sup> Thelwell que son enquête était close et qu’une décision serait rendue dans son affaire, qui examinerait si une période d’inadmissibilité aux services de passeport serait imposée.

[16] Le 11 septembre 2015, la Direction de l’intégrité du Programme de passeport a rendu une décision en application des articles 4, 9, 10 et 10.2 du *Décret sur les passeports canadiens*, TR/81-86, qui confère à la Direction de l’intégrité du Programme de passeport de refuser les services de passeport aux personnes qui fournissent des renseignements faux ou trompeurs dans une demande de passeport.

[17] La Direction de l’intégrité du Programme de passeport a conclu qu’il y avait suffisamment d’éléments de preuve pour justifier une conclusion selon laquelle M<sup>me</sup> Thelwell avait fourni des renseignements faux ou trompeurs dans la déclaration qu’elle avait soumise

passport in Ms. Thelwell's name, and a five-year period of refusal of passport services was imposed on her.

[18] On October 29, 2015, Ms. Thelwell's counsel provided further written submissions to the Passport Integrity Branch, requesting reconsideration of the five-year refusal period. These submissions were primarily based on the impact that the decision would have on Ms. Thelwell's career as an aspiring pop singer for whom travel to the United States was critical for success. By letter dated November 30, 2015, the Passport Integrity Branch advised Ms. Thelwell that its September 11, 2015 decision was final.

[19] Ms. Thelwell sought judicial review of the November 30, 2015 decision, arguing that the Passport Integrity Branch erred in refusing to reconsider her passport application in light of the new evidence provided by her counsel. In a decision reported at 2016 FC 1304, 46 Imm. L.R. (4th) 43, Justice Southcott found that the Passport Integrity Branch had inappropriately fettered its discretion by failing to recognize that it had the discretion to reconsider passport decisions. This constituted a reviewable error of the sort recognized by this Court in *Kurukkal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 695, [2010] 3 F.C.R. 195, 347 F.T.R. 60, aff'd 2010 FCA 230, [2010] F.C.J. No. 1159 (QL).

[20] Consequently, Justice Southcott set aside the November 30, 2015 Passport Integrity Branch decision and remitted Ms. Thelwell's reconsideration request to a different decision maker for redetermination.

### III. The Reconsideration Decision

[21] Following Justice Southcott's decision, Ms. Thelwell provided additional submissions to the

dans sa demande de passeport. En conséquence, elle a refusé de délivrer un passeport au nom de M<sup>me</sup> Thelwell et une période de refus de services de passeport pour une période de cinq ans lui a été imposée.

[18] Le 29 octobre 2015, l'avocat de M<sup>me</sup> Thelwell a présenté d'autres observations écrites à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport, demandant un nouvel examen de la période de refus de cinq ans. Ces observations étaient essentiellement fondées sur les répercussions que la décision aurait sur la carrière de M<sup>me</sup> Thelwell en tant que chanteuse pop en devenir, pour qui le fait de voyager aux États-Unis était essentiel au succès. Dans une lettre datée du 30 novembre 2015, la Direction de l'intégrité du Programme de passeport a informé M<sup>me</sup> Thelwell que sa décision du 11 septembre 2015 était définitive.

[19] M<sup>me</sup> Thelwell a demandé un contrôle judiciaire de la décision du 30 novembre 2015, faisant valoir que la Direction de l'intégrité du Programme de passeport a commis une erreur en refusant de réexaminer sa demande de passeport à la lumière des nouveaux éléments de preuve présentés par son avocat. Dans une décision publiée à 2016 CF 1304, le juge Southcott est arrivé à la conclusion que la Direction de l'intégrité du Programme de passeport avait limité de manière inappropriée son pouvoir discrétionnaire en omettant de reconnaître qu'elle avait le pouvoir discrétionnaire de réexaminer des décisions relatives aux passeports. Cela constituait une erreur susceptible de contrôle du type reconnu par la Cour dans la décision *Kurukkal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 695, [2010] 3 R.C.F. 195, confirmée dans 2010 CAF 230, [2010] A.C.F. n° 1159 (QL).

[20] En conséquence, le juge Southcott a annulé la décision de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport du 30 novembre 2015 et a renvoyé la demande de réexamen de M<sup>me</sup> Thelwell à un autre décideur pour nouvelle décision.

### III. La décision de réexamen

[21] Suite à la décision du juge Southcott, M<sup>me</sup> Thelwell a fourni des observations supplémentaires

Passport Integrity Branch, including a letter from her therapist describing her mental state, as well as social media postings and a completed passport application. In a letter dated January 23, 2017, the Passport Integrity Branch informed Ms. Thelwell that the five-year refusal of passport services would stand. This decision is the subject of the present application for judicial review.

#### IV. The Issues

[22] While she claims that it was inadvertent, Ms. Thelwell does not dispute that she provided false or misleading information in her 2015 passport application. Nor does she dispute that decisions refusing passport services are reviewable on the standard of reasonableness. Ms. Thelwell submits, however, that the duration of the penalty imposed on her by the January 23, 2017 decision was unreasonable, as the decision maker failed to take relevant facts into consideration, and to proportionally balance these facts against the objectives of the Passport Program as required by the Supreme Court of Canada's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395.

#### V. Analysis

[23] Subsection 6(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], provides that “[e]very citizen of Canada has the right to enter, remain in and leave Canada.” The Federal Court of Appeal has determined that the refusal of passport services infringes the mobility rights protected under subsection 6(1) of the Charter: *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 21, [2009] 4 F.C.R. 449, at paragraphs 15 and 68, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 2 S.C.R. vii (*Kamel* No. 1); *Kamel v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 103, 448 N.R. 217, [2013] F.C.J. No. 402 (QL) (*Kamel* No. 2).

à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport, y compris une lettre de son thérapeute décrivant son état mental, ainsi que des publications dans les médias sociaux et une demande de passeport remplie. Dans une lettre datée du 23 janvier 2017, la Direction de l'intégrité du Programme de passeport a informé M<sup>me</sup> Thelwell que le refus des services de passeport pendant une période de cinq ans serait maintenu. Cette décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire en l'espèce.

#### IV. Les questions en litige

[22] Même si elle soutient qu'elle l'a fait par inadvertance, M<sup>me</sup> Thelwell ne conteste pas qu'elle a fourni des renseignements faux ou trompeurs dans sa demande de passeport de 2015. Elle ne conteste pas non plus que les décisions de refuser les services de passeports sont susceptibles de révision selon la norme de la décision raisonnable. M<sup>me</sup> Thelwell fait toutefois valoir que la durée de la sanction qui lui a été imposée par la décision du 23 janvier 2017 était déraisonnable, car le décideur a omis de tenir compte de faits pertinents et de mettre en balance de manière proportionnée ces faits et les objectifs du Programme de passeport, tel qu'il est exigé dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.

#### V. Discussion

[23] Le paragraphe 6(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], prévoit que « [t]out citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. » La Cour d'appel fédérale a décidé que le refus des services de passeport porte atteinte à la liberté de circulation garantie en vertu du paragraphe 6(1) de la Charte : *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 21, [2009] 4 R.C.F. 449, aux paragraphes 15 et 68, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 2 R.C.S. vii (*Kamel* n° 1); *Kamel c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 103, [2013] A.C.F. n° 402 (QL) (*Kamel* n° 2).

[24] Discretionary administrative decisions that engage Charter rights are to be arrived at using the analytical framework established by the Supreme Court in *Doré*. As Justice Abella subsequently noted, “*Doré* requires administrative decision-makers to proportionately balance the *Charter* protections — values and rights — at stake in their decisions with the relevant statutory mandate”: *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at paragraph 35.

[25] Although Ms. Thelwell asserts that the errors in the information that she provided to the Passport Integrity Branch were the result of innocent mistakes on her part, she has not challenged the finding that she provided false or misleading information in connection with her passport application. Given the inconsistent and evolving nature of the explanations that Ms. Thelwell provided over the course of this matter, suffice it to say that the Passport Integrity Branch’s finding on this point is entirely reasonable.

[26] The issue for determination is thus whether the imposition of a five-year suspension of passport services on Ms. Thelwell was reasonable.

[27] The parties agree that the objectives of the Passport Program include contributing to the international fight against terrorism and complying with Canada’s commitments in this area, as well as maintaining the good reputation of the Canadian passport: *Kamel* No. 1, at paragraph 50.

[28] The parties disagree, however, as to the factors that are to be balanced in determining whether the infringement of Ms. Thelwell’s mobility rights was reasonable. The respondent submits that the objectives of the Passport Program have to be balanced against the seriousness of Ms. Thelwell’s misconduct. According to the respondent, Ms. Thelwell’s personal circumstances are irrelevant to the balancing exercise that has to be carried out by the Passport Integrity Branch.

[24] Les décisions administratives discrétionnaires qui font intervenir les droits garantis par la Charte sont rendues au moyen du cadre analytique établi par la Cour suprême dans l’arrêt *Doré*. Comme la juge Abella l’a fait remarquer par la suite, « *Doré* oblige les décideurs administratifs à procéder à une mise en balance proportionnée des protections — droits et valeurs — offertes par la Charte en jeu dans leurs décisions, d’une part, et du mandat légal pertinent » : *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, au paragraphe 35.

[25] M<sup>me</sup> Thelwell fait valoir le fait que les erreurs dans les renseignements qu’elle a fournis à la Direction de l’intégrité du Programme de passeport découlaient d’erreurs innocentes de sa part, mais elle n’a pas contesté la conclusion selon laquelle elle avait fourni des renseignements faux ou trompeurs relativement à sa demande de passeport. Vu la nature incohérente et évolutive des explications que M<sup>me</sup> Thelwell a fournies au cours de cette affaire, il suffit de dire que la conclusion de la Direction de l’intégrité du Programme de passeport sur ce point est tout à fait raisonnable.

[26] Il s’agit donc de décider si l’imposition d’une suspension de cinq ans des services de passeport à l’encontre de M<sup>me</sup> Thelwell était raisonnable.

[27] Les parties conviennent que les objectifs du Programme de passeport comprennent la contribution à la lutte internationale contre le terrorisme et le respect des engagements du Canada dans ce domaine, ainsi que le maintien de la bonne réputation du passeport canadien : *Kamel* n° 1, au paragraphe 50.

[28] Les parties sont toutefois en désaccord quant aux facteurs qui doivent être mis en balance au moment de décider si la violation de la liberté de circulation de M<sup>me</sup> Thelwell était raisonnable. Le défendeur soutient que les objectifs du Programme de passeport doivent être mis en balance par rapport à la gravité de l’inconduite de M<sup>me</sup> Thelwell. Selon le défendeur, la situation personnelle de M<sup>me</sup> Thelwell est sans pertinence pour l’exercice de mise en balance qui doit être exécuté par la Direction de l’intégrité du Programme de passeport.

[29] In contrast, Ms. Thelwell submits that the objectives of the Passport Program have to be balanced against the impact on her of a decision suspending her access to passport services, in light of her particular personal circumstances.

[30] The Supreme Court of Canada held in *Doré* that once the relevant statutory or program objectives have been identified, decision makers must then consider “how the *Charter* value at issue will best be protected in view of the statutory objectives”: at paragraph 56. The Court went on to note that this is “at the core of the proportionality exercise, and requires the decision-maker to balance the severity of the interference of the *Charter* protection with the statutory objectives”: at paragraph 56. This proportionality test will be satisfied if the measure “falls within a range of possible, acceptable outcomes”: at paragraph 56, referencing *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47.

[31] The Federal Court of Appeal determined in *Kamel No. 2* that the Passport Program must balance program objectives against an applicant’s interests in imposing a period of suspension of passport services: at paragraph 32. The Court further noted that this is a highly fact-based exercise, which calls for deference in reviewing a decision to impose a period of suspension of passport services: *Kamel No. 2*, at paragraph 35.

[32] However, the Federal Court of Appeal went on in *Kamel No. 2* to state that it “would not give any deference to a ministerial decision that does not take *Charter* rights into account or that restricts them disproportionately” as “[t]hat would be an unreasonable decision”: *Kamel No. 2*, at paragraph 35.

[33] I am not persuaded that the Passport Integrity Branch reasonably balanced the competing considerations in this case.

[29] En revanche, M<sup>me</sup> Thelwell fait valoir que les objectifs du Programme de passeport doivent être mis en balance par rapport à l’incidence qu’a sur elle une décision de suspendre son accès aux services de passeport, à la lumière de sa situation personnelle particulière.

[30] La Cour suprême du Canada a statué dans l’arrêt *Doré* qu’une fois que les objectifs prévus par une loi ou un programme pertinents ont été cernés, les décideurs doivent alors se demander « comment protéger au mieux la valeur en jeu consacrée par la *Charte* compte tenu des objectifs visés par la loi » : au paragraphe 56. La Cour poursuit en faisant remarquer que cette réflexion constitue « l’essence même de l’analyse de la proportionnalité et exige que le décideur mette en balance la gravité de l’atteinte à la valeur protégée par la *Charte*, d’une part, et les objectifs que vise la loi, d’autre part » : au paragraphe 56. Ce critère de la proportionnalité sera rempli à condition que la mesure « “[appartienne] aux issues possibles acceptables” » : au paragraphe 56, citant l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47.

[31] La Cour d’appel fédérale a décidé dans l’arrêt *Kamel n° 2* que le Programme de passeport devait soulever les objectifs du programme, d’une part, et les intérêts d’un demandeur, d’autre part, concernant l’imposition d’une période de suspension des services de passeport : au paragraphe 32. En outre, la Cour a fait remarquer qu’il s’agissait d’un exercice qui repose en grande partie sur les faits et qui appelle à la retenue dans l’examen d’une décision d’imposer une période de suspension des services de passeport : *Kamel n° 2*, au paragraphe 35.

[32] Cependant, la Cour d’appel fédérale a poursuivi dans l’arrêt *Kamel n° 2* en affirmant qu’elle « n’accorderai[t] aucune déférence à une décision ministérielle qui ne tienne pas compte des droits protégés par la *Charte* ou qui les restreigne de manière disproportionnée », car « [i]l s’agirait là d’une décision déraisonnable » : *Kamel n° 2*, au paragraphe 35.

[33] Je ne suis pas convaincu que la Direction de l’intégrité du Programme de passeport ait raisonnablement soulevé les considérations concurrentes en l’espèce.

[34] The administration of the Passport Program is governed by the *Passport Program Delivery Instructions* [Instructions]. These instructions provide that where it has been determined that an individual has provided false or misleading information in connection with a passport application, a maximum period of suspension of passport services of 10 years is possible in accordance with provisions of section 10 of the *Canadian Passport Order*. The Instructions state, however, that the period of passport ineligibility that will usually be imposed is five years. The Instructions also note that co-operation with the Passport Program during the course of an investigation may reduce the period of refusal of passport services. No other possible mitigating factor is identified in the Instructions.

[35] There is nothing in the *Passport Program Delivery Instructions* that recognizes that Charter-protected mobility rights are implicated in decisions such as this. Nor is there any indication in the decision under review that the Passport Integrity Branch was aware that Ms. Thelwell's Charter rights were implicated in this case.

[36] The decision maker was clearly aware of Ms. Thelwell's claim that she was "not an average Canadian", and that a five-year suspension of passport services would have more of an impact on her than it would on an average person who used their passport only occasionally. However, the reasons provided for imposing a five-year period of passport ineligibility on Ms. Thelwell do not address the impact that the decision would have on her mobility rights. Nor does the decision maker balance Ms. Thelwell's interests against the objectives of the Passport Program, as he or she was required to do: *Kamel* No. 2, at paragraph 32.

[37] Instead, the "standard ineligibility period" of five years was simply imposed on Ms. Thelwell on the basis that five-year suspensions of passport services have been found by this Court "to be a reasonable period in

[34] L'administration du Programme de passeport est régie par les *Instructions sur l'exécution du Programme de passeport* [les Instructions]. Ces instructions prévoient que lorsqu'il a été décidé qu'une personne a fourni des renseignements faux ou trompeurs concernant une demande de passeport, une période de suspension maximale de 10 ans est possible en application des dispositions de l'article 10 du *Décret sur les passeports canadiens*. Les Instructions précisent toutefois que la période d'inadmissibilité qui sera habituellement imposée est de cinq ans. Les instructions précisent également que la collaboration avec le Programme de passeport dans le cadre d'une enquête peut réduire la période de refus des services de passeport. Aucun autre facteur atténuant possible n'est indiqué dans les Instructions.

[35] Aucune disposition dans les *Instructions sur l'exécution du Programme de passeport* ne reconnaît que la liberté de circulation garantie par la Charte est impliquée dans des décisions telles que celle-ci. Il n'y a non plus aucune indication dans la décision faisant l'objet d'un contrôle que la Direction de l'intégrité du Programme de passeport était informée que la liberté de circulation garantie par la Charte de M<sup>me</sup> Thelwell était impliquée en l'espèce.

[36] Le décideur était manifestement informé de l'allégation de M<sup>me</sup> Thelwell selon laquelle elle n'était [TRADUCTION] « pas une Canadienne moyenne », et qu'une suspension des services de passeport de cinq ans aurait une conséquence plus grande sur elle que sur une personne moyenne ne faisant usage de son passeport qu'occasionnellement. Cependant, les motifs présentés pour justifier l'imposition d'une période d'inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans à l'encontre de M<sup>me</sup> Thelwell n'abordent pas l'incidence que cette décision aurait sur sa liberté de circulation. Le décideur ne soupèse pas non plus les intérêts de M<sup>me</sup> Thelwell, d'une part, et les objectifs du Programme de passeport, d'autre part, tel qu'il aurait été tenu de le faire : *Kamel* n° 2, au paragraphe 32.

[37] Au lieu de cela, on a tout simplement imposé à M<sup>me</sup> Thelwell une « période d'inadmissibilité [qui] dure généralement » cinq ans au motif que les suspensions des services de passeport de cinq ans ont été jugées par

*light of the facts on which those cases were decided*” (my emphasis).

[38] As the Supreme Court observed in *Doré*, “the nature of the reasonableness analysis is always contingent on its context”: at paragraph 7, citing *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5. The Supreme Court went on to observe that “[i]n the *Charter* context, the reasonableness analysis is one that centres on proportionality, that is, on ensuring that the decision interferes with the relevant *Charter* guarantee no more than is necessary given the statutory objectives”. The Court went on to observe that “[i]f the decision is disproportionately impairing of the guarantee, it is unreasonable. If, on the other hand, it reflects a proper balance of the mandate with *Charter* protection, it is a reasonable one”: at paragraph 7.

[39] A review of the passport cases decided by this Court and by the Federal Court of Appeal confirms that, almost without exception, a five-year period of passport ineligibility is imposed once it is determined that there has been misconduct, including providing false or misleading information in a passport application: *Kamel* No. 2; *Abdi v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 642, [2012] F.C.J. No. 945 (QL); *Allen v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 213, 476 F.T.R. 116; *Brar v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 763, 460 F.T.R. 248; *Desmond De Hoedt v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 829, 462 F.T.R. 162; *Dias v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 64, [2014] 4 F.C.R. 915, 466 N.R. 80, affd 2014 FCA 195, 30 Imm. L.R. (4th) 47, [2014] F.C.J. No. 958 (QL); *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 376, [2016] F.C.J. No. 343 (QL); *Gomravi v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 1044, 441 F.T.R. 28; *Latifi v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 939, [2013] F.C.J. No. 975 (QL); *Lipskaia v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 526, [2016] F.C.J. No. 489 (QL); *Mikhail v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 724, 435 F.T.R. 235; *Okhionkpanmwonyi v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 1129, [2011] F.C.J. No. 1389 (QL); *Eastwood v. Canada* also referred to as *Saint-Vil v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 48, 446

la Cour [TRADUCTION] « correspondre à une période raisonnable à la lumière des faits sur lesquels ces affaires ont été tranchées » [non souligné dans l’original].

[38] Comme l’a Cour suprême a fait observer dans l’arrêt *Doré*, « la nature de l’analyse du caractère raisonnable est toujours tributaire du contexte » : au paragraphe 7, citant l’arrêt *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5. La Cour suprême a ajouté que « [d]ans celui de la *Charte*, cette analyse du caractère raisonnable porte tout sur la proportionnalité, soit, sur la nécessité d’assurer que la décision n’interfère avec la garantie visée par la *Charte* pas plus qu’il n’est nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi ». La Cour a ensuite fait remarquer que « [s]i la décision porte atteinte à la garantie de manière disproportionnée, elle est déraisonnable. Si, par contre, elle établit un juste équilibre entre le mandat et la protection conférée par la *Charte*, elle est raisonnable » : au paragraphe 7.

[39] Un examen des affaires portant sur les passeports décidées par notre Cour et par la Cour d’appel fédérale confirme, presque sans exception, qu’une période d’inadmissibilité de cinq ans aux services de passeport est imposée une fois que l’on détermine l’existence d’une inconduite, y compris la communication de renseignements faux ou trompeurs dans une demande de passeport : *Kamel* n° 2; *Abdi c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 642, [2012] A.C.F. n° 945 (QL); *Allen c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 213; *Brar c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 763; *Desmond De Hoedt c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 829; *Dias c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 64, [2014] 4 R.C.F. 915, confirmée dans 2014 CAF 195, [2014] A.C.F. n° 958 (QL); *Fontaine c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 376, [2016] A.C.F. n° 343 (QL); *Gomravi c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 1044; *Latifi c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 939, [2013] A.C.F. n° 975 (QL); *Lipskaia c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 526, [2016] A.C.F. n° 489 (QL); *Mikhail c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 724; *Okhionkpanmwonyi c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 1129, [2011] A.C.F. n° 1389 (QL); *Eastwood c. Canada* aussi désignée comme *Saint-Vil c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 48; *Sathasivam c. Canada*

F.T.R. 79; *Sathasivam v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 419, 431 F.T.R. 261; *Simmonds v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 967, 439 F.T.R. 206; *Slaeman v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 641, 412 F.T.R. 103; *Villamil v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 686, 435 F.T.R. 88; *Wong v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 152, [2017] F.C.J. No. 177 (QL).

[40] While the same period of suspension of passport services was imposed in each of these cases, they cover a wide range of misconduct. Virtually all of this misconduct was far more serious than that of Ms. Thelwell—misconduct that in many cases was clearly intended to allow non-Canadians to use Canadian passports in order to gain unlawful entry to this country, thereby compromising the integrity of the Canadian passport system and potentially threatening the national security of this country.

[41] For example, *Kamel No. 2* involved an individual who had been convicted in France of membership in a criminal organization for the purpose of preparing a terrorist act and complicity in the forgery of three passports that he had brought from Canada. The French Court described Mr. Kamel as the “principal organizer of international networks determined to prepare attacks and procure weapons and passports for terrorists acting throughout the world” for which Mr. Kamel was sentenced to eight years imprisonment and permanent exclusion from France: at paragraph 6. Despite the gravity of the circumstances in *Kamel No. 2*, a five-year period of suspension of passport services was imposed in that case.

[42] The applicants in *Slaeman v. Canada* [cited above] were each paid \$10 000 U.S. to allow foreign nationals to use their Canadian passports. The applicants then provided false information to Canadian passport officials in support of their applications for replacement passports.

[43] *Abdi, De Hoedt, Dias, Gomravi, Latifi, Mikhail, Okhionkpanmwoyi* and *Sathasivam* all involved

(*Procureur général*), 2013 CF 419; *Simmonds c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 967; *Slaeman c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 641; *Villamil c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 686; *Wong c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 152, [2017] A.C.F. n° 177 (QL).

[40] La même période de suspension des services de passeport a été imposée dans chacune de ces affaires, mais elles portent sur une vaste gamme d'inconduites. Pratiquement l'ensemble de ces inconduites étaient beaucoup plus graves que celles de M<sup>me</sup> Thelwell — une inconduite qui, dans de nombreux cas, visait manifestement à permettre à des non-Canadiens d'utiliser des passeports canadiens afin d'entrer illégalement dans ce pays, compromettant ainsi l'intégrité du système de passeport canadien et menaçant potentiellement la sécurité nationale de ce pays.

[41] À titre d'exemple, l'arrêt *Kamel n° 2* concernait un individu qui avait été condamné en France d'avoir participé à une association de malfaiteurs en vue de la préparation d'un acte de terrorisme et de complicité dans la falsification de trois passeports qu'il avait apportés du Canada. Le Tribunal français a décrit M. Kamel comme le « principal animateur des réseaux internationaux déterminé à préparer des attentats et à procurer des armes et des passeports à des terroristes agissant partout dans le monde », ce pour quoi M. Kamel a été condamné à une peine d'emprisonnement de huit ans et s'est vu imposer l'interdiction définitive du territoire français : au paragraphe 6. Malgré la gravité de la situation dans l'arrêt *Kamel n° 2*, une période de suspension de cinq ans des services de passeport lui a été imposée dans cette affaire.

[42] Les demandeurs dans la décision *Slaeman c. Canada* avaient reçu chacun 10 000 \$ afin de permettre à des ressortissants étrangers d'utiliser leurs passeports canadiens. Les demandeurs avaient ensuite fourni de faux renseignements aux fonctionnaires canadiens des passeports à l'appui de leurs demandes de remplacement.

[43] Les affaires *Abdi, De Hoedt, Dias, Gomravi, Latifi, Mikhail, Okhionkpanmwoyi* et *Sathasivam*

Canadian citizens who were facilitating or attempting to facilitate travel by foreign nationals on false Canadian passports. Like *Kamel* No. 2 and *Slaeman*, these cases raised significant security concerns, and negatively affected the integrity of the Canadian passport system.

[44] *Brar, Eastwood, Lipskaia* and *Wong* were cases where individuals tried to obtain multiple Canadian passports in different names, once again potentially undermining the integrity of the Canadian passport system and jeopardizing our national security.

[45] In *Simmonds* and *Villamil*, applicants were seeking passports for their children, in breach of the terms of custody orders.

[46] It is true that in *Fontaine*, above, this Court upheld the imposition of a five-year period of passport ineligibility in a factual situation that was similar to that in Ms. Thelwell's case. However, Mr. Fontaine failed to respond to correspondence from the Passport Integrity Branch, and he provided no information regarding his personal circumstances or any submissions with respect to the appropriate period of passport ineligibility that should be imposed on him before a decision was made in that regard. There were thus no countervailing considerations that had to be weighed in arriving at an appropriate period of passport ineligibility in the *Fontaine* case.

[47] I have only been able to identify three cases where something less than a five-year period of passport ineligibility was imposed. A four-year period of passport ineligibility was imposed in *Mbala v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 107, 447 F.T.R. 121. In that case, the applicant admitted to submitting false or misleading information to obtain a passport issued in his name with his brother's photo in order to facilitate his illegal entry into Canada. Once again, the applicant's actions had the potential to undermine the integrity of the Canadian

concernaient toutes des citoyens canadiens qui avaient facilité ou tenté de faciliter le voyage de ressortissants étrangers au moyen de passeports canadiens. Comme l'arrêt *Kamel* n° 2 et la décision *Slaeman*, ces affaires ont soulevé des préoccupations importantes en matière de sécurité et ont eu une incidence négative sur l'intégrité du système de passeport canadien.

[44] *Brar, Eastwood, Lipskaia* et *Wong* étaient des affaires dans lesquelles les individus ont tenté d'obtenir plusieurs passeports canadiens sous différents noms, une fois de plus minant l'intégrité du système de passeport canadien et compromettant notre sécurité nationale.

[45] Dans les décisions *Simmonds* et *Villamil*, les demandeurs voulaient obtenir des passeports pour leurs enfants, en contravention avec les modalités de leurs ordonnances de garde.

[46] Il est vrai que dans la décision *Fontaine*, précitée, notre Cour a confirmé l'imposition d'une période d'inadmissibilité au passeport de cinq ans dans une situation de fait qui était similaire à celle de l'affaire de M<sup>me</sup> Thelwell. Cependant, M. Fontaine a omis de répondre à la correspondance de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport, et il n'a fourni ni renseignement concernant sa situation personnelle, ni observation quant à la période d'inadmissibilité aux services de passeport appropriés qu'on devrait lui imposer avant de rendre une décision à cet égard. En conséquence, il n'y avait aucune considération pouvant faire contre-poids pouvant être pondérée pour décider d'une période d'inadmissibilité aux services de passeport appropriée dans l'affaire *Fontaine*.

[47] Je n'ai été en mesure de relever que trois affaires où une période d'inadmissibilité aux services de passeport inférieure à cinq ans a été imposée. Une période d'inadmissibilité aux services de passeport de quatre ans a été imposée dans la décision *Mbala c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 107. Dans cette affaire, le demandeur a admis avoir fourni des renseignements faux ou trompeurs pour obtenir un passeport délivré à son nom avec la photo de son frère afin de faciliter son entrée illégale au Canada. Une fois de plus, les actions

passport system, even though the actions were taken for allegedly humanitarian reasons.

[48] A four-year period of passport ineligibility was also imposed in *Krivicky v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 1236, [2013] F.C.J. No. 1335 (QL). The facts of this case are not discussed in any detail in the Court's decision, but it noted that the evidence before it was "sufficient to find that the applicant participated in a sham relating to the issuance of a passport": at paragraph 12.

[49] Finally, a four-year period of passport ineligibility had been imposed in *Siska v. Passport Canada*, 2014 FC 298, [2014] F.C.J. No. 326 (QL). In that case, the applicant had attempted to use a Canadian passport to assist her in committing the indictable offence of possessing a forged passport and of attempting to use a forged or altered document for the purpose of entering Canada. The applicant's actions thus once again undermined the integrity of the Canadian passport system and potentially raised national security concerns. An application for judicial review of this decision was granted by this Court for reasons that are not germane to the analysis in this case.

[50] Making a false statement in a passport application is undoubtedly a serious matter, and the sanction for such misconduct must reflect the gravity of the matter. That said, *Doré* requires decision makers to balance the severity of the interference with the individual's Charter-protected rights against the objectives of the program in question. This type of individualized assessment was absent in this case, with the result that it cannot be said that the imposition of a five-year period of passport ineligibility reflects a proportionate restriction on Ms. Thelwell's Charter-protected mobility rights.

du demandeur avaient le potentiel de miner l'intégrité du système de passeport canadien, même si ces actions avaient été considérées comme des motifs prétendument humanitaires.

[48] Une période d'inadmissibilité aux services de passeport de quatre ans a également été imposée dans la décision *Krivicky c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 1236, [2013] A.C.F. n° 1335 (QL). Les faits de cette affaire ne font pas l'objet d'une discussion détaillée dans la décision de la Cour, mais on y indique que la preuve dont elle était saisie était « suffisante pour conclure que la demanderesse a participé à une imposture relativement à l'émission d'un passeport » : au paragraphe 12.

[49] Enfin, une période d'inadmissibilité aux services de passeport a été imposée dans la décision *Siska c. Passeport Canada*, 2014 CF 298, [2014] A.C.F. n° 326 (QL). Dans cette affaire, la demanderesse avait tenté d'utiliser un passeport canadien afin de l'aider à commettre l'acte criminel qui consiste à avoir en sa possession un faux passeport et de tenter d'utiliser un document faux ou contrefait dans le but d'entrer au Canada. Les actions de la demanderesse ont donc une fois de plus miné l'intégrité du système de passeport canadien et ont potentiellement soulevé des préoccupations en matière de sécurité nationale. Une demande de contrôle judiciaire de cette décision a été accordée par la Cour pour des motifs qui ne sont pas pertinents à l'analyse en l'espèce.

[50] Il ne fait aucun doute que le fait de faire une fausse déclaration dans une demande de passeport est une affaire sérieuse et que la sanction pour une telle inconduite doit tenir compte de la gravité de l'affaire. Cela dit, l'arrêt *Doré* appelle les décideurs à mettre en balance la gravité de l'atteinte aux droits garantis par la Charte de l'individu, d'une part, et les objectifs du programme en question, d'autre part. Ce type d'évaluation individualisé était absent en l'espèce, le résultat étant que l'on ne saurait affirmer que l'imposition d'une période d'inadmissibilité aux services de passeport de cinq ans tient compte d'une restriction proportionnée à l'égard de la liberté de circulation garantie par la Charte de M<sup>me</sup> Thelwell.

[51] Ms. Thelwell was 22 years old when she filed her passport application. She is a Canadian citizen, and there is no suggestion that she was not otherwise entitled to a Canadian passport. Nor is there any suggestion that she intended to use her passport for any improper or unlawful purposes that might have undermined the integrity of the Canadian passport system or implicated Canada's national security. Without in any way condoning Ms. Thelwell's conduct, the gravity of her misconduct was nowhere near the order of magnitude of the misconduct of other individuals who received four – or five-year suspensions of passport services.

[52] Ms. Thelwell also provided the Passport Integrity Branch with information regarding her mental health, and the shame that she evidently felt with respect to the criminal charges that she had faced. She also provided substantial evidence with respect to the devastating impact that a suspension of passport services would have on her musical career. There is, however, no indication in the reasons provided by the Passport Integrity Branch that it engaged with any of this evidence in any meaningful way. Nor did it explain why it was reasonably necessary to refuse Ms. Thelwell a passport for five years in order to preserve the integrity of the Canadian passport system. It simply noted that “courts have found five years to be a reasonable period in light of the facts on which those cases were decided”—facts, that, as I have already noted, were very different than the facts of this case.

[53] Finally, while it is true that the negative impact of the refusal of passport services is somewhat mitigated by the fact that Ms. Thelwell can apply for a limited validity passport with geographical restrictions for urgent, compelling and compassionate reasons, such as a life-threatening illness or death in the family, this does not address the infringement on her Charter-protected right to leave and re-enter Canada for other reasons.

[51] M<sup>me</sup> Thelwell était âgée de 22 ans lorsqu'elle a présenté sa demande de passeport. Elle est une citoyenne canadienne et rien n'indique qu'elle n'avait pas par ailleurs droit à un passeport canadien. Rien n'indique non plus qu'elle a tenté d'utiliser son passeport à des fins irrégulières ou illicites qui pourraient avoir miné l'intégrité du système de passeport canadien ou qui aurait touché la sécurité nationale du Canada. Sans tolérer de quelque façon que ce soit la conduite de M<sup>me</sup> Thelwell, la gravité de son inconduite est bien loin de l'importance de l'inconduite des autres individus à qui on a imposé des suspensions de quatre ou cinq ans des services de passeport.

[52] En outre, M<sup>me</sup> Thelwell a également fourni à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport des renseignements concernant sa santé mentale, de même que la honte qu'elle éprouvait manifestement à l'égard des chefs d'accusation au criminel auxquels elle a eu à faire face. Elle a aussi présenté des éléments de preuve abondants quant à l'incidence dévastatrice qu'une suspension des services de passeport aurait sur sa carrière musicale. Rien n'indique toutefois dans les motifs présentés par la Direction de l'intégrité du Programme de passeport que cette dernière a examiné ces éléments de preuve d'une manière significative. Elle n'a pas non plus expliqué pourquoi il était raisonnablement nécessaire de refuser à M<sup>me</sup> Thelwell de lui délivrer un passeport pendant une période de cinq ans afin de préserver l'intégrité du système de passeport canadien. Elle a simplement indiqué que [TRADUCTION] « les tribunaux ont conclu qu'une période de cinq ans était raisonnable à la lumière des faits sur lesquels ces affaires ont été tranchées » — des faits qui, comme je l'ai déjà fait remarquer, étaient très différents des faits en l'espèce.

[53] En dernier lieu, bien qu'il soit vrai que l'incidence négative du refus des services de passeport se trouve quelque peu atténuée par le fait que M<sup>me</sup> Thelwell peut présenter une demande en vue d'obtenir un passeport à durée de validité limitée comprenant des restrictions géographiques pour des motifs urgents, impérieux et de compassion, par exemple une maladie présentant une menace pour la vie ou un décès dans la famille, cela n'aborde pas la question relative à l'atteinte à son droit garanti par la Charte de sortir du Canada et d'y entrer pour d'autres motifs.

[54] The Federal Court of Appeal noted in *Kamel* No. 2 that the refusal of passport services was mitigated by the possibility of applying for a limited validity passport for urgent and compassionate reasons. However, the option of applying for a limited validity passport is not a safety valve that renders any refusal of passport services, imposed for any reason, of any duration, reasonable. In *Kamel* No. 2, the Court concluded that there was a “causal link between national security and the Minister’s refusal to issue a passport to Mr. Kamel, who was sentenced in France for crimes directly related to terrorism, including the counterfeiting of passports” (my emphasis): paragraph 48. It was within this context that the Court concluded that the possibility of obtaining a limited validity travel document provided sufficient evidence of proportionality.

[55] Ms. Thelwell’s situation is distinguishable. As discussed above, in this case the Passport Integrity Branch failed to show a causal link between the five-year refusal of services imposed on Ms. Thelwell and the need to preserve the integrity of the Canadian passport system. As I have determined that a five-year refusal of passport services was a disproportionate infringement of Ms. Thelwell’s Charter-protected mobility rights, in these circumstances, the possibility of applying for a limited validity travel document for urgent and compassionate reasons does not sufficiently mitigate this interference.

## VI. Conclusion

[56] For these reasons, I am satisfied that the Passport Integrity Branch failed to carry out the necessary analysis in balancing the severity of the interference with Ms. Thelwell’s Charter-protected mobility rights with the objectives of the Passport Program. Consequently, her application for judicial review will be granted. In accordance with the agreement of the parties, Ms. Thelwell shall have her costs fixed in the amount of \$2000.

[54] La Cour d’appel fédérale a fait observer dans l’arrêt *Kamel* n° 2 que le refus des services de passeport était atténué par la possibilité de présenter une demande de passeport à durée de validité limitée pour des raisons urgentes et impérieuses de compassion. Cependant, la possibilité de présenter une demande de passeport à durée de validité limitée n’est pas assimilable à une soupape qui rend tout refus des services de passeport, imposé pour un motif quelconque, d’une durée quelconque, raisonnable. Dans l’arrêt *Kamel* n° 2, la Cour a conclu qu’il y avait un « lien causal entre la sécurité nationale et le refus du ministre de délivrer un passeport à M. Kamel qui a été condamné en France pour des crimes intimement reliés au terrorisme, incluant la falsification de passeports » (les soulignements sont de moi) : paragraphe 48. C’est dans ce contexte que la Cour a tiré la conclusion que la possibilité d’obtenir un passeport à durée de validité limitée présentait une preuve suffisante de proportionnalité.

[55] La situation de M<sup>me</sup> Thelwell diffère. Comme il en a été question ci-dessus, en l’espèce, la Direction de l’intégrité du Programme de passeport n’a pas réussi à montrer un lien causal entre le refus des services d’une période de cinq ans imposé à M<sup>me</sup> Thelwell et la nécessité de préserver l’intégrité du système de passeport canadien. Étant donné que j’ai conclu qu’un refus des services de passeport d’une durée de cinq ans était une atteinte disproportionnée à l’encontre de la libre circulation garantie par la Charte de M<sup>me</sup> Thelwell, dans cette situation, la possibilité de demander un passeport à durée de validité limitée pour des motifs urgents et de compassion n’atténue pas suffisamment cette atteinte.

## VI. Conclusion

[56] Pour ces motifs, je suis convaincue que la Direction de l’intégrité du Programme de passeport a omis de procéder à l’analyse nécessaire en mettant en balance la gravité de l’atteinte à l’encontre de la liberté de circulation garantie par la Charte de M<sup>me</sup> Thelwell, d’une part, et les objectifs du Programme de passeport, d’autre part. En conséquence, sa demande de contrôle judiciaire sera accueillie. Conformément à l’entente entre les parties, les dépens de M<sup>me</sup> Thelwell seront fixés à 2 000 \$.

## VII. The Request for Directions

[57] Ms. Thelwell asks that if her application for judicial review is granted, that the matter be returned to the Passport Integrity Branch with Directions. These include Directions that Ms. Thelwell be provided with a period of 30 days in which to submit new evidence and arguments, and that the Passport Integrity Branch be required to render a decision within 60 days of the date on which it receives any new evidence and arguments from Ms. Thelwell, or is advised that no new evidence or arguments will be provided. I note that Justice Southcott provided similar Directions in relation to Ms. Thelwell's earlier application for judicial review and I am prepared to issue such Directions in this case.

[58] Ms. Thelwell also asks that the Passport Integrity Branch be directed to explicitly consider her reasons for what she calls "the omission", as well as the impact that the refusal of passport services will have on her career and whether any further limitations on Ms. Thelwell's rights under subsection 6(1) of the Charter are absolutely necessary to protect national security, public order, public health or morals, or the rights and freedoms of others.

[59] The obligations on the Passport Integrity Branch to consider the Charter-protected rights of passport applicants in determining whether a period of passport ineligibility is appropriate are clearly set out in the jurisprudence, including my reasons in this case. It is thus unnecessary to direct the Passport Integrity Branch to comply with the law.

## VII. La demande de directives

[57] M<sup>me</sup> Thelwell demande, si sa demande de contrôle judiciaire est accueillie, que l'affaire soit renvoyée à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport avec des directives. Celles-ci comprennent des directives selon lesquelles M<sup>me</sup> Thelwell disposera d'une période de 30 jours pour présenter de nouveaux éléments de preuve et de nouveaux arguments, et selon lesquelles la Direction de l'intégrité du Programme de passeport sera tenue de rendre une décision dans les 60 jours suivant la date à laquelle elle recevra de nouveaux éléments de preuve et de nouveaux arguments de M<sup>me</sup> Thelwell, ou qu'elle sera informée que de nouveaux éléments de preuve ou de nouveaux arguments ne seront pas fournis. Je fais remarquer que le juge Southcott a fourni des directives similaires relativement à la demande de contrôle judiciaire antérieure de M<sup>me</sup> Thelwell et je suis prête à formuler de telles directives en l'espèce.

[58] M<sup>me</sup> Thelwell demande également que l'on ordonne à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport d'examiner explicitement ses motifs pour ce qu'elle désigne comme [TRADUCTION] « l'omission », ainsi que l'incidence que le refus des services de passeport aura sur sa carrière et si d'autres restrictions à l'encontre des droits de M<sup>me</sup> Thelwell en vertu du paragraphe 6(1) de la Charte sont absolument nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre public, de la santé publique ou de la morale, ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui.

[59] Les obligations de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport d'examiner les droits garantis par la Charte des demandeurs de passeport au moment de décider si une période d'inadmissibilité est appropriée sont clairement énoncées dans la jurisprudence, y compris mes motifs en l'espèce. Il est donc inutile d'ordonner à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport de respecter la loi.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is granted;
2. The January 23, 2017 decision of the Passport Integrity Branch is set aside and the matter is remitted to a different decision maker for reconsideration;
3. Within 30 days of this judgment, Ms. Thelwell may submit additional evidence and arguments to the Passport Integrity Branch or advise the Passport Integrity Branch that no new evidence or arguments will be provided;
4. The Passport Program shall make a decision within 60 days of the date it receives any new evidence and arguments from Ms. Thelwell or is advised that no new evidence or arguments will be provided; and
5. Ms. Thelwell shall have her costs of this application fixed in the amount of \$2000.

## JUGEMENT

LA COUR STATUE que

1. La demande de contrôle judiciaire est accordée.
2. La décision du 23 janvier 2017 de la Direction de l'intégrité du Programme de passeport est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre décideur pour nouvelle décision.
3. Dans les 30 jours du présent jugement, M<sup>me</sup> Thelwell peut présenter des éléments de preuve et des arguments supplémentaires à la Direction de l'intégrité du Programme de passeport ou l'informer qu'aucun nouvel élément de preuve ou argument ne sera présenté.
4. Le Programme de passeport doit rendre une décision dans les 60 jours suivant la date à laquelle elle reçoit de nouveaux éléments de preuve et de nouveaux arguments de M<sup>me</sup> Thelwell ou qu'elle est informée qu'aucun nouvel élément de preuve ou argument ne sera présenté.
5. Les dépens de M<sup>me</sup> Thelwell pour la présente demande sont fixés à 2 000 \$.

T-416-16  
2017 FC 806

T-416-16  
2017 CF 806

**Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C.**  
(Applicant)

**Les Marques Metro/Metro Brands S.E.N.C.**  
(demanderesse)

v.

c.

**1161396 Ontario Inc.** (Respondent)

**1161396 Ontario Inc.** (défenderesse)

**INDEXED AS: LES MARQUES METRO/METRO BRANDS S.E.N.C. v. 1161396 ONTARIO INC.**

**RÉPERTORIÉ : LES MARQUES METRO/METRO BRANDS S.E.N.C. c. 1161396 ONTARIO INC.**

Federal Court, Annis J.—Ottawa, March 21 and September 7, 2017.

Cour fédérale, juge Annis—Ottawa, 21 mars et 7 septembre 2017.

*Trade-marks — Registration — Appeal pursuant to Trade-marks Act, s. 56 from decision of Hearing Officer of Trade-marks Opposition Board respecting application No. 1333541 (TM Application) wherein registration of word IRRESISTIBLES (mark) for items listed as “candy and snacks” allowed — Respondent, corporate entity, filing TM Application with Canadian Trade-marks Office in February 2007 based on use in Canada since at least as early as August 2001 — TM Application approved — Applicant filing opposition to registration of mark, alleging that TM Application not conforming to requirements of Act, s. 30(b) since mark had not been used by respondent in Canada in association with “cookies and biscuits” since claimed date of first use — Hearing Officer determining, inter alia: that Registrar properly concluding that TM application not for wares of one general class but for individually named specific wares; that TM application meeting requirements of Act, s. 30(b); that applicant failing to show that mark not used in association with “cookies and biscuits” at claimed date of first use — Issues: whether Board’s decision not to strike statement of opposition reasonable; whether respondent used mark in association with “cookies and biscuits” since at least as early as claimed date of first use; whether Court, in exercising discretion vested in Registrar of Trade-marks, having jurisdiction to issue “split” decisions pursuant to Act, s. 38(8) — Registrar’s conclusion that TM Application for specific goods reasonable — Plain reading of Act, s. 30(b) only requiring that trade-mark applicant file application containing date of first use for each of general classes of goods or services described in application — “Candy and snacks” generic terms taking sense from context in application — Registrar’s conclusion that application not for wares of one general class but for individually named specific wares clearly reasonable since phrase “candy and snacks” alone would likely not have been acceptable category of goods without being further specified — Applied for trade-mark must nevertheless have been used in*

*Marques de commerce — Enregistrement — Appel interjeté en vertu de l’art. 56 de la Loi sur les marques de commerce d’une décision par laquelle un agent d’audience de la Commission des oppositions des marques de commerce (C.O.M.C.) a admis la demande d’enregistrement n° 1333541 (la demande d’enregistrement de MC) de la marque de commerce IRRESISTIBLES (marque) pour des « bonbons et collations » — La défenderesse, une personne morale, a déposé auprès du Bureau des marques de commerce du Canada en février 2007 la demande d’enregistrement de MC fondée sur l’emploi au Canada depuis au moins aussi tôt qu’août 2001 — La demande d’enregistrement de MC a été approuvée — La demanderesse a produit une déclaration d’opposition à l’enregistrement de la marque, alléguant que la demande d’enregistrement de MC ne satisfaisait pas aux exigences de l’art. 30b) de la Loi, étant donné que la marque n’a pas été employée par la défenderesse au Canada en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » depuis la date de premier emploi alléguée — L’agent d’audience a conclu notamment que le registraire avait conclu à juste titre que la demande d’enregistrement de MC visait non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement; que la demande d’enregistrement de MC satisfaisait aux exigences énoncées à l’art. 30b) de la Loi; que la demanderesse ne s’était pas acquittée du fardeau de preuve d’établir que la marque n’avait pas été employée en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » à la date de premier emploi alléguée — Il s’agissait de savoir si la décision de la C.O.M.C. de refuser de radier la déclaration d’opposition était raisonnable; si la défenderesse avait employé la marque en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » depuis au moins aussi tôt que la date de premier emploi revendiquée; et si la Cour, en exerçant le pouvoir discrétionnaire dont le registraire des marques de commerce est investi, avait compétence pour rendre une décision « partagée » en application de l’art. 38(8)*

*association with each of specific goods or services identified in general class prior to applicant's filing date — Applicant's new evidence could reasonably lead to conclusion that, at relevant date, respondent had not used mark — Respondent in turn not filing evidence of use of mark, failing to show having used mark as early as August 2001 nor any time since then — Regarding Court's jurisdiction, jurisdiction to issue split decisions allowing Registrar to maintain proper balance between free competition, fair competition — Object of Act favouring interpretation of Act, s. 38(8) allowing Registrar or Court to issue split decisions — Therefore, Registrar having jurisdiction to issue split decisions pursuant to Act, s. 38(8) — Appeal allowed.*

This was an appeal pursuant to section 56 of the *Trade-marks Act* from a decision of a Hearing Officer of the Trade-marks Opposition Board (Board) respecting application No. 1333541 (TM Application or application) wherein registration of the word IRRESISTIBLES (mark) for “candy and snacks, namely candy bars, chocolate bars, all sugar confectionary, peanut brittle, caramel bars, cookies & biscuits, all gummi confectionary, chocolate confectionary, chocolate mints, assorted chocolate boxes, and marshmallow derivative candy” (goods) was allowed.

The respondent, a corporate entity, filed the TM Application with the Canadian Trade-marks Office in February 2007 based on use in Canada since at least as early as August 2001. The TM Application was approved and subsequently advertised in the Trade-marks Journal in February 2013. The applicant filed an opposition to the registration of the mark in July 2013,

*de la Loi — La conclusion du registraire selon laquelle la demande d'enregistrement de MC visait des produits particuliers était raisonnable — Selon le sens ordinaire de l'art. 30b) de la Loi, le demandeur de la marque de commerce n'est tenu que de produire une demande renfermant la date de premier emploi pour chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande — Les « bonbons et collations » sont des termes génériques qui tirent leur sens du contexte de la demande — La conclusion du registraire selon laquelle la demande visait non seulement les produits d'une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement était manifestement raisonnable, étant donné que les termes « bonbons et collations », en soi, n'auraient vraisemblablement pas constitué une catégorie de produits acceptable en l'absence de plus amples précisions — La marque de commerce visée par la demande doit néanmoins avoir été employée en liaison avec chacun des produits ou services spécifiques décrits dans la catégorie générale avant la date de production de la demande du requérant — Les nouveaux éléments de preuve présentés par la demanderesse pouvaient raisonnablement mener à la conclusion selon laquelle, à la date pertinente, la défenderesse n'avait pas employé la marque — Comme la défenderesse n'a présenté aucun élément de preuve établissant l'emploi de la marque, elle n'a pas démontré qu'elle a employé la marque depuis déjà au moins août 2001, ni à aucun autre moment par la suite — En ce qui concerne la compétence de la Cour, grâce à la compétence pour rendre des décisions partagées, le registraire peut maintenir un équilibre approprié entre la libre concurrence et la juste concurrence — L'objet de la Loi militait en faveur d'une interprétation de l'art. 38(8) de la Loi qui permet au registraire ou à la Cour de rendre des décisions partagées — Par conséquent, le registraire était compétent pour rendre une décision partagée en vertu de l'art. 38(8) de la Loi — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel interjeté en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* d'une décision par laquelle un agent d'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce (C.O.M.C.) a admis la demande d'enregistrement n° 1333541 (la demande d'enregistrement de MC ou la demande) de la marque de commerce IRRESISTIBLES (la marque) pour des « bonbons et collations, nommément barres de friandises, tablettes de chocolat, confiseries au sucre, nougatinnes dures aux arachides, barres au caramel, biscuits et petits gâteaux, confiseries gélifiées, confiseries de chocolat, menthes au chocolat, boîtes de chocolats assortis et bonbons en dérivé de guimauve ».

La défenderesse, une personne morale, a déposé auprès du Bureau des marques de commerce du Canada en février 2007 la demande d'enregistrement de MC fondée sur l'emploi au Canada depuis au moins aussi tôt qu'août 2001. La demande d'enregistrement de MC a été approuvée et publiée dans le Journal des marques de commerce en février 2013. La

alleging, pursuant to paragraph 38(2)(a) of the Act, that the TM Application did not conform to the requirements of paragraph 30(b) of the Act since the mark had not been used by the respondent in Canada in association with “cookies and biscuits” since the claimed date of first use, being as early as August 2001.

In his decision, the Hearing Officer dealt, in particular, with whether the Registrar of Trade-marks erred in refusing the respondent’s interlocutory request to strike and reject the applicant’s statement of opposition on the basis that it failed to disclose an arguable case. The Hearing Officer refused to reconsider the interlocutory ruling that the ground of opposition disclosed an arguable case since the Registrar had properly concluded that the TM application was not for wares of one general class but for individually named specific wares. The Board then determined that the TM application met the requirements of paragraph 30(b) of the Act: the ground of opposition was set out in sufficient detail in the statement of opposition to enable the respondent to reply thereto and to understand the case it had to meet. With respect to the affidavit of the respondent’s sole owner and president that the applicant filed as its evidence, the Hearings Officer found that it was relevant and admissible. However, he was not convinced that this particular affidavit satisfied the applicant’s onus to show that the mark was not used in association with “cookies and biscuits” at the claimed date of first use. He thus dismissed the paragraph 30(b) ground of opposition and rejected the applicant’s opposition.

The main issues were whether the Board’s decision not to strike the statement of opposition was reasonable; whether the respondent used the mark in association with “cookies and biscuits” since at least as early as the claimed date of first use; and whether the Court, in exercising the discretion vested in the Registrar of Trade-marks, has jurisdiction to issue a “split” decision pursuant to subsection 38(8) of the Act.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Registrar’s conclusion that the TM Application was for specific goods was reasonable. Even though the Hearing Officer did not address each of the respondent’s concerns specifically, his decision not to interfere with the Registrar’s interlocutory ruling was nevertheless reasonable. A plain

demanderesse a produit une déclaration d’opposition à l’enregistrement de la marque en juillet 2013, alléguant qu’en application de l’alinéa 38(2)a de la Loi, la demande d’enregistrement de MC ne satisfaisait pas aux exigences de l’alinéa 30b) de la Loi, étant donné que la marque n’a pas été employée par la défenderesse au Canada en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » depuis la date de premier emploi alléguée, qui était depuis au moins aussi tôt qu’août 2001.

Dans sa décision, l’agent d’audience a examiné notamment la question de savoir si le registraire des marques de commerce avait commis une erreur en rejetant la demande interlocutoire de la défenderesse visant à obtenir une radiation et un rejet de la déclaration d’opposition de la demanderesse au motif qu’elle ne révélait pas de cause défendable. L’agent d’audience a refusé de réexaminer la décision interlocutoire selon laquelle le motif d’opposition révélait l’existence d’une cause défendable étant donné que le registraire avait conclu à juste titre que la demande d’enregistrement de MC visait non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement. La C.O.M.C. a ensuite conclu que la demande d’enregistrement de MC satisfaisait aux exigences énoncées à l’alinéa 30b) de la Loi : le motif d’opposition avait été exposé de façon suffisamment détaillée dans la déclaration d’opposition pour permettre à la défenderesse d’y répondre et de comprendre la preuve qu’elle devait réfuter. En ce qui concerne l’affidavit du président et de l’unique propriétaire de la défenderesse que la demanderesse a déposé à titre de preuve, l’agent d’audience a conclu qu’il était une preuve pertinente et admissible. Toutefois, il n’était pas convaincu que l’affidavit en question permettait de conclure que la demanderesse s’était acquittée du fardeau de preuve d’établir que la marque n’avait pas été employée en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » à la date de premier emploi alléguée. Il a donc écarté le motif d’opposition fondé sur l’alinéa 30b) et a rejeté l’opposition de la demanderesse.

Il s’agissait principalement de déterminer si la décision de la C.O.M.C. de refuser de radier la déclaration d’opposition était raisonnable; si la défenderesse avait employé la marque en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » depuis au moins aussi tôt que la date de premier emploi revendiquée; et si la Cour, en exerçant le pouvoir discrétionnaire dont le registraire des marques de commerce est investi, avait compétence pour rendre une décision « partagée » en application du paragraphe 38(8) de la Loi.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

La conclusion du registraire selon laquelle la demande d’enregistrement de MC visait des produits particuliers était raisonnable. Même si l’agent d’audience n’a pas répondu précisément à chacune des préoccupations de la défenderesse, son refus de modifier la décision interlocutoire du registraire est

reading of paragraph 30(b) of the Act appears to only require that the trade-mark applicant file an application containing the date of first use for “each of the general classes of goods or services described in the application”. Neither the Registrar’s interlocutory ruling nor the Hearing Officer’s decision suggested that this was misunderstood. “Candy and snacks” are generic terms that take their sense from their context in the application seeing as snacks are generally understood to mean any small portion of food or drink consumed between meals. The Registrar’s conclusion that the application was not for wares of one general class but for individually named specific wares was clearly reasonable since the phrase “candy and snacks”—on its own—likely would not have been an acceptable category of goods without being further specified.

The requirements of paragraph 30(b) were examined. While paragraph 30(b) merely requires that a date of first use be provided with regard to each general class of goods or services, the applicant for trade-mark must nevertheless have been used in association with each of the specific goods or services identified in the general class prior to the applicant’s filing date. However, the date of first use with respect to each of the specific goods in the general class may vary.

With respect to the respondent’s use of the mark, the applicant bore the initial evidential onus to adduce sufficient admissible evidence from which it could reasonably be concluded that the facts alleged to support the ground of opposition existed. The applicant’s new evidence on appeal was sufficient to satisfy its initial evidential onus. The applicant made significant efforts to amass the best evidence it could and its newly tendered evidence could reasonably lead to the conclusion that, at the relevant date, the respondent had not used the mark. The burden of proof consequently fell on the respondent; however, having filed no evidence of use of the mark, the respondent failed to show that it had used the mark as early as August 2001 nor at any time since that date.

Regarding the Court’s jurisdiction to issue split decisions, subsection 38(8) of the Act and the objects thereof were examined. Trade-mark law rests on principles of fair dealing and holds the balance between free competition and fair competition. The jurisdiction to issue split decisions allows the Registrar to maintain a proper balance between free competition

néanmoins raisonnable. Selon le sens ordinaire de l’alinéa 30b) de la Loi, il semble que le demandeur de la marque de commerce ne soit tenu que de produire une demande renfermant la date de premier emploi pour « chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande ». Ni la décision interlocutoire du registraire ni la décision de l’agent d’audience ne donnaient à penser qu’il y a eu une mauvaise interprétation. Les « bonbons et collations » sont des termes génériques qui tirent leur sens du contexte de la demande, et les collations signifient généralement de petites quantités d’aliments ou de boissons consommées entre les repas. La conclusion du registraire selon laquelle la demande visait non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement était manifestement raisonnable, étant donné que les termes « bonbons et collations », en soi, n’auraient vraisemblablement pas constitué une catégorie de produits acceptable en l’absence de plus amples précisions.

Les exigences de l’alinéa 30b) ont été examinées. Bien que l’alinéa 30b) de la Loi exige simplement qu’une date de premier emploi soit fournie en ce qui concerne chacune des catégories générales de produits ou services, la marque de commerce visée par la demande doit néanmoins avoir été employée en liaison avec chacun des produits ou services spécifiques décrits dans la catégorie générale avant la date de production de la demande du requérant. Toutefois, la date de premier emploi en ce qui concerne chacun des produits spécifiques figurant dans la catégorie générale peut varier.

En ce qui concerne l’emploi de la marque par la défenderesse, premièrement, il incombait à la demanderesse de présenter une preuve admissible suffisante pour permettre de conclure raisonnablement à l’existence des faits allégués à l’appui du motif d’opposition. Les nouveaux éléments de preuve présentés par la demanderesse en appel étaient suffisants pour satisfaire à son fardeau de preuve initial. La demanderesse a déployé des efforts importants pour accumuler les meilleurs éléments de preuve possibles, et les nouveaux éléments de preuve qu’elle a produits pouvaient raisonnablement mener à la conclusion selon laquelle, à la date pertinente, la défenderesse n’avait pas employé la marque. Le fardeau de la preuve incombait par conséquent à la défenderesse, mais comme elle n’a présenté aucun élément de preuve établissant l’emploi de la marque, elle n’a pas démontré qu’elle a employé la marque depuis déjà au moins août 2001, ni à aucun autre moment par la suite.

En ce qui concerne la compétence de la Cour pour rendre des décisions partagées, le paragraphe 38(8) de la Loi et ses objets ont été examinés. Le droit des marques de commerce repose sur les principes de l’équité dans les activités commerciales and sert à maintenir l’équilibre entre la libre concurrence et la juste concurrence. Grâce à la compétence pour rendre des

and fair competition. The rejection of an opposition in its entirety, regardless of whether the objection was justified for some of the goods or services, would be unfair to the opponent. Conversely, the refusal of the application, regardless of whether some goods or services associated with the trade-mark should be registrable, would be unfair to the applicant. The object of the Act therefore favoured an interpretation of subsection 38(8) of the Act which allows the Registrar or the Court to issue split decisions. Only through such an interpretation can the proper balance between free competition and fair competition be attained. Furthermore, there were compelling policy reasons supporting the Registrar's jurisdiction to issue split decisions. Therefore, as previously established in *Produits Ménagers Coronet Inc. v. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH* (1986), the Registrar has the jurisdiction to issue split decisions pursuant to subsection 38(8) of the Act.

décisions partagées, le registraire peut maintenir un équilibre approprié entre la libre concurrence et la juste concurrence. Le rejet d'une opposition dans son intégralité, sans égard à la question de savoir si l'objection était justifiée pour certains produits ou services, serait injuste à l'égard de l'opposant. À l'inverse, le refoulement de la demande, sans égard à la question de savoir si certains produits ou services liés à la marque de commerce devraient être enregistrables, serait injuste à l'égard de la demanderesse. L'objet de la Loi militait donc en faveur d'une interprétation du paragraphe 38(8) de la Loi qui permet au registraire ou à la Cour de rendre des décisions partagées. L'équilibre approprié entre la libre concurrence et la juste concurrence ne peut être atteint que grâce à une telle interprétation. En outre, il existait des raisons de principe impérieuses qui appuyaient la thèse de la compétence du registraire pour rendre des décisions partagées. Par conséquent, ainsi qu'il a été déterminé dans l'affaire *Produits Ménagers Coronet Inc. c. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH* (1986), le registraire est compétent pour rendre une décision partagée en vertu du paragraphe 38(8) de la Loi.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-31, *Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 30, 31.1–31.8.  
*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 30, 38(2)(a),(8), 40(2), 45, 48, 56.  
*Trade-marks Regulations*, SOR/96-195, ss. 31, 32.  
*Unfair Competition Act*, R.S.C. 1952, c. 274.

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*Produits Ménagers Coronet Inc. v. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH* (1986), 10 C.P.R. (3d) 482, 5 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).

##### APPLIED:

*Seven-up Canada Co. v. Caribbean Ice Cream Company Ltd.*, 2007 CanLII 80903 (T.M.O.B.); *Brasstech, Inc. v. Elte Carpets Limited*, 2014 TMOB 92, 125 C.P.R. (4th) 41; *Corporativo DE Marcas GJB, SA DE CV v. Bacardi & Company*, 2014 FC 323, 122 C.P.R. (4th) 389; *Pfizer Products Inc. v. Canadian Generic Pharmaceutical Association*, 2015 FC 493, 133 C.P.R. (4th) 159; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Haqi v. Canada*

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence déloyale*, S.R.C. 1952, ch. 274.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 30, 31.1–31.8.  
*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 30, 38(2)a),(8), 40(2), 45, 48, 56.  
 Projet de loi C-31, *Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20.  
*Règlement sur les marques de commerce*, DORS/96-195, art. 31, 32.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION SUIVIE :

*Produits Ménagers Coronet Inc. c. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH*, [1986] A.C.F. n° 468 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Seven-up Canada Co. c. Caribbean Ice Cream Company Ltd.*, 2007 CanLII 80903 (C.O.M.C.); *Brasstech, Inc. c. Elte Carpets Limited*, 2014 COMC 92; *Corporativo DE Marcas GJB, SA DE CV c. Bacardi & Company*, 2014 CF 323; *Pfizer Products Inc. c. Association canadienne du médicament générique*, 2015 CF 493; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Haqi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CF 1246, [2015] 3 R.C.F. 612; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*,

(*Public Safety and Emergency Preparedness*), 2014 FC 1246, [2015] 3 F.C.R. 612; *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371; *Mattel Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772.

## CONSIDERED:

*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Pronuptia de Paris v. Pronovias, S.A.*, 2007 CanLII 80847, [2007] T.M.O.B. No. 63 (QL); *Parfums Christian Dior v. Lander Co. Canada Ltd.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 257; *McCabe v. Yamamoto & Co (America) Inc.*, [1989] 3 F.C. 290, 1989 CarswellNat 500 (WLNext Can) (T.D.).

## REFERRED TO:

*Redsand, Inc. v. Dylex Limited* (1997), 74 C.P.R. (3d) 373, 1997 CanLII 16698 (F.C.T.D.); *Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, (1979), 99 D.L.R. (3d) 577; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, (1998), 166 D.L.R. (4th) 296; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, (2000), 5 C.P.R. (4th) 180 (C.A.); *Worldwide Diamond Trademarks Limited v. Canadian Jewellers Association*, 2010 FC 309, [2011] 3 F.C.R. 120, affd 2010 FCA 326, 91 C.P.R. (4th) 187; *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 176 F.T.R. 80, 23 Admin. L.R. (3d) 153 (F.C.T.D.); *Community Credit Union Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks)*, 2006 FC 1119, 53 C.P.R. (4th) 296; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Ontario Dental Assistants Association v. Canadian Dental Association*, 2013 FC 266, 109 C.P.R. (4th) 327; *Wordex Incorporated v. Wordex*, [1983] 2 F.C. 570, (1983), 70 C.P.R. (2d) 28 (T.D.); *Edelweiss Food Products Inc. v. World's Finest Chocolate Canada Ltd.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 256, 2000 CanLII 28672 (T.M.O.B.); *Clorox Co. v. Sears Canada Inc.*, [1992] 2 F.C. 579, (1992), 41 C.P.R. (3d) 483 (T.D.), affd (1993), 49 C.P.R. (3d) 217 (C.A.); *MAPA GmbH v. 2956-2691 Quebec Inc.*, 2013 TMOB 22, 111 C.P.R. (4th) 281; *Sky Solar Holdings Co., Ltd. v. Skypower Global*, 2014 TMOB 262, 139 C.P.R. (4th) 363; *Distrimed Inc. v. Richards Packaging Inc.*, 2012 TMOB 199, 108 C.P.R. (4th) 33; *John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 293, 36 F.T.R. 70 (F.C.T.D.); *Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 FCA 29, [2002] 3 F.C. 405; *SanDisk Corporation v. UC Mobile Co.*, 2016 TMOB 148; *Chavali v. Canada*, 2001 FCT 268, 34 Admin. L.R. (3d) 101, affd 2002 FCA 209, 291 N.R. 311; *Ratt v. Matchewan*, 2010 FC 160, *sub nom. Elders of Mitchikinabikok Inik (Algonquin of Barriere Lake) v. Algonquins of Barriere Lake Customary Council*, 2010 CarswellNat 2754 (WLNext Can); *Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. v. Rat Portage Band No. 38B*, 2008

2012 CAF 308; *Mattel Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Pronuptia de Paris c. Pronovias, S.A.*, 2007 CanLII 80847, [2007] C.O.M.C. n° 63 (QL); *Parfums Christian Dior v. Lander Co. Canada Ltd.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 257; *McCabe c. Yamamoto & Co (America) Inc.*, [1989] 3 C.F. 290, 1989 CarswellNat 639 (WLNext Can) (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Redsand, Inc. c. Dylex Limited*, 1997 CanLII 16698 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Brasserie Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.); *Worldwide Diamond Trademarks Limited c. Canadian Jewellers Association*, 2010 CF 309, [2011] 3 R.C.F. 120, conf. par 2010 CAF 326; *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.*, 1999 CanLII 8988 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Community Credit Union Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2006 CF 1119; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Ontario Dental Assistants Association c. Association dentaire canadienne*, 2013 CF 266; *Wordex Incorporated c. Wordex*, [1983] 2 C.F. 570 (1<sup>re</sup> inst.); *Edelweiss Food Products Inc. v. World's Finest Chocolate Canada Ltd.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 256, 2000 CanLII 28672 (C.O.M.C.); *Clorox Co. c. Sears Canada Inc.*, [1992] 2 C.F. 579 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1993] A.C.F. n° 508 (QL) (C.A.); *MAPA GmbH c. 2956-2691 Quebec Inc.*, 2013 COMC 22; *Sky Solar Holdings Co., Ltd. c. Skypower Global*, 2014 COMC 262; *Distrimed Inc. c. Richards Packaging Inc.*, 2012 COMC 199; *John Labatt Ltd. c. Molson Companies Ltd.*, [1990] A.C.F. n° 533 (QL) (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 CAF 29, [2002] 3 C.F. 405; *SanDisk Corporation c. UC Mobile Co.*, 2016 COMC 148; *Chavali c. Canada*, 2001 CFPI 268, conf. par 2002 CAF 209; *Ratt c. Matchewan*, 2010 CF 160, *sub nom. Les Aînés de Mitchikinabikok Inik (Algonquins de Lac-Barrière) c. Le Conseil coutumier des Algonquins de Lac-Barrière*, 2010 CarswellNat 313 (WLNext Can); *Devil's Gap Cottagers (1982) Ltd. c. Bande de Rat Portage No. 38B*, 2008 CF 812, [2009] 2 R.C.F. 267; *Spin Master Ltd. c. George & Company, LLC*, 2015 COMC 159.

FC 812, [2009] 2 F.C.R. 267; *Spin Master Ltd. v. George & Company, LLC*, 2015 TMOB 159.

#### AUTHORS CITED

Canadian Intellectual Property Office. *Goods and Services Manual*, modified July 22, 2016.  
 Canadian Intellectual Property Office. *Trademarks Examination Manual*, modified November, 26, 2015.  
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.  
 World Intellectual Property Organization. Nice Classification, established by the Nice Agreement (1957), is an international classification of goods and services applied for the registration marks, 2016.

APPEAL pursuant to section 56 of the *Trade-marks Act* from a decision (2015 TMOB 227) of a Hearing Officer of the Trade-marks Opposition Board respecting the respondent's application No. 1333541 wherein registration of the word IRRESISTIBLES for items described as candy and snacks was allowed. Appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Joanne Chriqui* and *Erika Bergeron-Drolet* for applicant.  
*Keri A. F. Johnston* and *Daniel S. Drapeau* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Norton Rose Fulbright Canada LLP*, Montréal, for applicant.  
*Johnston Law*, Toronto, for respondent.

#### Table of Contents

	Paragraph
I. Nature of the Matter .....	1
II. The Application .....	2
III. The Opposition.....	3
IV. The Decision under Review .....	7

#### DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.  
 Office de la propriété intellectuelle du Canada. *Le manuel d'examen des marques de commerce*, modifié le 26 novembre 2015.  
 Office de la propriété intellectuelle du Canada. *Manuel des produits et des services*, modifié le 22 juillet 2016.  
 Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. Classification de Nice, instituée par l'Arrangement de Nice (1957), est une classification internationale de produits et de services aux fins de l'enregistrement des marques, 2016.

APPEL interjeté en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* d'une décision (2015 COMC 227) par laquelle un agent d'audience de la Commission des oppositions des marques de commerce a admis la demande d'enregistrement n° 1333541 de la marque de commerce IRRESISTIBLES pour articles décrits comme étant des bonbons et collations. Appel accueilli.

#### ONT COMPARU :

*Joanne Chriqui* et *Erika Bergeron-Drolet* pour la demanderesse.  
*Keri A. F. Johnston* et *Daniel S. Drapeau* pour la défenderesse.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Norton Rose Fulbright Canada LLP*, Montréal, pour la demanderesse.  
*Johnston Law*, Toronto, pour la défenderesse.

#### Table des matières

	Paragraphe
I. Nature de l'affaire.....	1
II. La demande .....	2
III. L'Opposition .....	3
IV. La décision faisant l'objet du contrôle judiciaire .....	7

V. New Evidence on Appeal .....	13	V. Nouveaux éléments de preuve en appel ....	13
(1) Gina Petrone.....	20	1) Gina Petrone.....	20
(2) Francis Parisien.....	22	2) Francis Parisien.....	22
(3) Denis Gendron.....	24	3) Denis Gendron.....	24
(4) N. Arthur Smith.....	26	4) N. Arthur Smith.....	26
VI. Standard of Review.....	28	VI. Norme de contrôle.....	28
VII. Issues.....	35	VII. Questions en litige.....	35
VIII. Analysis.....	36	VIII. Analyse.....	36
A. Was the T.M.O.B.’s decision not to strike the statement of opposition reasonable?.....	36	A. La décision de la C.O.M.C. de refuser de radier la déclaration d’opposition était-elle raisonnable?.....	36
(1) Position of the parties.....	37	1) Thèses des parties.....	37
(2) The Registrar’s conclusion that the TM Application is for specific goods is reasonable .....	41	2) La conclusion du registraire selon laquelle la Demande d’enregistrement de MC visait des produits particuliers est raisonnable.....	41
(a) Paragraph 30(b): “use[d] the trade-mark in association with each of the general classes of goods or services” .....	42	a) Alinéa 30b) : « employ[er] la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de produits [et] services » .....	42
(b) Trade-marks Office’s practice .....	44	b) Pratique du Bureau des marques de commerce .....	44
(c) Post-advertisement amendments are irrelevant.....	53	c) Les modifications postérieures à l’annonce ne sont pas pertinentes.....	53
(d) Conclusion.....	54	d) Conclusion .....	54
(3) Paragraph 30(b) requires that the trade-mark have been used association with each specific good or service listed in the application.....	55	3) Aux termes de l’alinéa 30b) la marque de commerce doit avoir été employée en liaison avec les produits et services décrits dans la demande .....	55
(a) The words of paragraph 30(b) of the Act .....	56	a) Le libellé de l’alinéa 30b) de la Loi .....	56
(b) The context of the Act .....	58	b) Le contexte de la Loi .....	58
(c) Conclusion.....	61	c) Conclusion .....	61
B. Has 116 Inc. used the Mark in association with “cookies and biscuits” since at least as early as the claimed date of first use?.....	62	B. La société 116 Inc. a-t-elle employé la Marque en liaison avec les « biscuits et petits gâteaux » depuis au moins la date de premier emploi revendiquée?.....	62
(1) Onus .....	62	1) Fardeau de la preuve.....	62
(2) Paragraph 30(b) of the Act.....	65	2) L’alinéa 30b) de la Loi.....	65
(3) Respondent’s Allegations of Frivolous and Vexatious Application by the Opponent.....	67	3) Allégations de la défenderesse selon lesquelles la demande de l’opposante est frivole et vexatoire.....	67
C. Does the Court, in exercising the discretion vested in the Registrar of Trade-marks, have jurisdiction to issue a “split” decision pursuant to subsection 38(8) of the Act?.....	70	C. La Cour, en exerçant le pouvoir discrétionnaire dont le registraire des marques de commerce est investi, a-t-elle compétence pour rendre une décision « partagée » en application du paragraphe 38(8) de la Loi?.....	70

(1) Background .....	70	1) Contexte.....	70
(2) Judicial comity .....	73	2) Courtoisie judiciaire .....	73
(3) Analysis.....	77	3) Analyse.....	77
(a) The wording of subsection 38(8) is ambiguous .....	78	a) Le libellé du paragraphe 38(8) est ambigu.....	78
(b) The context of the Act is not par- ticularly helpful .....	80	b) Le contexte de la Loi n'est pas par- ticulièrement utile.....	80
(c) One of the objects of the Act is the balance between free competition and fair competition .....	81	c) La Loi a notamment pour objec- tif d'assurer l'équilibre entre la libre concurrence et la juste concurrence .....	81
(d) The Bill C-31 amendments are not indicative of Parliament's intent.....	85	d) Les modifications apportées par le projet de loi C-31 n'indiquent pas l'in- tention du législateur .....	85
(e) Policy reasons support the Registrar's jurisdiction to issue split decisions.....	87	e) Des raisons de principe appuient la thèse de la compétence du registraire pour rendre des décisions partagées.....	87
(i) It is unreasonable and unfair for a partially successful opposition to result in a complete refusal of the entire application .....	88	(i) Il est déraisonnable et inéqui- table qu'une opposition ayant été partiellement admise donne lieu à un refoulement total de l'ensemble de la demande.....	88
(ii) Split decisions prevent the perverse effect of encouraging inef- ficient practices thereby upholding one of the purposes of the Act .....	91	(ii) Les décisions partagées per- mettent d'éviter l'effet pervers qui consiste à encourager des pratiques inefficaces et répondent ainsi à un des objectifs de la Loi.....	91
(f) <i>Coronet</i> was correctly decided and is not distinguishable.....	94	f) La décision <i>Coronet</i> était bien fon- dée et ne peut pas faire l'objet d'une distinction .....	94
(4) Conclusion .....	97	4) Conclusion.....	97
IX. Conclusions.....	98	IX. Conclusion .....	98

## JUDGMENT

## JUGEMENT

## APPENDIX

## ANNEXE

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

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

ANNIS J.:

LE JUGE ANNIS :

I. Nature of the Matter

I. Nature de l'affaire

[1] This is an appeal pursuant to section 56 of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (Act) from a decision

[1] La Cour est saisie d'un appel, interjeté en vertu de l'article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*,

of a Hearing Officer of the Trade-marks Opposition Board (T.M.O.B.) dated December 22, 2015 (cited as 2015 TMOB 227) (Decision) respecting application No. 1333541 (TM Application) wherein registration of the word IRRESISTIBLES (Mark) for “candy and snacks, namely candy bars, chocolate bars, all sugar confectionary, peanut brittle, caramel bars, cookies & biscuits, all gummi confectionary, chocolate confectionary, chocolate mints, assorted chocolate boxes, and marshmallow derivative candy” (Goods) was allowed. For the reasons that follow, I find that the appeal should be allowed.

## II. The Application

[2] The respondent, corporate entity 1161396 Ontario Inc. (116 Inc.) filed the TM Application with the Canadian Trade-marks Office on February 1, 2007, based on use in Canada since at least as early as August 2001. The TM Application was approved and subsequently advertised in the Trade-marks Journal on February 20, 2013.

## III. The Opposition

[3] The applicant, Les Marques Metro / Metro Brands S.E.N.C. (Metro), filed an opposition to the registration of the Mark on July 19, 2013, alleging pursuant to paragraph 38(2)(a) of the Act that the TM Application does not conform to the requirements of paragraph 30(b) of the Act as the Mark has not been used by 116 Inc. in Canada in association with “cookies and biscuits” since the claimed date of first use, being “at least as early as August 2001”.

[4] Metro filed as its evidence a certified copy of the affidavit of Mr. Sarbjit Singh (Singh Affidavit), the President and sole owner of 116 Inc., dated July 31, 2014. The Singh Affidavit attests *inter alia* that 116 Inc.

(1985), ch. T-13 (la Loi), d’une décision rendue le 22 décembre 2015 (répertoriée sous la référence 2015 COMC 227) (la décision) par laquelle un agent d’audience de la Commission des oppositions des marques de commerce (C.O.M.C.) a admis la demande d’enregistrement n° 1333541 (la Demande d’enregistrement de MC) de la marque de commerce IRRESISTIBLES (la Marque) pour des [TRADUCTION] « bonbons et collations, nommément barres de friandises, tablettes de chocolat, confiseries au sucre, nougaines dures aux arachides, barres au caramel, biscuits et petits gâteaux, confiseries gélatifiées, confiseries de chocolat, menthes au chocolat, boîtes de chocolats assortis et bonbons en dérivé de guimauve » (les Produits). Pour les motifs qui suivent, je conclus que l’appel devrait être accueilli.

## II. La demande

[2] La défenderesse, la personne morale 1161396 Ontario Inc. (la société 116 Inc.), a déposé auprès du Bureau des marques de commerce du Canada le 1<sup>er</sup> février 2007, la Demande d’enregistrement de MC fondée sur l’emploi au Canada depuis au moins aussi tôt qu’août 2001. La Demande d’enregistrement de MC a été approuvée et publiée dans le Journal des marques de commerce le 20 février 2013.

## III. L’Opposition

[3] La demanderesse, Les Marques Metro / Metro Brands S.E.N.C. (Metro), a produit une déclaration d’opposition à l’enregistrement de la Marque le 19 juillet 2013, alléguant qu’en application de l’alinéa 38(2)a) de la Loi, la Demande d’enregistrement de MC ne satisfait pas aux exigences de l’alinéa 30b) de la Loi, étant donné que la Marque n’a pas été employée par la société 116 Inc. au Canada en liaison avec des [TRADUCTION] « biscuits et petits gâteaux » depuis la date de premier emploi alléguée, qui est [TRADUCTION] « depuis au moins aussi tôt qu’août 2001 ».

[4] À titre de preuve, Metro a produit une copie certifiée de l’affidavit de M. Sarbjit Singh (affidavit de M. Singh), le président et l’unique propriétaire de la société 116 Inc., daté du 31 juillet 2014. Dans

has been doing business as S & M Enterprises since 1995. It also appears from the exhibits of the affidavit that at least some of 116 Inc.'s goods associated with the Mark (IRRESISTIBLES) are distributed by the corporate entity "One Better Inc". The Singh Affidavit was produced by 116 Inc. in the context of a prior opposition proceeding respecting trade-mark application No. 1329344 for the trade-mark IRRESISTIBLE by Metro, which was abandoned on October 23, 2012 (previous opposition).

[5] 116 Inc. filed as its evidence the affidavit of Mr. Karol Pawlina (Pawlina Affidavit), a student in their employ. The Pawlina Affidavit essentially produced copies of the correspondence and procedure from the previous opposition.

[6] There was no cross-examination upon any of the affidavits filed in the opposition.

#### IV. The Decision under Review

[7] In his decision, the Hearing Officer first dealt with house-keeping and procedural matters. These not being highly relevant, I would simply refer to the Decision which can be found on the web at: [www.cipo.ic.gc.ca](http://www.cipo.ic.gc.ca).

[8] The Hearing Officer then dealt with the issue of whether the Registrar of Trade-marks erred in refusing 116 Inc.'s interlocutory request to strike and reject the statement of opposition on the basis that it failed to disclose an arguable case. 116 Inc. alleged that the test pursuant to paragraph 30(b) "merely requires that an [a]pplicant prove use in association with the general class of wares and not with each product listed in an application for registration". As the statement of opposition alleged that 116 Inc. (the trade-mark applicant) had not used the Mark in association with each of the Goods set out in the TM Application, 116 Inc. claimed that Metro had not properly pled its sole ground

son affidavit, M. Singh affirme entre autres que la société 116 Inc. exerce ses activités sous la dénomination S & M Enterprises depuis 1995. Il ressort également des pièces connexes à l'affidavit qu'un certain nombre de produits de la société 116 Inc. liés à la Marque (IRRESISTIBLES) sont distribués par la personne morale « One Better Inc ». L'affidavit de M. Singh a été produit par la société 116 Inc. dans le contexte d'une opposition antérieure intentée par Metro contre l'enregistrement de la demande n° 1329344, visant la marque de commerce IRRESISTIBLE, qui a été abandonnée le 23 octobre 2012 (opposition antérieure).

[5] La société 116 Inc. a produit à titre de preuve l'affidavit de M. Karol Pawlina (affidavit de M. Pawlina), un étudiant qui était à son service. L'affidavit de M. Pawlina était essentiellement composé de copies concernant la correspondance et la procédure relatives à l'opposition antérieure.

[6] Aucun contre-interrogatoire n'a été effectué relativement à l'un quelconque des affidavits déposés à l'opposition.

#### IV. La décision faisant l'objet du contrôle judiciaire

[7] Dans sa décision, l'agent d'audience s'est d'abord penché sur des questions internes et procédurales. Étant donné que celles-ci ne sont pas d'une grande pertinence, je me contenterai de renvoyer à la décision qui se trouve sur le site Web à l'adresse suivante : [www.cipo.ic.gc.ca](http://www.cipo.ic.gc.ca).

[8] L'agent d'audience a ensuite examiné la question de savoir si le registraire des marques de commerce avait commis une erreur en rejetant la demande interlocutoire de la société 116 Inc. visant à obtenir une radiation et un rejet de la déclaration d'opposition au motif qu'elle ne révélait pas de cause défendable. La société 116 Inc. allègue que le critère énoncé à l'alinéa 30(b) [TRADUCTION] « exige simplement que le requérant démontre l'emploi en liaison avec la catégorie générale de produits et non avec chaque produit énuméré dans la demande d'enregistrement ». Étant donné qu'il est allégué, dans la déclaration d'opposition, que la société 116 Inc. (le requérant de la marque de commerce)

of opposition. In the interlocutory decision, the Trademark Opposition Board made the following findings on behalf of the Registrar:

In my view in the instant case the application is not for wares of one general class but for individually named specific wares. In this regard, whether the specified wares are separated by a coma or a semi-colon is not determinative of whether the wares are specified as a general class or as a separate class. In my view, the phrase “namely” in the application serves to specify that separate wares follow the adverb. Further, at this stage of the proceedings the [sic] in the opposition, a proper pleading need only allege the material facts but not the evidence which the party intends to adduce to establish those facts: see *Pepsico Inc and Pepsi-Cola Canada Ltd v Registrar of Trade-marks* (1975), 22 CPR (2d) 62 (FCTD).

In view of the above, I find that the ground of opposition, as pleaded, discloses an arguable case with respect to one or more or all of the specific wares enumerated in the application. Whether the opponent succeeds in proving its case with respect to any or all of the wares will depend on the evidence filed by the parties. In this regard, the Board, acting on behalf of the Registrar, has jurisdiction to issue divided decisions: see *Produits Ménagers Coronet Inc. v. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH* (1986), 10 CPR (3d) 482 (FCTD). [Emphasis added.]

[9] At the opposition hearing, the Hearing Officer refused to reconsider the interlocutory ruling seeing as the Registrar had not erred at law or in the appreciation of the facts in concluding that “the application is not for wares of one general class but for individually named specific wares” [Decision, at paragraph 37].

[10] Turning to the issue of whether the TM Application met the requirements of paragraph 30(b) of the Act, the Hearing Officer held that Metro’s paragraph 30(b) ground of opposition was set out in sufficient detail

n’avait pas employé la Marque en liaison avec chaque produit énoncé dans la Demande d’enregistrement de MC, la société 116 Inc. a prétendu que Metro n’avait pas convenablement plaidé son seul motif d’opposition. Dans la décision interlocutoire, la Commission des oppositions des marques de commerce a tiré les conclusions suivantes pour le compte du registraire :

[TRADUCTION] À mon avis, en l’espèce, la demande vise non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement. À cet égard, le fait que les produits soient séparés par une virgule ou un point virgule ne détermine pas si les produits énoncés appartiennent à une catégorie générale ou à une catégorie distincte. À mon sens, le terme « nommément » figurant dans la demande sert à préciser que des produits distincts suivent l’adverbe. En outre, à ce stade de la procédure, le [sic] à l’opposition, une plaidoirie convenable expose les faits essentiels et non les preuves que la partie se propose de produire pour établir ces faits : voir la décision *Pepsico Inc and Pepsi-Cola Canada Ltd c le registraire des marques de commerce* (1975), 22 CPR (2d) 62 (CF 1<sup>re</sup> inst).

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le motif d’opposition, tel qu’il a été plaidé, révèle l’existence d’une cause défendable relativement à un, à plusieurs ou à tous les produits particuliers énumérés dans la demande. Les éléments de preuve présentés par les parties détermineront si l’opposant réussira à prouver le bien-fondé de sa demande. À cet effet, la Commission, agissant pour le compte du registraire, a compétence pour rendre des décisions partagées : voir la décision *Produits Ménagers Coronet Inc. c. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH* (1986), 10 CPR (3d) 482 (CF 1<sup>re</sup> inst.). [Non souligné dans l’original.]

[9] À l’audience relative à l’opposition, l’agent d’audience a refusé de réexaminer la décision interlocutoire, étant donné que le registraire n’avait pas commis d’erreur de droit ou d’appréciation des faits en concluant que « [TRADUCTION] “la demande vise non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement” » [décision, au paragraphe 37].

[10] Quant à la question de savoir si la Demande d’enregistrement de MC satisfaisait aux exigences énoncées à l’alinéa 30b) de la Loi, l’agent d’audience a conclu que le motif d’opposition de Metro fondé sur l’alinéa 30b)

in the statement of opposition to enable 116 Inc. to reply thereto and to understand the case it had to meet. He then found that the Singh Affidavit was relevant and admissible evidence.

[11] Metro argued that since the Singh Affidavit is purported to show use of the Mark in association with the applied for goods, it is reasonable to believe that if evidence of use of the Mark in association with the opposed goods was available, that 116 Inc. would have produced it as it was in his best interest to do so. The Hearing Officer's views are well summarized in the following portions of paragraphs 65 and 66 of his Decision:

.... The Singh affidavit does not claim to show use of the Mark with each of the applied for goods in the subject application; it does not claim to provide photos of an exhaustive list of labels or packaging of candy or snack items that bear the Mark....

There is no inconsistency in the evidence provided by Mr. Singh in his affidavit. The Singh affidavit does not cast doubt, put into question, or even speak to the claimed date of first use of the Mark with "cookies and biscuits". The Singh affidavit simply does not address use of the Mark with these particular goods.

[12] In brief, the Hearing Officer was not convinced that the Singh Affidavit satisfied Metro's initial evidential onus to show that the Mark was not used in association with "cookies and biscuits" at the claimed date of first use. For this reason, he dismissed the paragraph 30(b) ground of opposition and rejected the opposition.

#### V. New Evidence on Appeal

[13] On March 10, 2016, Metro filed the present application for judicial review, appealing the Decision before this Court. In support of the present appeal, Metro has filed new evidence pursuant to subsection 56(5) of the Act in the form of sworn affidavits, each of which I discuss in the following paragraphs.

avait été exposé de façon suffisamment détaillée dans la déclaration d'opposition pour permettre à la société 116 Inc. d'y répondre et de comprendre la preuve qu'elle devait réfuter. Il a ensuite conclu que l'affidavit Singh était une preuve pertinente et admissible.

[11] Metro a soutenu que, M. Singh, dans son affidavit, est censé établir l'emploi de la Marque en liaison avec les produits visés par la demande en cause, il est raisonnable de croire que, si la preuve d'emploi de la Marque en liaison avec les produits contestés était accessible, la société 116 Inc. l'aurait produite, car il était dans son intérêt de le faire. Le point de vue de l'agent d'audience est bien résumé dans les passages suivants des paragraphes 65 et 66 de sa décision :

[...] Dans son affidavit, M. Singh ne soutient pas établir l'emploi de la Marque en liaison avec chacun des produits visés par la demande en cause; il ne soutient pas fournir des photos d'une liste exhaustive d'étiquettes ou d'emballages de bonbons ou de collations arborant la Marque.

La preuve produite par M. Singh dans son affidavit n'est pas incohérente. L'affidavit de M. Singh ne met pas en doute, ne remet pas en question ni ne mentionne la date de premier emploi revendiquée de la Marque en liaison avec des [TRADUCTION] « biscuits et petits gâteaux ». L'affidavit de M. Singh n'aborde simplement pas l'emploi de la Marque relativement à ces produits en particulier.

[12] En bref, l'agent d'audience n'a pas été convaincu que l'affidavit de M. Singh constituait une preuve suffisante permettant de conclure que Metro s'était acquittée du fardeau de preuve initial d'établir que la Marque n'avait pas été employée en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » à la date de premier emploi alléguée. Pour ce motif, il a écarté le motif d'opposition fondé sur l'alinéa 30b) et a rejeté l'opposition.

#### V. Nouveaux éléments de preuve en appel

[13] Le 10 mars 2016, Metro a déposé la présente demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour en vue d'interjeter appel à l'encontre de la décision. À l'appui du présent appel, Metro a présenté de nouveaux éléments de preuve en application du paragraphe 56(5) de la Loi, sous la forme d'affidavits établis sous serment, que j'analyserai un à un dans les paragraphes qui suivent.

[14] Conversely, 116 Inc. has not tendered any new evidence and has declined to cross-examine any of Metro's affiants. Nonetheless, 116 Inc. argues that all of Metro's newly filed evidence is entirely irrelevant as it postdates the material date at which evidence is to be considered for purposes of paragraph 30(b) of the Act, which is the date of filing of the trade-mark application, being February 1, 2007 (*Redsand, Inc. v. Dylex Limited* (1997), 74 C.P.R. (3d) 373 (F.C.T.D.), at page 383).

[15] Metro has submitted two decisions of the T.M.O.B. to support its argument that evidence post-dating the material date may be used by an opponent to satisfy its initial evidential onus (*Seven-up Canada Co. v. Caribbean Ice Cream Company Ltd.*, 2007 CanLII 80903 (T.M.O.B.) (*Seven-up*), at page 4; *Brasstech, Inc. v. Elte Carpets Limited*, 2014 TMOB 92, 125 C.P.R. (4th) 41 (*Brasstech*), at paragraph 14). In *Seven-up*, the T.M.O.B. explained that such evidence may be admissible because

.... it is difficult for a third party to produce evidence to show that there was no use of another party's mark at any date, let alone at a date several years ago, and it is for this reason that the evidential burden in cases like this is lighter. The Applicant has the opportunity to rebut such evidence....

[16] In *Brasstech*, the T.M.O.B. cited the *Seven-up* decision and endorsed its reasoning. I find that the reasons provided in *Seven-up* and *Brasstech* are consistent with this Court's recognition that the evidential burden of proof imposed on an opponent can be quite problematic. As explained by Justice Rennie in *Corporativo DE Marcas GJB, SA DE CV v. Bacardi & Company*, 2014 FC 323, 122 C.P.R. (4th) 389 (*Bacardi*), at paragraph 29:

.... To adduce evidence of non-use of a mark by a competitor is problematic in two ways: first, because it requires [the opponent] to prove that something did not

[14] À l'inverse, la société 116 Inc. n'a présenté aucun nouvel élément de preuve et a refusé de contre-interroger les souscripteurs des affidavits déposés par Metro. Néanmoins, la société 116 Inc. soutient que tous les nouveaux éléments de preuve présentés par Metro sont dénués de toute pertinence, étant donné qu'ils sont postérieurs à la date pertinente selon l'alinéa 30b) de la Loi à l'égard de laquelle les éléments de preuve doivent être examinés, c'est-à-dire la date de production de la demande d'enregistrement de la marque de commerce, en l'espèce le 1<sup>er</sup> février 2007 (*Redsand, Inc. c. Dylex Limited*, 1997 CanLII 16698 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 30 à 33).

[15] Metro a présenté deux décisions rendues par la C.O.M.C. à l'appui de son argument selon lequel un opposant peut utiliser des éléments de preuve postérieurs à la date pertinente pour s'acquitter du fardeau de preuve initial qui lui incombe (*Seven-up Canada Co. c. Caribbean Ice Cream Company Ltd.*, 2007 CanLII 80903 (C.O.M.C.) (*Seven-up*), à la page 4; *Brasstech, Inc. c. Elte Carpets Limited*, 2014 COMC 92 (*Brasstech*), au paragraphe 14). Dans la décision *Seven-up*, la C.O.M.C. a expliqué que de tels éléments de preuve peuvent être admissibles, car

[...] il est difficile pour un tiers d'établir le non-emploi de la marque d'une autre partie, à une date donnée, surtout lorsqu'il faut remonter plusieurs années en arrière et, pour cette raison, la charge de présentation dans des cas comme celui-ci est plus légère. La requérante a l'occasion de réfuter de telles preuves [...]

[16] Dans la décision *Brasstech*, la C.O.M.C. a cité la décision *Seven-up* et a adopté le raisonnement qui y est exposé. Je conclus que les motifs exposés dans les décisions *Seven-up* et *Brasstech* sont cohérents avec la reconnaissance par la Cour du fait que le fardeau de la preuve imposé à un opposant puisse être assez problématique. À cet égard, le juge Rennie a formulé les observations suivantes dans la décision *Corporativo DE Marcas GJB, SA DE CV c. Bacardi & Company*, 2014 CF 323 (*Bacardi*), au paragraphe 29 :

[...] Présenter une preuve établissant qu'un concurrent n'emploie pas sa marque de commerce comporte deux aspects problématiques : d'abord, parce que [l'opposant]

occur (an inherently difficult exercise), and second, because such evidence is far more likely to be in the possession of the applicant, not the party opposing the mark. It would be a challenge for [the opponent] to keep records of non-sale (whatever those records might look like) of all of its competitor's products.

[17] The main issue with evidence of non-use postdating the material date is the probative value of such evidence or, put differently, the reasonableness of the inferences that can be drawn from such evidence regarding non-use at or prior to the material date. This will depend on numerous factors, notably the amount of time elapsed between the material date and the facts established by the evidence.

[18] In view of the above, I find that the evidence submitted by Metro that postdates the material date is admissible, subject to relevance, exclusion rules, and the Court's discretion. Indeed, 116 Inc. raises questions of relevance and, in addition, argues that some of the new evidence has little or no probative value and is prejudicial to 116 Inc.

[19] It is now trite law that relevance relates to whether there is a connection between tendered evidence and a material fact, such that it makes it possible to infer the existence of one from the existence of the other (*Cloutier v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 709, at page 731). Put differently, the evidence must tend to increase or diminish the probability of a material fact at issue (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339, at page 360 [at paragraphs 37 to 39]). For purposes of the paragraph 30(b) ground of opposition, evidence will be relevant if it tends to increase or diminish the possibility that 116 Inc. has used the Mark at the relevant date. I now turn to the evidence tendered by Metro.

(1) Gina Petrone

[20] Metro has filed the affidavit of Ms. Gina Petrone (Petrone Affidavit), a clerk employed by Counsel for

doit prouver que quelque chose ne s'est pas produit (un exercice difficile en soi) et ensuite, parce qu'une telle preuve risque beaucoup plus de se retrouver entre les mains de la requérante, et non de la partie qui s'oppose à la marque. Il serait difficile pour [l'opposant] de conserver des registres d'absence de ventes (peu importe à quoi ces registres pourraient ressembler) relativement à l'ensemble des produits de sa concurrente.

[17] La question principale qui se pose au sujet de la preuve du non-emploi postérieur à la date pertinente est la valeur probante d'une telle preuve ou, en d'autres termes, le caractère raisonnable des inférences qu'il convient de tirer d'une telle preuve à l'égard du non-emploi à la date pertinente ou avant cette date. Cela dépendra de nombreux facteurs, notamment le temps écoulé entre la date pertinente et les faits établis par la preuve.

[18] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les éléments de preuve présentés par Metro, qui sont postérieurs à la date pertinente, sont admissibles, sous réserve de leur pertinence, des règles d'exclusion et du pouvoir discrétionnaire de la Cour. En effet, la société 116 Inc. soulève des questions de pertinence et, en outre, soutient que certains des nouveaux éléments de preuve n'ont que peu ou pas de valeur probante et qu'ils lui sont préjudiciables.

[19] Il est maintenant bien établi en droit que la pertinence se rapporte à la question de savoir s'il existe un lien entre la preuve produite et un fait important, qui permet d'inférer l'existence de l'un à raison de l'existence de l'autre (*Cloutier c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 709, à la page 731). Autrement dit, la preuve doit tendre à accroître ou diminuer la probabilité de l'existence d'un fait important en litige (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, à la page 360 [aux paragraphes 37 à 39]). Pour ce qui est du motif d'opposition fondé sur l'alinéa 30b), la preuve sera pertinente si elle tend à accroître ou diminuer la possibilité selon laquelle 116 Inc. a employé la Marque à la date pertinente. Je me penche à présent sur les éléments de preuve produits par Metro.

1) Gina Petrone

[20] Metro a déposé l'affidavit daté du 5 avril 2016 de M<sup>me</sup> Gina Petrone (affidavit de M<sup>me</sup> Petrone), une

Metro's law firm, dated April 5, 2016. The Petrone Affidavit contains a list and printouts of all 116 Inc.'s trade-mark applications, registrations and corresponding information obtained from the Canadian Intellectual Property Office's (CIPO) website. Metro alleges that out of 27 trade-mark applications and registrations in 116 Inc.'s name, only one application (application No. 1711130, filed January 16, 2015, for the mark SNACK ATTACK) references "cookies" and "biscuits". Upon reviewing the Petrone Affidavit, the Court noticed the registration of the mark BRITTLE BITS (LMC 750673) registered based on use in Canada since at least as early as November 15, 2006, in association with "cookies and biscuits". The Court also takes note of application No. 1609443 for the mark IRRESISTIBLES based on use since at least as early as May 10, 2000, in association with "snacks".

[21] 116 Inc. submits that the Petrone Affidavit is irrelevant and immaterial as it does not provide relevant factual proof of use or lack thereof by 116 Inc. at the material date. The premise of Metro's argument relating to the Petrone Affidavit is that 116 Inc.'s trade-mark applications and registrations are representative of 116 Inc.'s business over time. Based on Metro's argument, the Court could imply that 116 Inc. is generally in the business of selling candy and chocolate goods, not "cookies and biscuits". That is not a very convincing argument. While I agree that the evidence is relevant, I find it has little probative value.

(2) Francis Parisien

[22] Metro has also filed the affidavit of Mr. Francis Parisien (Parisien Affidavit), Vice-President for Eastern Canada at ACNielson Company of Canada (Nielson), sworn March 31, 2016. Nielson operates and maintains a database called MarketTrack, which collects on an

technicienne juridique à l'emploi de l'avocat du Cabinet d'avocats qui représente Metro. L'affidavit de M<sup>me</sup> Petrone renferme une liste et des imprimés de l'ensemble des demandes d'enregistrement de marque de commerce, des enregistrements et des renseignements correspondants de la société 116 Inc. tirés du site Web de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC). Metro allègue que, parmi les 27 demandes d'enregistrement et enregistrements de marques de commerce au nom de la société 116 Inc., seule une demande d'enregistrement (la demande n° 1711130, déposée le 16 janvier 2015, pour la marque SNACK ATTACK) fait référence aux « biscuits » et « petits gâteaux ». Après avoir examiné l'affidavit de M<sup>me</sup> Petrone, la Cour a constaté que l'enregistrement de la marque BRITTLE BITS (LMC 750673) a été faite sur la base de son emploi au Canada depuis au moins le 15 novembre 2006, en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux ». La Cour prend également note de la demande n° 1609443 visant la marque IRRESISTIBLES fondée sur l'emploi depuis au moins le 10 mai 2000, en liaison avec des [TRADUCTION] « collations ».

[21] La société 116 Inc. soutient que l'affidavit de M<sup>me</sup> Petrone est non pertinent et non substantiel étant donné qu'il ne fournit pas de preuve d'emploi factuelle pertinente ou d'absence d'emploi par la société 116 Inc. à la date pertinente. Le postulat qui sous-tend l'argument de Metro relatif à l'affidavit de M<sup>me</sup> Petrone est que les demandes d'enregistrement et les enregistrements de marque de commerce de la société 116 Inc. sont représentatifs des activités de celle-ci au fil du temps. Selon l'argument de Metro, la Cour pourrait supposer que la société 116 Inc. exerce généralement l'activité de vendre des bonbons et des chocolats, non des « biscuits et petits gâteaux ». L'argument n'est pas très convaincant. Bien que j'admette que la preuve est pertinente, je conclus qu'elle a une faible valeur probante.

2) Francis Parisien

[22] Metro a également déposé l'affidavit de M. Francis Parisien (affidavit de M. Parisien), vice-président pour l'Est du Canada à ACNielson Company of Canada (Nielson), souscrit le 31 mars 2016. Nielson exploite et entretient une base de données appelée

ongoing basis thousands of point of sale data obtained from optical scanning of packaged consumer goods. The point of sale data includes the Universal Product Code (UPC), a unique series of numbers that identifies it to a specific manufacturer and product. The Parisien Affidavit attests that the UPC codes are part of the GS1 identification system, which is widely used in Canada and internationally for goods sold in stores. MarketTrack only contains data from 2010 until present. However, the Parisien Affidavit reveals that MarketTrack has not found any sales of “cookies” or “biscuits” associated with 116 Inc. since 2010.

[23] 116 Inc. argues that the Parisien Affidavit and the data collected by MarketTrack is irrelevant as it postdates the material date, has no probative value, is prejudicial to 116 Inc., and constitutes hearsay. 116 Inc. further argues that there is no indication that Mr. Parisien conducted the attached research. Having resolved the issue of evidence postdating the material date, I would note that the fact that MarketTrack only collects data from 2010 is beyond Metro’s control. Had data been available for the years preceding 2010, the situation may well have been different. It is clear that the absence of use of the Mark since 2010 in association with “cookies” or “biscuits” is relevant and sufficiently probative. I disagree that the evidence is prejudicial to 116 Inc. and refuse to use my discretion to discard it. Further, the Parisien Affidavit being uncontroverted, 116 Inc. cannot now suggest that Mr. Parisien has not conducted the research when it could have cross-examined the affiant, but declined to do so. I also disagree with 116 Inc. that the sales figures derived from Neilson’s database constitute inadmissible hearsay. I accept that the data from Nielson satisfies the best evidence rule regarding electronic documents (see *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, sections 31.1–31.8) (*Canada Evidence Act*). I further accept that the document is admissible as it is a business record made in the usual and ordinary course of business pursuant to section 30 of the *Canada Evidence Act*. Finally, the mere fact that 116 Inc. has adduced evidence of sales under the general

MarketTrack, au moyen de laquelle elle recueille de manière continue des milliers de données de points de vente obtenues par lecture optique de biens de consommation emballés. Les données de points de vente comprennent le Code universel des produits (CUP), une série unique de numéros qui l’associe à un fabricant et un produit précis. Dans son affidavit, M. Parisien affirme que les codes CUP font partie du système d’identification GS1, qui est largement utilisé au Canada et ailleurs dans le monde pour des biens vendus dans les magasins. MarketTrack ne renferme que des données recueillies à partir de 2010 jusqu’aujourd’hui. Toutefois, l’affidavit de M. Parisien révèle que MarketTrack n’a trouvé aucune vente de « biscuits » ni de « petits gâteaux » liée à la société 116 Inc. depuis 2010.

[23] La société 116 Inc. soutient que l’affidavit de M. Parisien et les données recueillies par MarketTrack sont non pertinents, étant donné qu’ils sont postérieurs à la date pertinente, qu’ils n’ont pas de valeur probante, qu’ils sont préjudiciables à la société 116 Inc. et qu’ils constituent du oui-dire. Elle fait en outre valoir qu’il n’existe aucune indication selon laquelle M. Parisien a effectué les travaux de recherche en annexe. Après avoir tranché la question relative à la preuve postérieure à la date pertinente, j’aimerais souligner que le fait que MarketTrack ne recueille que des données à partir de 2010 est une question qui échappe au contrôle de Metro. Si les données concernant les années antérieures à 2010 existaient, la situation aurait pu être bien différente. Il est évident que l’absence d’emploi de la Marque depuis 2010 en liaison avec des « biscuits » et des « petits gâteaux » est pertinente et suffisamment probante. Je ne souscris pas à l’argument selon lequel la preuve est préjudiciable à la société 116 Inc. et je refuse de recourir au pouvoir discrétionnaire dont je dispose pour l’écarter. En outre, l’affidavit de M. Parisien n’ayant pas été contredit, la société 116 Inc. ne peut pas maintenant avancer que M. Parisien n’a pas effectué les travaux de recherche alors qu’elle aurait pu avoir contre-interrogé le souscripteur de l’affidavit, mais qu’elle a refusé de le faire. Je ne souscris pas non plus à l’argument de la société 116 Inc. selon lequel les chiffres de vente provenant de la base de données de Neilson constituent du oui-dire inadmissible. J’admets

class of “candy and snacks” in the Singh Affidavit has no bearing on the admissibility of Metro’s evidence.

(3) Denis Gendron

[24] Metro further filed the affidavit of Mr. Denis Gendron (Gendron Affidavit), who is the president of United Grocers Inc. (UGI). In his affidavit, Mr. Gendron explains that he was personally given by Mr. Sam Singh (the affiant of the Singh Affidavit) two catalogs featuring 116 Inc.’s products so that Mr. Gendron may provide them to UGI’s members for future business purposes. The catalogs are entitled “Product Catalogue 2016” and “Product Catalogue”.

[25] 116 Inc. argues that the Gendron Affidavit is irrelevant and would not have had any impact on the Registrar of Trade-marks’ Decision. I disagree. While the Gendron Affidavit postdates the material date, it is nevertheless relevant. Moreover, it is more probative than the Singh Affidavit itself as the nature of a product catalog suggests that it would be more likely to contain all of 116 Inc.’s products sold at the time the catalog was made.

(4) N. Arthur Smith

[26] Metro’s final piece of evidence is the affidavit of Mr. N. Arthur Smith (Smith Affidavit), the Chief Executive Officer of GS1 Canada Inc. (GS1 Canada). In his affidavit, Mr. Smith attests that Metro requested a list generated from GS1 Canada’s database of all the products and suppliers associated either with One Better

que les données provenant de Nielson satisfont à la règle de la meilleure preuve en ce qui concerne les documents électroniques (voir la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, articles 31.1 à 31.8) (*Loi sur la preuve au Canada*). J’admets en outre que le document est admissible, étant donné qu’il s’agit d’une pièce commerciale établie dans le cours ordinaire des affaires au sens de l’article 30 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Enfin, le simple fait que la société 116 Inc. ait présenté la preuve des ventes sous la catégorie générale de [TRADUCTION] « bonbons et collations » dans l’affidavit de M. Singh n’a aucune incidence sur l’admissibilité de la preuve de Metro.

3) Denis Gendron

[24] Metro a en outre déposé l’affidavit de M. Denis Gendron (affidavit de M. Gendron), qui est le président de United Grocers Inc. (UGI). Dans son affidavit, M. Gendron explique qu’il a personnellement reçu de M. Sam Singh (le souscripteur de l’affidavit de M. Singh) deux catalogues mettant en vedettes les produits de la société 116 Inc. afin qu’il puisse les remettre aux membres d’UGI à des fins commerciales futures. Les catalogues sont intitulés « Product Catalogue 2016 » et « Product Catalogue ».

[25] La société 116 Inc. soutient que l’affidavit de M. Gendron est non pertinent et qu’il n’aurait eu aucune incidence sur la décision du registraire de la marque de commerce. Je ne puis souscrire à cet argument. Bien que l’affidavit de M. Gendron soit postérieur à la date pertinente, il est néanmoins pertinent. En outre, il est plus probant que l’affidavit de M. Singh, étant donné que la nature d’un catalogue de produits donne à penser qu’il comprend vraisemblablement tous les produits de la société 116 Inc. vendus à la date où le catalogue a été établi.

4) N. Arthur Smith

[26] Le dernier élément de preuve de Metro est constitué par l’affidavit de M. N. Arthur Smith (affidavit de M. Smith), le chef de la direction de GS1 Canada Inc. (GS1 Canada). Dans son affidavit, M. Smith affirme que Metro a demandé une liste provenant de la base de données de GS1 Canada de tous les produits et fournisseurs

Inc. or with UPC codes featuring two company prefixes (company Codes) associated with 116 Inc. The search identified S/M Enterprises as the sole entity registered with GS1 Canada associated with the company Codes. From the search, a list of all products associated with the company Codes from July 2007 to January 2016 was generated. The list does not mention “cookies and biscuits”.

[27] 116 Inc. argues that in addition to postdating the material date, the Smith Affidavit is prejudicial, without probative value, and should be struck or given no weight. I disagree for substantially the same reasons provided regarding the Parisien Affidavit. Moreover, I note that the GS1 Canada database did not contain data dating back to the material date, through no fault of Metro. Had the database also contained data from February to July 2007, this may have indicated that Metro had not provided the best evidence it could obtain. However, that is not the case here.

## VI. Standard of Review

[28] Appeals pursuant to section 56 of the Act are reviewable on a standard of reasonableness unless new evidence filed pursuant to subsection 56(5) of the Act would have materially affected the Registrar’s finding of fact or exercise of discretion, in which case the trial Judge must come to his or her own conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision (*Pfizer Products Inc. v. Canadian Generic Pharmaceutical Association*, 2015 FC 493, 133 C.P.R. (4th) 159 (*Pfizer*), at paragraph 140; *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145, (2000), 5 C.P.R. (4th) 180 (C.A.), at paragraph 29). In order to have a material effect, the new evidence must be substantial and significant, the test being one of quality, not quantity: *Pfizer*, at paragraph 140.

liés soit à One Better Inc. soit aux codes CUP qui comportent deux préfixes de la société (Codes de la société) associés à la société 116 Inc. La recherche a permis de déterminer que S/M Enterprises est la seule entité enregistrée auprès de GS1 Canada qui est associée aux Codes de la société. À partir de cette recherche, on a produit une liste de tous les produits associés aux Codes de la société de juillet 2007 à janvier 2016. La liste ne comporte pas de « biscuits et petits gâteaux ».

[27] La société 116 Inc. soutient qu’en plus d’être postérieur à la date pertinente, l’affidavit de M. Smith lui est préjudiciable, qu’il n’a pas de valeur probante et qu’il devrait être radié ou qu’on ne devrait lui accorder aucune importance. Je ne puis souscrire à cet argument, essentiellement pour les mêmes raisons exposées à l’égard de l’affidavit de M. Parisien. En outre, je tiens à souligner que la base de données de GS1 Canada ne comportait pas de données remontant à la date pertinente, et Metro n’a commis aucune faute. Si la base de données comportait aussi des données allant de février à juillet 2007, cela aurait pu constituer une indication selon laquelle Metro n’a pas fourni la meilleure preuve qu’elle pouvait obtenir. Toutefois, tel n’est pas le cas en l’espèce.

## VI. Norme de contrôle

[28] Les appels interjetés au titre de l’article 56 de la Loi sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, à moins que la nouvelle preuve produite en application du paragraphe 56(5) de la Loi n’ait eu une incidence marquée sur la conclusion de fait que le registraire a tirée ou sur le pouvoir discrétionnaire qu’il a exercé, auquel cas le juge de première instance se doit de tirer ses propres conclusions à propos de la justesse de la décision du registraire (*Pfizer Products Inc. c. Association canadienne du médicament générique*, 2015 CF 493 (*Pfizer*), au paragraphe 140; *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.), au paragraphe 29). Pour avoir une incidence marquée, les nouveaux éléments de preuve doivent être importants et significatifs, et le critère est de nature qualitative, et non quantitative : *Pfizer*, au paragraphe 140.

[29] In view of Metro’s new evidence discussed above, I am satisfied that the new evidence tendered by Metro would have materially affected the Registrar’s decision. The new evidence is not a repetition of the original evidence filed before the Registrar, but better evidence. That is not to say that the evidence tendered by Metro is perfect, but I believe it would have changed the T.M.O.B.’s conclusion on whether Metro had satisfied its initial evidential onus with regards to its paragraph 30(b) ground of opposition. I must therefore come to my own conclusion as to the correctness of the Registrar’s Decision.

[30] Metro submits that I should, however, review the T.M.O.B.’s decision regarding 116 Inc.’s interlocutory request that the Registrar strike and reject the statement of opposition on a reasonableness standard. In its submissions, 116 Inc. argues that the interlocutory ruling by the Registrar is “incorrect”, which I take it to mean that 116 Inc. would apply a correctness standard. 116 Inc. cites no authority in support of a correctness standard of review.

[31] This Court has consistently held that a correctness standard of review should only apply to those findings of fact which the new evidence materially affects, while other unrelated issues on appeal remain subject to a reasonableness standard of review (*Worldwide Diamond Trademarks Limited v. Canadian Jewellers Association*, 2010 FC 309, [2011] 3 F.C.R. 120, at paragraph 43, affd 2010 FCA 326, 91 C.P.R. (4th) 187, citing *Garbo Group Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 176 F.T.R. 80 (F.C.T.D.)). See also *Community Credit Union Ltd. v. Canada (Registrar of Trade-marks)*, 2006 FC 1119, 53 C.P.R. (4th) 296, at paragraph 14).

[32] I agree that questions of fact and of mixed fact and law are reviewable on a reasonableness standard. As for questions of law, the presumption is that a tribunal’s

[29] Au vu des nouveaux éléments de preuve de Metro analysés plus tôt, je suis convaincu que ceux-ci auraient eu une incidence marquée sur la décision du registraire. Les nouveaux éléments de preuve ne sont pas une répétition des éléments de preuve initiaux déposés auprès du registraire, mais ils constituent de meilleurs éléments de preuve. Cela ne saurait signifier que les éléments de preuve présentés par Metro sont parfaits, mais je crois qu’ils auraient pu modifier la conclusion que la C.O.M.C. a tirée sur la question de savoir si Metro s’était acquittée du fardeau de preuve initial qui lui incombait à l’égard de son motif d’opposition fondé sur l’alinéa 30b). Par conséquent, je dois tirer ma propre conclusion quant à la justesse de la décision du registraire.

[30] Metro estime que je devrais, toutefois, examiner la décision rendue par la C.O.M.C. au sujet de la demande interlocutoire de la société 116 Inc. visant à obtenir du registraire la radiation et le rejet de la déclaration d’opposition en application de la norme de la décision raisonnable. Dans ses observations, la société 116 Inc. soutient que la décision interlocutoire rendue par le registraire est [TRADUCTION] « incorrecte », ce qui, à mes yeux, signifie que la société 116 Inc. appliquerait la norme de la décision correcte. La société 116 Inc. ne cite aucune jurisprudence à l’appui de la norme de contrôle de la décision correcte.

[31] La Cour a statué de façon constante que la norme de la décision correcte devrait uniquement s’appliquer aux conclusions de fait à l’égard desquelles la preuve additionnelle a une incidence, tandis que les autres questions non liées demeurent assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable (*Worldwide Diamond Trademarks Limited c. Canadian Jewellers Association*, 2010 CF 309, [2011] 3 R.C.F. 120, au paragraphe 43, confirmée par 2010 CAF 326, citant *Garbo Group Inc. c. Harriet Brown & Co.*, 1999 CanLII 8988 (1<sup>re</sup> inst.)). Voir aussi *Community Credit Union Ltd. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, 2006 CF 1119, au paragraphe 14).

[32] J’admets que les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Quant aux

interpretation of its home statute is reviewable on a standard of reasonableness. Writing for the Supreme Court of Canada in *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers*), at paragraph 19, Justice Rothstein held that this presumption can be rebutted where Parliament has indicated a contrary intention by conferring concurrent jurisdiction at first instance to both an administrative tribunal and a court:

I wish to be clear that the statutory scheme under which both a tribunal and a court may decide the same legal question at first instance is quite unlike the scheme under which the vast majority of judicial reviews arises. Concurrent jurisdiction at first instance seems to appear only under intellectual property statutes where Parliament has preserved dual jurisdiction between the tribunals and the courts. However, I leave the determination of the appropriate standard of review of a tribunal decision under other intellectual property statutes for a case in which it arises. Nothing in these reasons should be taken as departing from *Dunsmuir* and its progeny as to the presumptively deferential approach to the review of questions of law decided by tribunals involving their home statute or statutes closely connected to their function.

[33] The Supreme Court in *Rogers* held that the Federal Court of Appeal and the Copyright Board had concurrent jurisdiction at first instance in matters relating to the certification of tariffs for communication rights. Thus, the Copyright Board's interpretation of its own statute was reviewable on a correctness standard.

[34] Recently, Justice Russell of the Federal Court in *Pfizer* conducted a *Dunsmuir*<sup>[1]</sup>-type analysis to determine the proper standard of review with regards to the

<sup>[1]</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

questions of droit, la présomption veut que l'interprétation qu'un tribunal fait de sa loi constitutive est susceptible de contrôle au regard de la norme de la décision raisonnable. S'exprimant au nom de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers*), au paragraphe 19, le juge Rothstein a conclu que cette présomption peut être réfutée lorsque le législateur a manifesté une intention contraire en conférant une compétence concurrente en première instance à un tribunal administratif et à une cour de justice. Voici la teneur des observations du juge Rothstein :

Je tiens à bien préciser que le régime législatif suivant lequel un tribunal administratif et une cour de justice peuvent trancher une même question de droit en première instance diffère sensiblement des régimes dont l'application donne lieu à la plupart des contrôles judiciaires. Il semble n'y avoir de compétence concurrente en première instance que sous le régime des lois sur la propriété intellectuelle, le législateur ayant conservé la compétence de la cour de justice malgré celle accordée au tribunal administratif. Je ne me prononce cependant pas sur la norme de contrôle à laquelle il convient d'assujettir la décision d'un tribunal administratif rendue en application d'autres lois sur la propriété intellectuelle, car ce n'est pas l'objet du présent pourvoi. Les présents motifs ne sauraient être interprétés comme une rupture d'avec l'arrêt *Dunsmuir* ou ceux rendus dans sa foulée en ce qui concerne la déférence qui s'impose de prime abord lors du contrôle judiciaire d'une décision sur une question de droit que rend un tribunal administratif en interprétant sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat.

[33] Dans l'arrêt *Rogers*, la Cour suprême du Canada a conclu que la Cour d'appel fédérale et la Commission du droit d'auteur avaient compétence concurrente en première instance à l'égard de questions relatives à l'homologation de tarifs concernant les droits de communication. Ainsi, l'interprétation par la Commission du droit d'auteur de sa propre loi constitutive était susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[34] Récemment, le juge Russell, de la Cour fédérale [dans l'arrêt *Pfizer*], a effectué une analyse semblable à celle qui a été menée dans l'arrêt *Dunsmuir*<sup>[1]</sup> pour

<sup>[1]</sup> *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

T.M.O.B.'s interpretation of the *Trade-marks Act* and concluded:

A consideration of the factors leads me to conclude that the presumption has been rebutted. The Act explicitly provides for an appeal to the Federal Court in which new evidence may be heard and the Federal Court is permitted to exercise any discretion vested in the Registrar. In my view, these provisions rebut any presumption that the legislature expected the Board to have greater expertise in trade-mark matters than the Federal Court. Further, the nature of the question is the interpretation of "distinctiveness." The Board interpreted "distinctiveness" by reference to Federal Court and Federal Court of Appeal jurisprudence. The Board has no expertise over the Federal Court in interpreting case law. The Board's determinations of law will be reviewed on a standard of correctness.

(*Pfizer*, at paragraph 149.)

[35] I agree with Justice Russell's above reasoning. The Court notes that it has concurrent jurisdiction with the T.M.O.B. with regards to the interpretation of paragraph 30(b) of the Act in the context of appeals pursuant to section 56 of the Act. I will therefore review the T.M.O.B.'s determinations of law and interpretation of the Act on a correctness standard. However, unless I can extricate a clear question of law from a mixed question of fact and law, I shall apply the reasonableness standard to such questions.

## VII. Issues

1. Was the T.M.O.B.'s decision not to strike the statement of opposition reasonable?
2. Has 116 Inc. used the Mark in association with "cookies and biscuits" since at least as early as the claimed date of first use?

déterminer la norme de contrôle applicable en ce qui a trait à l'interprétation que fait la C.O.M.C. de la *Loi sur les marques de commerce*, et a tiré la conclusion suivante :

L'examen des facteurs m'amène à conclure que la présomption a été réfutée. La Loi prévoit explicitement la tenue d'un appel devant la Cour fédérale dans le cadre duquel de nouveaux éléments de preuve peuvent être entendus et la Cour est autorisée à exercer les pouvoirs discrétionnaires qui sont conférés au registraire. À mon avis, ces dispositions réfutent toute présomption selon laquelle le législateur s'attendait à ce que la Commission ait plus d'expertise que la Cour fédérale en matière de marques de commerce. De plus, la nature de la question en cause est l'interprétation du « caractère distinctif » de la marque. La Commission a interprété ce facteur en se rapportant à la jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale. La Commission n'a pas plus d'expertise que la Cour fédérale pour ce qui est d'interpréter la jurisprudence. Les conclusions en matière de droit de la Commission seront donc contrôlées selon la norme de la décision correcte.

(*Pfizer*, au paragraphe 149.)

[35] Je souscris au raisonnement du juge Russell qui précède. La Cour souligne qu'elle a compétence concurrente avec la C.O.M.C. en ce qui concerne l'interprétation de l'alinéa 30b) de la Loi dans le contexte d'appels interjetés au titre de l'article 56 de la Loi. J'examinerai donc selon la norme de la décision correcte les conclusions de droit et l'interprétation de la Loi faite par la C.O.M.C. Toutefois, à moins que je puisse extraire une question de droit manifeste d'une question mixte de fait et de droit, je dois appliquer la norme de la décision raisonnable à une telle question.

## VII. Questions en litige

1. La décision de la C.O.M.C. de refuser de radier la déclaration d'opposition était-elle raisonnable?
2. La société 116 Inc. a-t-elle employé la Marque en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux » depuis au moins aussi tôt que la date de premier emploi revendiquée ?

3. Does the Court, in exercising the discretion vested in the Registrar of Trade-marks, have jurisdiction to issue a “split” decision pursuant to subsection 38(8) of the Act?

3. La Cour, en exerçant le pouvoir discrétionnaire dont le registraire des marques de commerce est investi, a-t-elle compétence pour rendre une décision « partagée » en application du paragraphe 38(8) de la Loi?

#### VIII. Analysis

- A. *Was the T.M.O.B.’s decision not to strike the statement of opposition reasonable?*

[36] Whether paragraph 30(b) of the Act merely requires 116 Inc. to prove use of the Mark in association with the “general class” of candy and snacks as opposed to in association with each individually named specific goods, namely cookies and biscuits, is a mixed question of fact and law. The Registrar’s conclusion that “the application is not for wares of one general class but for individually named specific wares” is a mixed finding of fact and law. It must therefore be reviewed on a standard of reasonableness.

##### (1) Position of the parties

[37] 116 Inc. submits that the test pursuant to paragraph 30(b) “merely requires that an [a]pplicant prove use in association with the general class of wares and not with each product listed in an application for registration”. Consequently, 116 Inc. believes it satisfies the use requirement under paragraph 30(b) of the Act merely by proving use of the Mark in association with the “general class” of candy and snacks, as opposed to use in association with the specific goods “cookies and biscuits”.

[38] 116 Inc. makes the following arguments in its memorandum of fact and law:

- (a) Paragraph 30(b) of the Act is explicit in that only the use in association with the general class of goods or services described in the application

#### VIII. Analyse

- A. *La décision de la C.O.M.C. de refuser de radier la déclaration d’opposition était-elle raisonnable?*

[36] La question de savoir si l’alinéa 30b) de la Loi exige simplement que la société 116 Inc. démontre l’emploi de la Marque en liaison avec la « catégorie générale » de bonbons et collations par opposition à l’emploi en liaison avec des produits particuliers nommés individuellement, à savoir les « biscuits » et « petits gâteaux », est une question mixte de fait et de droit. La conclusion du registraire selon laquelle « la demande vise non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement » est une conclusion mixte de fait et de droit. Elle doit par conséquent être assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable.

##### 1) Thèses des parties

[37] La société 116 Inc. soutient que le critère énoncé à l’alinéa 30b) [TRADUCTION] « exige simplement que le requérant démontre l’emploi en liaison avec la catégorie générale de produits et non avec chaque produit énuméré dans la demande d’enregistrement ». Par conséquent, la société 116 Inc. croit qu’elle satisfait à l’exigence relative à l’emploi énoncée à l’alinéa 30b) de la Loi simplement en démontrant l’emploi de la Marque en liaison avec la « catégorie générale » de bonbons et collations, par opposition à l’emploi en liaison avec les produits particuliers, à savoir les « biscuits et petits gâteaux ».

[38] La société 116 Inc. présente les arguments suivants dans son mémoire des faits et du droit :

- a) L’alinéa 30b) de la Loi est explicite en ce sens que seul l’emploi en liaison avec la catégorie générale de produits et services décrite dans la

needs be proven (respondent's memorandum of fact and law, paragraph 42).

- (b) The interlocutory ruling was contrary to the practice before the Trade-marks Office, the CIPO *Trademarks Examination Manual (Examination Manual)*, and the CIPO *Goods and Services Manual (Goods and Services Manual)* at the time of the decision and subsequently. Because the goods in the statement of goods aren't separated by semi-colons (i.e. "candy and snacks, namely candy bars, ..., cookies and biscuits"), the Goods were not meant to be claimed individually but rather under the general "candy and snack" class which falls within Class 30 of the Nice Classification [established by the *Nice Agreement* (1957), which is an international classification of goods and services applied for the registration of marks]. In support of its argument before the Hearing Officer, 116 Inc. cited the T.M.O.B. decision in *Pronuptia de Paris v. Pronovias, S.A.*, 2007 CanLII 80847, [2007] T.M.O.B. No. 63 (QL) (*Pronuptia* cited to QL) (respondent's memorandum of fact and law, paragraphs 42 and 43).
- (c) To prove use in association with each of the listed goods isn't in accordance with the Act which expressly permits applications to be amended before and after advertisement, subject to sections 31 and 32 of the *Trade-marks Regulations*, SOR/96-195 (Regulations) (respondent's memorandum of fact and law, paragraph 41).

[39] Metro argues that the Registrar's conclusion is that the TM Application was not for goods of one general class (i.e. candy and snacks), but for individually named specific goods, namely cookies and biscuits. As such, 116 Inc. needs to show use for each individually named specific Goods, including use in association with cookies and biscuits. Metro further argues that even if

demande doit être démontré (mémoire des faits et du droit de la défenderesse, au paragraphe 42).

- b) La décision interlocutoire était contraire à la pratique du Bureau des marques de commerce et à ce qui est prévu dans *Le manuel d'examen des marques de commerce* (Manuel d'examen) de l'OPIC et dans le *Manuel des produits et des services (Manuel des produits et des services)* de l'OPIC au moment de la décision et ultérieurement. Étant donné que les produits figurant dans l'état déclaratif des produits ne sont pas séparés par un point-virgule (c'est-à-dire, des « bonbons et collations, nommément des bars de friandises, [...], biscuits et petits gâteaux »), les produits n'étaient pas censés être présentés individuellement, mais plutôt sous la catégorie générale « bonbons et collations » qui relève de la Classe 30 de la Classification de Nice [instituée par l'*Arrangement de Nice* (1957), est une classification internationale de produits et de services aux fins de l'enregistrement des marques]. À l'appui de son argument devant l'agent d'audience, la société 116 Inc. a cité la décision rendue par la C.O.M.C., à savoir *Pronuptia de Paris c. Pronovias, S.A.*, 2007 CanLII 80847, [2007] C.O.M.C. n° 63 (QL) (*Pronuptia*, citée dans QL) (mémoire des faits et du droit de la défenderesse, aux paragraphes 42 et 43).
- c) La preuve de l'emploi en liaison avec chacun des produits énumérés n'est pas conforme à la Loi qui autorise expressément la modification des demandes d'enregistrement avant et après l'annonce, sous réserve des articles 31 et 32 du *Règlement sur les marques de commerce*, DORS/96-195 (le Règlement) (mémoire des faits et du droit de la défenderesse, au paragraphe 41).

[39] Metro soutient que, selon la conclusion du registraire, la Demande d'enregistrement de MC ne visait pas des produits d'une seule catégorie générale (c'est-à-dire, les bonbons et collations), mais des produits particuliers nommés individuellement, à savoir les biscuits et petits gâteaux. Par conséquent, la société 116 Inc. doit démontrer l'emploi pour chaque produit

the TM Application was for general classes of goods, 116 Inc. would still need to show use of the Mark in association with all the Goods in the TM Application.

[40] For the reasons that follow, I find that the Registrar's decision is reasonable.

- (2) The Registrar's conclusion that the TM Application is for specific goods is reasonable

[41] Even though the Hearing Officer does not address each of 116 Inc.'s above-mentioned concerns specifically, his decision not to interfere with the Registrar's interlocutory ruling is nevertheless reasonable. Below, I review the Hearing Officer's reasons and, where appropriate, supplement them to address some of the concerns raised by 116 Inc. which were not specifically addressed in the Hearing Officer's reasons.

- (a) *Paragraph 30(b): "used the trade-mark in association with each of the general classes of goods or services"*

[42] Paragraph 30(b) of the Act reads as follows:

**Contents of application**

**30** An applicant for the registration of a trade-mark shall file with the Registrar an application containing

...

(b) in the case of a trade-mark that has been used in Canada, the date from which the applicant or his named predecessors in title, if any, have so used the trade-mark in association with each of the general classes of goods or services described in the application; [Emphasis added.]

[43] I agree with 116 Inc. that a plain reading of paragraph 30(b) of the Act appears to only require that

particulier nommé individuellement, y compris l'emploi en liaison avec des biscuits et petits gâteaux. Metro estime en outre que, même si la Demande d'enregistrement de MC visait les catégories générales de produits, la société 116 Inc. devrait toujours démontrer l'emploi de la Marque en liaison avec tous les produits figurant dans la Demande d'enregistrement de MC.

[40] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la décision du registraire est raisonnable.

- 2) La conclusion du registraire selon laquelle la Demande d'enregistrement de MC visait des produits particuliers est raisonnable

[41] Même si l'agent d'audience ne répond pas précisément à chacune des préoccupations de la société 116 Inc. susmentionnées, son refus de modifier la décision interlocutoire du registraire est néanmoins raisonnable. J'examinerai plus loin les motifs de l'agent d'audience et, si cela convient, je les compléterai pour dissiper certaines inquiétudes soulevées par la société 116 Inc. qui n'ont pas été précisément abordées dans les motifs de l'agent d'audience.

- a) *Alinéa 30b) : « employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de produits [et] services »*

[42] L'alinéa 30b) de la Loi est ainsi libellé :

**Contenu d'une demande**

**30** Quiconque sollicite l'enregistrement d'une marque de commerce produit au bureau du registraire une demande renfermant :

[...]

b) dans le cas d'une marque de commerce qui a été employée au Canada, la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, ont ainsi employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande; [Non souligné dans l'original.]

[43] Je conviens avec la société 116 Inc. que, selon le sens ordinaire de l'alinéa 30b) de la Loi, il semble que

the trade-mark applicant file an application containing the date of first use for “each of the general classes of goods or services described in the application”. This is also corroborated in section II.7.1 of the Examination Manual (“Applications Based on Use in Canada — Subsection 16(1) and Paragraph 30(b)”). Neither the Registrar’s interlocutory ruling nor the Hearing Officer’s Decision however suggests that this was misunderstood. Indeed, they both focused their respective analysis on whether the TM Application was for goods of a general class or for individually named specific goods.

(b) *Trade-marks Office’s practice*

[44] Though the interlocutory decision and the Hearing Officer’s Decision may not have specifically relied on the Examination Manual and the Goods and Services Manual, I disagree that the interlocutory ruling was contrary to practice before the Trade-marks Office. It is however noteworthy that these manuals, though useful, do not have legislative authority, and are not intended to, nor can they supersede the provisions of the Act (*Ontario Dental Assistants Association v. Canadian Dental Association*, 2013 FC 266, 109 C.P.R. (4th) 327, at paragraph 24; *Wordex Incorporated v. Wordex*, [1983] 2 F.C. 570, (1983), 70 C.P.R. (2d) 28 (T.D.), at page 31).

[45] First, to the extent 116 Inc. equates “general classes of goods” to classes for goods under the Nice classification system, I disagree as there is no basis to this argument. Though it is currently acceptable for goods and services in a trade-mark application or registration to be grouped and classed according to the classes of the Nice Classification, there is no legislation in force requiring trade-mark owners or applicants to refer to Nice classes.

le requérant de la marque de commerce ne soit tenu que de produire une demande renfermant la date de premier emploi pour « chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande ». Ce point est aussi corroboré à la section II.7.1 du Manuel d’examen (« Demandes d’enregistrement fondées sur l’emploi d’une marque de commerce au Canada — Paragraph 16(1), alinéa 30b »). Ni la décision interlocutoire du registraire ni la décision de l’agent d’audience ne donnent à penser, toutefois, qu’il y a eu une mauvaise interprétation. En effet, l’analyse respective dans les deux décisions a été concentrée sur la question de savoir si la Demande d’enregistrement de MC visait des produits d’une catégorie générale ou des produits particuliers nommés individuellement.

b) *Pratique du Bureau des marques de commerce*

[44] Bien que la décision interlocutoire et la décision de l’agent d’audience n’aient peut-être pas été particulièrement fondées sur le Manuel d’examen et le Manuel des produits et services, je ne souscris pas à l’argument selon lequel la décision interlocutoire était contraire à la pratique habituelle devant le Bureau des marques de commerce. Il convient toutefois de souligner que ces manuels, bien qu’ils soient utiles, n’ont pas valeur de loi, et ne sont pas censés ni ne peuvent l’emporter sur les dispositions de la Loi (*Ontario Dental Assistants Association c. Association dentaire canadienne*, 2013 CF 266, au paragraphe 24; *Wordex Incorporated c. Wordex*, [1983] 2 C.F. 570 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 31).

[45] Premièrement, dans la mesure où la société 116 Inc. estime que les « catégories générales de produits » équivalent aux classes des produits selon le système de classification de Nice, je ne puis souscrire à cet argument, parce qu’il est dénué de tout fondement. Bien qu’il soit aujourd’hui acceptable que des produits et services figurant dans une demande d’enregistrement ou dans l’enregistrement d’une marque de commerce soient groupés et classés selon les classes de la Classification de Nice, il n’existe pas de loi en vigueur qui exige que le propriétaire ou le requérant d’une marque de commerce fasse référence aux classes de la Classification de Nice.

[46] Second, the Registrar reasonably distinguished the decision of the T.M.O.B. in *Pronuptia* by concluding that it did not address whether individually named specific goods separated by commas after “namely” in a statement of goods form part of a general class of goods. Indeed, Member Carrière in *Pronuptia* determined that by using a semi colon to separate a good from other goods in an application, the applicant had clearly indicated that it considered the other goods as a separate general class of goods.

[47] Third, both the Registrar’s ruling and the *Pronuptia* decision are both consistent with the Trademarks Office practice. Section II.5.4.2 (“Context of the Goods and Services”) of the Examination Manual explains that “the context of a statement of goods or services may serve to specify an otherwise unacceptable statement of goods or services.” The Examination Manual provides the following example:

For example, “cases” alone are not acceptable as they could include any type of “cases” from camera cases to pillowcases. However, in an application for “cameras, tripods, and cases”, the goods “cases” would be acceptable as it is clear from the context that the “cases” would be restricted to camera cases. Similarly “delivery” services alone is not acceptable as the service could include any type of delivery from flower delivery to furniture delivery.

[48] “Candy and snacks” are generic terms that take their sense from their context in the application, seeing as snacks are generally understood to mean any small portion of food or drink consumed between meals. As emphasized by Metro during the hearing, it is not uncommon for identical trademarks to coexist in the food industry when they relate to intrinsically different goods (see e.g. *Edelweiss Food Products Inc. v. World’s Finest Chocolate Canada Ltd.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 256 (T.M.O.B.) (meat and chocolate)). See also *Clorox Co. v. Sears Canada Inc.*, [1992] 2 F.C. 579, (1992), 41 C.P.R. (3d) 483 (T.D.), affd (1993), 49 C.P.R. (3d)

[46] Deuxièmement, le registraire a raisonnablement établi une distinction d’avec la décision *Pronuptia*, rendue par la C.O.M.C., en concluant qu’il n’avait pas abordé la question de savoir si des produits particuliers nommés individuellement, séparés par des virgules après le terme « nommé » dans un état déclaratif des produits, font partie d’une catégorie générale de produits. En effet, le membre Carrière a conclu, dans la décision *Pronuptia*, qu’en utilisant un point-virgule pour séparer un produit des autres produits figurant dans une demande, la requérante avait clairement indiqué qu’elle considérait les autres produits comme une catégorie générale distincte de produits.

[47] Troisièmement, la décision du registraire et la décision *Pronuptia* sont toutes les deux conformes à la pratique du Bureau des marques de commerce. La section II.5.4.2 (« Contexte des produits et services ») du Manuel d’examen explique que « le contexte de l’énoncé des produits et services peut servir à préciser une description qui autrement serait inacceptable ». Dans le Manuel d’examen, on donne l’exemple suivant :

Par exemple, « étuis » seul n’est pas acceptable, car il peut s’appliquer à n’importe quel type d’étui, des étuis d’appareils photo aux étuis à lunettes. Cependant, si la demande porte sur les « appareils photo, trépieds et étuis », le terme « étuis » est acceptable, car il est évident d’après le contexte qu’il s’agit d’étuis d’appareils photo.

De même, le service « livraison » seul ne serait acceptable, car il pourrait s’agir de n’importe quel type de services de livraison, de la livraison de fleurs à la livraison de meubles.

[48] Les « bonbons et collations » sont des termes génériques qui tirent leur sens du contexte de la demande, et les collations signifient généralement de petites quantités d’aliments ou de boissons consommées entre les repas. Comme l’a souligné Metro lors de l’audience, il n’est pas rare que des marques de commerce identiques coexistent dans l’industrie alimentaire lorsqu’elles se rapportent à des produits intrinsèquement différents (voir par exemple, *Edelweiss Food Products Inc. v. World’s Finest Chocolate Canada Ltd.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 256 (C.O.M.C.) (viande et chocolat)). Voir aussi *Clorox Co. c. Sears Canada Inc.*,

217 (C.A.) (fruit cake and barbecue sauce). Therefore, the Registrar’s conclusion [Decision, at paragraph 37] that “the application is not for wares of one general class but for individually named specific wares” is in my view clearly reasonable seeing as the phrase “candy and snacks”—on its own—likely would not have been an acceptable category of goods without being further specified. As the Examination Manual states [at section II.5.4.4], “[g]oods and services that require further specification may be specified using the definite terms ‘namely’, ‘consisting of’ or ‘specifically’”, which appears to be what 116 Inc. has done in its TM Application to further specify “candy and snacks”. To conclude otherwise would allow 116 Inc. to obtain a trade-mark monopoly over the Mark beyond the scope of protection necessary to protect the public from confusion.

[49] Section II.5.4.2 of the Examination Manual also notes the following:

... Goods or services which are separated by semi-colons (;) are generally considered to stand on their own and therefore must meet the requirements of paragraph 30(a) of the *Trade-marks Act* without regard to the other listed goods or services.

[50] The above note is merely an exception to the general rule, that an otherwise unacceptable description of good may be acceptable if the goods listed before or after it serve to qualify the good—i.e. goods which are separated by semi-colons are generally considered not to qualify each other.

[51] Therefore, neither *Pronuptia* nor the note in reference to semi-colons in section II.5.4.2 of the Examination Manual addresses whether individually named specific goods separated by commas after “namely” in a statement of goods form part of a general class of goods.

[1992] 2 C.F. 579 (1<sup>re</sup> inst.), confirmée par [1993] A.C.F. n° 508 (QL) (C.A.) (gâteaux aux fruits et sauce barbecue). Par conséquent, la conclusion du registraire [au paragraphe 37 de sa décision] selon laquelle « [TRADUCTION] “la demande vise non seulement les produits d’une catégorie générale, mais aussi des produits particuliers nommés individuellement” » est à mon avis manifestement raisonnable, étant donné que les termes « bonbons et collations », en soi, n’auraient vraisemblablement pas constitué une catégorie de produits acceptable en l’absence de plus amples précisions. Comme le précise le Manuel d’examen [section II.5.4.4], « [o]n peut préciser davantage des produits ou des services inacceptables en énumérant des termes précis précédés de “notamment”, “spécifiquement”, “à savoir”, ou “consistant en” », ce que la société 116 Inc. semble avoir fait dans la Demande de MC pour préciser davantage les termes « bonbons et collations ». Une conclusion contraire permettrait par ailleurs à la société 116 Inc. d’obtenir un monopole de marque de commerce sur la Marque qui échappe à la portée de la protection nécessaire pour éviter que le public ne soit confus.

[49] La section II.5.4.2 du Manuel d’examen fait également ressortir ce qui suit :

[...] Les produits ou les services qui sont séparés par un point-virgule (;) sont généralement considérés comme des services distincts les uns des autres et doivent rencontrer les exigences de l’alinéa 30a) de la *Loi sur les marques de commerce* sans égard aux autres produits ou services listés.

[50] La note ci-dessus n’est qu’une exception à la règle générale : une description de produits par ailleurs inacceptable peut être acceptable si les produits énumérés avant ou après elle serve à qualifier le produit, c’est-à-dire que les produits qui sont séparés par un point-virgule ne sont pas généralement considérés comme se qualifiant les uns les autres.

[51] Par conséquent, ni la décision *Pronuptia* ni la note se rapportant au point-virgule à la section II.5.4.2 du Manuel d’examen ne traitent de la question de savoir si des produits particuliers nommés individuellement séparés par une virgule après le terme « nommément »

[52] The Registrar relied on the T.M.O.B. decisions *MAPA GmbH v. 2956-2691 Quebec Inc.*, 2013 TMOB 22, 111 C.P.R. (4th) 281 (*MAPA*) and *Sky Solar Holdings Co., Ltd. v. Skypower Global*, 2014 TMOB 262, 139 C.P.R. (4th) 363 (*Sky Solar*) as examples where the T.M.O.B. “determined that an applicant had failed to substantiate a claimed date of first use for *some* of the applied for goods or services in a statement of goods or services appearing to fall in the same general class, notwithstanding the fact that use has been shown with other goods or services in a statement that includes the term ‘namely’” [emphasis in original; Decision, at paragraph 40].

(c) *Post-advertisement amendments are irrelevant*

[53] The Court agrees that the Act allows an applicant to amend his or her trade-mark application before and after advertisement, subject to sections 31 and 32 of the Regulations. However, the Court fails to see how this argument is helpful to 116 Inc.

(d) *Conclusion*

[54] In view of the above, the Registrar’s decision was reasonable. Even on a standard of correctness, I would have arrived at the same conclusion as the Hearing Officer. Even if the TM Application had been for the general category of “candy and snacks”, 116 Inc. would still, for the following reasons, have needed to show use of the Mark in association with each of the goods listed in the TM Application.

- (3) Paragraph 30(b) requires that the trade-mark have been used in association with each specific good or service listed in the application

[55] Metro has argued that—though paragraph 30(b) of the Act does not require an applicant to provide a

dans un état déclaratif de produits font partie d’une catégorie générale de produits.

[52] Le registraire a invoqué les décisions *MAPA GmbH c. 2956-2691 Québec Inc.*, 2013 COMC 22 (*MAPA*) et *Sky Solar Holdings Co., Ltd. c. Skypower Global*, 2014 COMC 262 (*Sky Solar*) rendues par la C.O.M.C. à titre d’exemple où la C.O.M.C. a « conclu que la date de premier emploi revendiquée n’avait pas été corroborée par un requérant pour certains produits ou services visés par la demande et contenus dans un état déclaratif de produits ou des services semblant s’inscrire dans la même catégorie générale, nonobstant le fait que l’emploi a été démontré pour d’autres produits et services d’un état déclaratif qui comprend le terme “nommément” » [décision, au paragraphe 40].

(c) *Les modifications postérieures à l’annonce ne sont pas pertinentes*

[53] La Cour convient que la Loi autorise un requérant à modifier sa demande d’enregistrement de marque de commerce avant ou après l’annonce, sous réserve des articles 31 et 32 du Règlement. Toutefois, la Cour ne voit pas en quoi cet argument est utile à la société 116 Inc.

(d) *Conclusion*

[54] Compte tenu de ce qui précède, la décision du registraire était raisonnable. Même si j’avais appliqué la norme de la décision raisonnable, je serais arrivé à la même conclusion que l’agent d’audience. À supposer que la Demande d’enregistrement de MC avait visé la catégorie générale de « bonbons et collations », il aurait tout de même été nécessaire que la société 116 Inc. démontre, pour les motifs qui suivent, l’emploi de la Marque en liaison avec chacun des produits énumérés dans la Demande d’enregistrement de MC.

- 3) Aux termes de l’alinéa 30b) la marque de commerce doit avoir été employée en liaison avec les produits et services décrits dans la demande

[55] Metro a fait valoir que, bien qu’aux termes de l’alinéa 30b) de la Loi un requérant ne soit pas tenu de

date of first use for each specific good or service in a trademark application—every good or service listed in the application must nevertheless have been used to satisfy the requirement of paragraph 30(b) of the Act. This being a question of statutory interpretation, it is now trite law that “[t]he modern approach to statutory interpretation requires that we examine the ‘words of an Act ... in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’” (*Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at paragraph 48, citing Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87, approved and adopted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21).

(a) *The words of paragraph 30(b) of the Act*

[56] Paragraph 30(b) of the Act reveals two requirements: (1) that the trade-mark application be for a trade-mark that has been used in Canada; and (2) that the application contain the date of first use for each of the general classes of goods or services described in the application. These requirements are readily apparent from a plain reading of paragraph 30(b):

**Contents of application**

**30** An applicant for the registration of a trade-mark shall file with the Registrar an application containing

...

(b) in the case of a trade-mark that has been used in Canada, the date from which the applicant or his named predecessors in title, if any, have so used the trade-mark in association with each of the general classes of goods or services described in the application; [Emphasis added.]

[57] The Act is clear that only a date of first use of the Mark in association with each general class of goods or services must be provided—i.e. the second requirement.

fournir une date de premier emploi pour chaque produit ou service spécifique décrit dans une demande de marque de commerce pour satisfaire à l'exigence prévue à l'alinéa 30b) de la Loi, chaque produit ou service énuméré dans la demande doit néanmoins avoir été employé. Étant donné qu'il s'agit d'une question d'interprétation législative, il est maintenant bien établi en droit que « [l]a méthode moderne d'interprétation législative exige que nous examinions les termes “d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur” » (*Société Radio-Canada c. SODRA 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, au paragraphe 48, citant Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87, méthode approuvée et adoptée dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21).

a) *Le libellé de l'alinéa 30b) de la Loi*

[56] L'alinéa 30b) de la Loi révèle deux exigences : 1) la demande d'enregistrement de marque de commerce doit porter sur une marque de commerce qui a été employée au Canada; 2) la demande doit renfermer la date de premier emploi pour chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande. Ces exigences ressortent clairement du sens ordinaire de l'alinéa 30b) :

**Contenu d'une demande**

**30** Quiconque sollicite l'enregistrement d'une marque de commerce produit au bureau du registraire une demande renfermant :

[...]

b) dans le cas d'une marque de commerce qui a été employée au Canada, la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, ont ainsi employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande; [Non souligné dans l'original.]

[57] Il ressort manifestement de la Loi que seule la date de premier emploi de la Marque en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services

However, an ambiguity remains with regards to the first requirement: does the Act's first requirement that the application be based on use of the trade-mark in Canada imply that all goods in the application must have been used as of the relevant date? For the reasons that follow, the Court must answer this question in the affirmative.

(b) *The context of the Act*

[58] Section 30 of the Act generally sets out the information that must be included in a trade-mark application. Non-compliance with section 30 is both a ground of opposition and a ground for an initial examiner's rejection of an application for registration. When filing an application to register a trade-mark in Canada, there are numerous grounds upon which the application may be based, namely: (1) prior use of the trade-mark in Canada; (2) prior making known of the trade-mark in Canada; (3) registration (or application for registration) of a trade-mark used in a country of the Union; and (4) proposed use of the trade-mark in Canada. These grounds for registration are reflected in paragraphs 30(b), 30(c), 30(d) and 30(e) of the Act, respectively:

**Contents of application**

**30** An applicant for the registration of a trade-mark shall file with the Registrar an application containing

...

**(b)** in the case of a trade-mark that has been used in Canada, the date from which the applicant or his named predecessors in title, if any, have so used the trade-mark in association with each of the general classes of goods or services described in the application;

**(c)** in the case of a trade-mark that has not been used in Canada but is made known in Canada, the name of a country of the Union in which it has been used by the applicant or his named predecessors in title, if any, and the date from and the manner in which the

doit être fournie, c'est-à-dire la deuxième exigence. Toutefois, une ambiguïté demeure quant à la première exigence : la première exigence de la Loi selon laquelle la demande doit être fondée sur un emploi de la marque de commerce au Canada laisse-t-elle supposer que tous les produits figurant dans la demande doivent avoir été employés à la date pertinente? Pour les motifs qui suivent, la Cour doit répondre à cette question par l'affirmative.

b) *Le contexte de la Loi*

[58] L'article 30 de la Loi énonce de manière générale les renseignements que doit comprendre une demande d'enregistrement de marque de commerce. Le non-respect de l'article 30 est à la fois un motif d'opposition et un motif de rejet d'une demande d'enregistrement par l'examineur initial. Lorsqu'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce est produite au Canada, il existe de nombreux motifs sur lesquels elle peut être fondée, à savoir : 1) un emploi antérieur de la marque de commerce au Canada; 2) une révélation antérieure de la marque de commerce au Canada; 3) l'enregistrement (ou une demande d'enregistrement) de la marque de commerce dans un pays de l'Union et 4) un emploi projeté de la marque de commerce au Canada. Ces motifs d'enregistrement ressortent des alinéas 30b), c), d) et e) de la Loi, qui sont ainsi libellés :

**Contenu d'une demande**

**30** Quiconque sollicite l'enregistrement d'une marque de commerce produit au bureau du registraire une demande renfermant :

[...]

**b)** dans le cas d'une marque de commerce qui a été employée au Canada, la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, ont ainsi employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande;

**c)** dans le cas d'une marque de commerce qui n'a pas été employée au Canada mais qui est révélée au Canada, le nom d'un pays de l'Union dans lequel elle a été employée par le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, et la date à compter

applicant or named predecessors in title have made it known in Canada in association with each of the general classes of goods or services described in the application;

(d) in the case of a trade-mark that is the subject in or for another country of the Union of a registration or an application for registration by the applicant or the applicant's named predecessor in title on which the applicant bases the applicant's right to registration, particulars of the application or registration and, if the trade-mark has neither been used in Canada nor made known in Canada, the name of a country in which the trade-mark has been used by the applicant or the applicant's named predecessor in title, if any, in association with each of the general classes of goods or services described in the application;

(e) in the case of a proposed trade-mark, a statement that the applicant, by itself or through a licensee, or by itself and through a licensee, intends to use the trade-mark in Canada; [Emphasis added.]

[59] If 116 Inc. was to be permitted to register the Mark in association with a general class of goods, regardless of whether it has used the Mark in association with all of the goods listed within the general class, an absurd result would ensue: 116 Inc. would in fact be receiving a certificate of registration for the Mark on the basis of prior use without having actually used the Mark in association with some of the listed goods. By doing so, 116 Inc. would be avoiding the need to file a declaration of use (subsection 40(2) of the Act) for those particular goods, as it would have been required to do if it had applied for the registration of the Mark on the basis of proposed use.

[60] The law cannot reasonably be interpreted in a way that would allow 116 Inc. to circumvent the fundamental requirement of use. Without use, trade-mark rights do not exist. 116 Inc. cannot exploit paragraph 30(b) of the Act in a way that would frustrate the underlying logic of the trade-mark registration bases scheme.

de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs l'ont fait connaître au Canada en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande, ainsi que la manière dont ils l'ont révélée;

d) dans le cas d'une marque de commerce qui est, dans un autre pays de l'Union, ou pour un autre pays de l'Union, l'objet, de la part du requérant ou de son prédécesseur en titre désigné, d'un enregistrement ou d'une demande d'enregistrement sur quoi le requérant fonde son droit à l'enregistrement, les détails de cette demande ou de cet enregistrement et, si la marque n'a été ni employée ni révélée au Canada, le nom d'un pays où le requérant ou son prédécesseur en titre désigné, le cas échéant, l'a employée en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande;

e) dans le cas d'une marque de commerce projetée, une déclaration portant que le requérant a l'intention de l'employer, au Canada, lui-même ou par l'entremise d'un licencié, ou lui-même et par l'entremise d'un licencié; [Non souligné dans l'original.]

[59] Si la société 116 Inc. devait être autorisée à enregistrer la Marque en liaison avec une catégorie générale, sans égard à la question de savoir si elle a employé la Marque en liaison avec tous les produits énumérés dans la catégorie générale, il en découlerait un résultat absurde : la société 116 Inc. recevrait en fait un certificat d'enregistrement de la Marque fondé sur un emploi antérieur sans qu'elle ait réellement employé la Marque en liaison avec certains des produits énumérés. Ainsi, la société 116 Inc. éviterait d'avoir à produire une déclaration d'emploi (paragraphe 40(2) de la Loi) pour ces produits particuliers, car elle aurait été tenue de le faire si elle avait demandé l'enregistrement de la Marque sur le fondement d'un emploi projeté.

[60] La loi ne peut pas raisonnablement être interprétée dans un sens qui permettrait à la société 116 Inc. de contourner l'exigence fondamentale relative à l'emploi. En l'absence d'emploi, les droits liés à une marque de commerce n'existent pas. La société 116 Inc. ne peut pas utiliser l'alinéa 30b) de la Loi dans un sens qui pourrait permettre de contrecarrer la logique sous-jacente aux fondements du régime d'enregistrement des marques de commerce.

(c) *Conclusion*

[61] It is the Court's view that while paragraph 30(b) of the Act merely requires that a date of first use be provided with regards to each general class of goods or services, the applied for trade-mark must nevertheless have been used in association with each of the specific goods or services identified in the general class prior to the applicant's filing date. However, the date of first use with respect to each of the specific goods in the general class may vary. This is consistent with the T.M.O.B.'s reasoning in *Parfums Christian Dior v. Lander Co. Canada Ltd.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 257, at page 266, where it stated the following:

.... However, since the applicant has claimed that its mark has been used in association with the general class of wares, the trade-mark FASCINATION must have been used in association with each of the specific wares identified in the general class prior to the applicant's filing date although the date(s) when such use commenced with respect to each of the specific wares in the general class may vary [see in this regard, *McCarthy Tétrault v. Hilary's Distribution Ltd.*, 67 C.P.R. (3d) 279, at p.284]. Moreover, as noted above, such use of the trade-mark FASCINATION in association with each of the specific wares in the general class must also have been continuous "use" in the normal course of trade. [Emphasis added.]

B. *Has 116 Inc. used the Mark in association with "cookies and biscuits" since at least as early as the claimed date of first use?*

## (1) Onus

[62] There are two separate onuses to bear in mind.

[63] First, Metro (opponent) bears the initial evidential onus (often called the burden of production or presentation) to adduce sufficient admissible evidence from

c) *Conclusion*

[61] La Cour est d'avis que, bien que l'alinéa 30b) de la Loi exige simplement qu'une date de premier emploi soit fournie en ce qui concerne chacune des catégories générales de produits ou services, la marque de commerce visée par la demande doit néanmoins avoir été employée en liaison avec chacun des produits ou services spécifiques décrits dans la catégorie générale avant la date de production de la demande du requérant. Toutefois, la date de premier emploi en ce qui concerne chacun des produits spécifiques figurant dans la catégorie générale peut varier. Ce point est conforme au raisonnement tenu par la C.O.M.C. dans la décision *Parfums Christian Dior v. Lander Co. Canada Ltd.* (2000), 6 C.P.R. (4th) 257, à la page 266, où elle a formulé les observations suivantes :

[TRADUCTION] [...] Cependant, puisque le requérant a fait valoir que sa marque a été employée en liaison avec la catégorie générale de marchandises, la marque de commerce FASCINATION doit avoir été employée, en liaison avec chacune des marchandises décrites dans la catégorie générale, avant la date de la production de la requérante même si les dates de premier emploi à l'égard de chacune des marchandises décrites dans la catégorie générale peuvent varier [voir à cet égard, *McCarthy Tétrault c. Hilary's Distribution Ltd.*, 67 C.P.R. (3d) 279, à la page 284]. De plus, comme cela a été mentionné précédemment, il faut également que cet emploi de la marque de commerce FASCINATION en liaison avec chacune des marchandises décrites dans la catégorie générale ait été un « emploi » dans le cours normal du commerce. [Non souligné dans l'original.]

B. *La société 116 Inc. a-t-elle employé la Marque en liaison avec les « biscuits et petits gâteaux » depuis au moins la date de premier emploi revendiquée?*

## 1) Fardeau de la preuve

[62] Il existe deux fardeaux de preuve distincts dont il faut tenir compte.

[63] Premièrement, il incombe à Metro (opposante) de présenter une preuve (souvent appelée le fardeau de production ou de présentation) admissible suffisante pour

which it could reasonably be concluded that the facts alleged to support the ground of opposition exist. For the reasons stated by Justice Rennie in *Bacardi*, at paragraph 29 (cited in this decision, at paragraph 15), I agree with Metro that the initial burden on the opponent is a light one (*Bacardi*, at paragraph 30; *Distrimedic Inc. v. Richards Packaging Inc.*, 2012 TMOB 199, 108 C.P.R. (4th) 33, at paragraph 25. See also *John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 293 (F.C.T.D.) (*John Labatt*), at page 299).

[64] Second, once the initial evidential onus has been satisfied, the burden shifts to 116 Inc. who bears the legal onus (often called burden of persuasion) of establishing, on a balance of probabilities, that its trade-mark application complies with the requirements of the Act (*MAPA*, at paragraph 7; *John Labatt*, at pages 299 and 300; *Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 FCA 29, [2002] 3 F.C. 405). The presence of such an onus means that if a determinate conclusion cannot be reached once all the evidence is in, then the issue must be decided against 116 Inc. (*John Labatt*, at page 300).

(2) Paragraph 30(b) of the Act

[65] I find that Metro's new evidence on appeal is sufficient to satisfy its initial evidential onus. Bearing in mind Justice Rennie's comments in *Bacardi* regarding the problems associated with such a burden of proof, I am not only satisfied that Metro has made significant efforts to amass the best evidence it could, but also that Metro's newly tendered evidence can reasonably lead to the conclusion that, at the relevant date, 116 Inc. had not used the Mark.

[66] The burden of proof consequently falls on 116 Inc., who must show, on a balance of probability, that it has used the Mark as of the relevant date. Having filed no evidence of use of the Mark, 116 Inc. has not

permettre de conclure raisonnablement à l'existence des faits allégués à l'appui du motif d'opposition. Pour les motifs exposés par le juge Rennie dans la décision *Bacardi*, au paragraphe 29 (citée dans la présente décision, au paragraphe 15), je souscris à l'argument de Metro selon lequel le fardeau de preuve initial n'est pas très lourd (*Bacardi*, au paragraphe 30; *Distrimedic Inc. c. Richards Packaging Inc.*, 2012 COMC 199, au paragraphe 25. Voir aussi *John Labatt Ltd. v. Molson Companies Ltd.* (1990), 30 C.P.R. (3d) 293 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), (*John Labatt*), à la page 299).

[64] Deuxièmement, lorsqu'il a été satisfait au fardeau de preuve initial, la charge ultime (souvent appelée le fardeau de persuasion) incombe à la société 116 Inc. d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que sa demande d'enregistrement de marque de commerce respecte les exigences de la Loi (*MAPA*, au paragraphe 7; *John Labatt*, aux pages 299 et 300; *Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.*, 2002 CAF 29, [2002] 3 C.F. 405). L'imposition d'un tel fardeau de preuve signifie que si, après la production de la totalité de la preuve, on ne peut pas tirer une conclusion donnée sur cette question, celle-ci doit être tranchée à l'encontre de la société 116 Inc. (*John Labatt*, à la page 300).

2) L'alinéa 30b) de la Loi

[65] Je conclus que les nouveaux éléments de preuve présentés par Metro en appel sont suffisants pour satisfaire à son fardeau de preuve initial. En gardant à l'esprit les observations formulées par le juge Rennie dans la décision *Bacardi* concernant les problèmes liés à un tel fardeau de preuve, je ne suis pas seulement convaincu que Metro a déployé des efforts importants pour accumuler les meilleurs éléments de preuve possibles, mais aussi que les nouveaux éléments de preuve qu'elle a produits peuvent raisonnablement mener à la conclusion selon laquelle, à la date pertinente, la société 116 Inc. n'avait pas employé la Marque.

[66] Le fardeau de la preuve incombe par conséquent à la société 116 Inc., qui doit démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'elle a employé la Marque à la date pertinente. Étant donné que la société

satisfied me that it has used the Mark since as early as August 2001, nor at any time since.

(3) Respondent's Allegations of Frivolous and Vexatious Application by the Opponent

[67] 116 Inc. alleges that Metro's opposition and subsequent appeal relating to the TM Application is frivolous and vexatious. In light of my above findings, this accusation is without merit.

[68] 116 Inc. also alleges a number of wrongdoings by Metro relating to 116 Inc.'s alleged rights in the trade-mark IRRESISTIBLES, including *inter alia* misappropriation of 116 Inc.'s Mark, creating reverse confusion, acting in bad faith, and misleading the Registrar, the T.M.O.B. and the Courts. Comparing itself to David (in the mythical story of David against Goliath), 116 Inc. argues that Metro (Goliath) has used its dominant market position to frustrate the legitimate senior trade-mark rights of 116 Inc.

[69] Beyond being baseless accusations, such matters are wholly extraneous to the present appeal from the T.M.O.B. Decision which relates to 116 Inc.'s right to register the Mark. Metro has opposed the registration of the Mark based on non-compliance with paragraph 30(b) of the Act, which is entirely irrelevant to any use of any trade-mark by Metro. If 116 Inc. claims rights to the Mark in association with "cookies and biscuits", then it should have filed evidence to substantiate its claim. It chose not to do so and must now accept the ensuing consequences.

116 Inc. n'a présenté aucun élément de preuve établissant l'emploi de la Marque, elle ne m'a pas convaincu qu'elle a employé la Marque depuis déjà au moins août 2001, ni à aucun autre moment par la suite.

3) Allégations de la défenderesse selon lesquelles la demande de l'opposante est frivole et vexatoire

[67] La société 116 Inc. allègue que l'opposition de Metro, et l'appel subséquent portant sur la Demande d'enregistrement de MC, est frivole et vexatoire. Compte tenu des conclusions que j'ai tirées précédemment, cette accusation est sans fondement.

[68] La société 116 Inc. allègue aussi que Metro a posé un certain de nombre d'actes répréhensibles relativement aux droits qu'elle aurait sur la marque de commerce IRRESISTIBLES, notamment en s'appropriant de façon illicite la Marque de la société 116 Inc., en créant de la confusion inverse, en agissant de mauvaise foi et en induisant en erreur le registraire, la C.O.M.C. et les tribunaux. En se comparant à David (dans le mythe de David contre Goliath), la société 116 Inc. soutient que Metro (Goliath) a utilisé sa position dominante sur le marché pour contrecarrer ses droits légitimes acquis en matière de marque de commerce.

[69] Au-delà du fait que ces accusations sont sans fondement, les questions soulevées sont totalement étrangères au présent appel interjeté à l'encontre de la décision de la C.O.M.C. qui porte sur le droit de la société 116 Inc. d'enregistrer la Marque. Metro s'est opposée à l'enregistrement de la Marque en raison du non-respect de l'alinéa 30b) de la Loi, ce qui n'a aucunement trait à un quelconque emploi de quelque marque que ce soit par Metro. Si la société 116 Inc. prétend avoir des droits sur la Marque en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux », elle aurait dû produire des éléments de preuve pour étayer sa prétention. Elle a choisi de ne pas le faire, et elle doit maintenant assumer les conséquences de son choix.

C. *Does the Court, in exercising the discretion vested in the Registrar of Trade-marks, have jurisdiction to issue a “split” decision pursuant to subsection 38(8) of the Act?*

(1) Background

[70] Despite the quasi-absence of written submissions on the matter, the issue of the jurisdiction of the Registrar to issue “split” decisions became a live issue between the parties at the hearing. A split decision in the context of an opposition is generally understood to result in an application being accepted for certain goods and/or services and refused for others (*SanDisk Corporation v. UC Mobile Co.*, 2016 TMOB 148 (*SanDisk*), at paragraph 58). On appeal before this Court, Metro argued that the TM Application should be refused only in so far as “cookies and biscuits” are concerned, citing the decision of *Produits Ménagers Coronet Inc. v. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH* (1986), 10 C.P.R. (3d) 482 (F.C.T.D.) (*Coronet*) as authority for the Registrar’s jurisdiction pursuant to subsection 38(8) of the Act to issue such a split decision. Conversely, 116 Inc. argued that the Registrar—and therefore the Court in exercising the Registrar’s discretion on appeal—has no such jurisdiction.

[71] The Court notes that it is particularly odd for a trade-mark applicant to argue, as 116 Inc. has, that “after considering the evidence and argument, the Registrar is under a positive obligation to do one of two mutually exclusive things: refuse the application in its entirety; or reject the opposition in its entirety”. This position is most-often argued by opponents because the logical conclusion flowing from such an argument is that if a ground of opposition is successful with regards to any good or service, the only decision the Registrar can issue is one in which the entire trade-mark application is refused. This was in fact the position argued by the opponent in *Coronet*. In the present matter, having concluded that paragraph 30(b) of the Act required 116 Inc.

C. *La Cour, en exerçant le pouvoir discrétionnaire dont le registraire des marques de commerce est investi, a-t-elle compétence pour rendre une décision « partagée » en application du paragraphe 38(8) de la Loi?*

1) Contexte

[70] En dépit d’une quasi-absence d’observations écrites sur l’affaire, la question de compétence du registraire pour rendre des décisions « partagées » devient une question litigieuse entre les parties à l’audience. Dans le contexte d’une opposition, une décision partagée est généralement considérée comme donnant lieu à une acceptation de la demande à l’égard de certains produits et/ou services et à un rejet à l’égard d’autres (*SanDisk Corporation c. UC Mobile Co.*, 2016 COMC 148 (*SanDisk*), au paragraphe 58). En appel devant la Cour, Metro a soutenu que la Demande d’enregistrement de MC devrait être rejetée seulement dans la mesure où les « biscuits et petits gâteaux » sont concernés, citant la décision *Produits Ménagers Coronet Inc. c. Coronet-Werke Heinrich Schlerf GmbH*, [1986] A.C.F. n° 468 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) (*Coronet*) comme faisant autorité en ce qui a trait à la compétence du registraire qui lui est conférée par le paragraphe 38(8) de la Loi pour rendre une telle décision partagée. À l’inverse, la société 116 Inc. a soutenu que le registraire, et par conséquent la Cour, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire dont le registraire est investi en appel, ne dispose pas d’une telle compétence.

[71] La Cour tient à souligner qu’il est particulièrement étrange qu’un requérant d’une marque de commerce soutienne, à l’instar de la société 116 Inc., qu’[TRADUCTION] « après avoir examiné les éléments de preuve et les arguments, le registraire a l’obligation concrète de faire l’une des deux choses qui s’excluent mutuellement : rejeter la demande dans son intégralité ou rejeter l’opposition dans son intégralité ». Cette thèse est le plus souvent invoquée par des opposants, parce qu’un tel argument donne lieu à la conclusion logique selon laquelle, si un motif d’opposition est couronné de succès à l’égard d’un produit ou d’un service, la seule décision que le registraire peut rendre est de rejeter entièrement la demande d’enregistrement de la marque de

to have used the mark in association with all of its specific goods, namely “cookies & biscuits”, the Court must decide if 116 Inc.’s entire TM Application should be refused. Strangely, it is Metro who argues that the Court should save part of 116 Inc.’s TM Application.

[72] The T.M.O.B. rejected the opposition in its entirety, and therefore did not need to consider whether it could issue a split decision. However, having concluded that 116 Inc. has failed to prove use of the Mark in association with cookies and biscuits, the Court must now determine whether it can refuse the TM Application in part or if it must refuse it in its entirety. The Federal Court being a statutory court without inherent jurisdiction, it must satisfy itself of its jurisdiction even if the issue hasn’t been raised or properly addressed by the parties (*Chavali v. Canada*, 2001 FCT 268, 34 Admin. L.R. (3d) 101, at paragraph 6, affd 2002 FCA 209, 291 N.R. 311; *Ratt v. Matchewan*, 2010 FC 160, at paragraph 96, *sub nom. Elders of Mitchikinabikok Inik (Algonquin of Barriere Lake) v. Algonquins of Barriere Lake Customary Council*, 2010 CarswellNat 2754 (WLNext Can); *Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. v. Rat Portage Band No. 38B*, 2008 FC 812, [2009] 2 F.C.R. 267, at paragraph 26). Consequently, the Court directed the parties to provide further and fuller written submissions on this specific issue.

## (2) Judicial comity

[73] Whether the Registrar has the jurisdiction to issue split decisions is a question of law that appears to have been answered by this Court in *Coronet*. The T.M.O.B. has consistently relied on this decision for over 30 years as authority to issue “split decisions” in over a hundred cases (see e.g. *Sky Solar*, at paragraph 70; *SanDisk*, at paragraphs 58–61; *Spin Master Ltd. v. George & Company, LLC*, 2015 TMOB 159, at paragraph 96).

commerce. C’est la thèse que l’opposante a soutenue dans la décision *Coronet*. En l’espèce, comme la Cour a conclu que, selon l’alinéa 30b) de la Loi, la société 116 Inc. devait avoir employé la marque en liaison avec tous ses produits spécifiques, à savoir les « biscuits et petits gâteaux », elle doit décider si la Demande d’enregistrement de MC de la société 116 Inc. doit être entièrement rejetée. Assez curieusement, c’est Metro qui soutient que la Cour devrait accueillir en partie la Demande d’enregistrement de MC de la société 116 Inc.

[72] La C.O.M.C. a rejeté l’opposition dans son intégralité, et n’avait donc pas besoin d’examiner la question de savoir si elle pouvait rendre une décision partagée. Toutefois, étant donné qu’elle a conclu que la société 116 Inc. n’a pas réussi à établir l’emploi de la Marque en liaison avec des « biscuits et petits gâteaux », la Cour doit maintenant trancher la question de savoir si elle peut rejeter la Demande d’enregistrement de MC en partie ou en totalité. La Cour fédérale étant un tribunal créé par la loi et n’ayant pas de compétence inhérente, elle est tenue elle-même d’examiner la question de sa compétence même si elle n’a pas été soulevée ni adéquatement posée par les parties (*Chavali c. Canada*, 2001 CFPI 268, au paragraphe 6, confirmée par 2002 CAF 209; *Ratt c. Matchewan*, 2010 CF 160, au paragraphe 96, *sub nom. Les Aînés de Mitchikinabikok Inik (Algonquins de Lac-Barrière) c. Le Conseil coutumier des Algonquins de Lac-Barrière*, 2010 CarswellNat 313 (WLNext Can); *Devil’s Gap Cottagers (1982) Ltd. c. Bande de Rat Portage No. 38B*, 2008 CF 812, [2009] 2 R.C.F. 267, au paragraphe 26). Par conséquent, la Cour a enjoint aux parties de fournir des observations écrites supplémentaires et plus complètes sur cette question précise.

## 2) Courtoisie judiciaire

[73] La question de savoir si le registraire a compétence pour rendre des décisions partagées est une question de droit à laquelle la Cour semble avoir répondu dans la décision *Coronet*. Pendant plus de 30 ans, la C.O.M.C. s’est, de manière constante, fondée sur cette décision à titre de décision faisant autorité pour rendre des « décisions partagées » dans plus de 100 affaires (voir, p. ex., *Sky Solar*, au paragraphe 70; *SanDisk*, aux

[74] As a matter of comity, it would appear that I should follow the *Coronet* decision. As Justice Mactavish rightly pointed out in *Haqi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2014 FC 1246, [2015] 3 F.C.R. 612, at paragraph 48:

Under principles of *stare decisis*, judges of one Court are not bound by decisions of members of their own Court. However, in accordance with the principle of judicial comity, judges should follow the decisions of their colleagues involving the interpretation of statutory provisions unless there is good reason to depart from a prior decision.

[75] As stated by the [Federal] Court of Appeal in *Apotex Inc. v. Allergan Inc.*, 2012 FCA 308, 105 C.P.R. (4th) 371, at paragraph 48:

.... the general view appears to be that the conclusions of law of a Federal Court judge will not be departed from by another judge unless he or she is convinced that the departure is necessary and can articulate cogent reasons for doing so. On this test, departures should be rare.

[76] However, I agree with 116 Inc. that no decision appears to have undertaken a textual, contextual, or purposive analysis of subsection 38(8) of the Act to determine whether it confers upon the Registrar the jurisdiction to issue split decisions. This, in my view, is a sufficient reason to revisit the question and to determine whether there is good reason to depart from the *Coronet* decision.

### (3) Analysis

[77] Whether subsection 38(8) of the Act permits the Registrar to issue split decisions is a question of statutory interpretation. The modern approach, as discussed above, requires that I examine the words of the Act in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme

paragraphs 58 à 61; *Spin Master Ltd. c. George & Company, LLC*, 2015 COMC 159, au paragraphe 96).

[74] Par courtoisie judiciaire, il semblerait que je doive suivre la décision *Coronet*. Comme la juge Mactavish l'a souligné à juste titre dans la décision *Haqi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2014 CF 1246, [2015] 3 R.C.F. 612, au paragraphe 48 :

Selon le principe de l'autorité de la chose jugée, les juges d'une cour de justice ne sont pas liés par les décisions des membres de cette même cour de justice. Toutefois, selon le principe de la courtoisie judiciaire, les juges doivent se conformer aux décisions de leurs collègues portant sur l'interprétation de dispositions législatives, sauf s'il existe une bonne raison de s'écarter d'une décision antérieure.

[75] Comme l'a souligné la Cour d'appel [fédérale] dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308, au paragraphe 48 :

[...] en général, un juge ne doit pas écarter les conclusions de droit tirées par un autre juge de la Cour fédérale, à moins d'être convaincu qu'il est nécessaire de le faire et de pouvoir faire état de motifs convaincants à l'appui. Si ce critère est appliqué, les divergences entre les décisions devraient être rares.

[76] Toutefois, je souscris à l'argument de la société 116 Inc. selon lequel on ne semble avoir jamais effectué dans une décision une analyse textuelle, contextuelle ou téléologique du paragraphe 38(8) de la Loi pour trancher la question de savoir s'il confère au registraire la compétence pour rendre des décisions partagées. Cet argument, à mon avis, constitue un motif suffisant pour justifier que l'on réexamine la question et que l'on décide s'il existe une bonne raison de s'écarter de la décision *Coronet*.

### 3) Analyse

[77] La question de savoir si le paragraphe 38(8) de la Loi autorise le registraire à rendre des décisions partagées est une question d'interprétation législative. La méthode moderne, comme nous l'avons vu précédemment, exige que j'examine les termes de la Loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et

of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

(a) *The wording of subsection 38(8) is ambiguous*

[78] Subsection 38(8) of the Act reads with my emphasis, as follows:

**38 ...**

**Decision**

(8) After considering the evidence and representations of the opponent and the applicant, the Registrar shall refuse the application or reject the opposition and notify the parties of the decision and the reasons for the decision. [Emphasis added.]

[79] 116 Inc. argues that after considering the matter pursuant to subsection 38(8) of the Act, “the Registrar is under a positive obligation to do one of two mutually exclusive things: refuse the application in its entirety, or reject the opposition in its entirety” (emphasis added). This submission demonstrates that for the provision to be unambiguous, as argued by 116 Inc., additional words implying the “entirety” of the result are required. These words are not in the provision, just as the phrase “in part” is similarly not included to explicitly authorize the Registrar to render a decision that only partially refuses the application.

(b) *The context of the Act is not particularly helpful*

[80] 116 Inc. submits that the Act contains express provisions permitting the Registrar to issue split decisions in other contexts (citing sections 45 and 48 of the Act). For example, section 45 of the Act specifically allows for registrations to be expunged or to be amended. However, given that section 45 expungements occurred after registration of a mark, this section is not truly helpful in interpreting subsection 38(8). The same can be said of section 48. The context of the Act is therefore not particularly useful and is superseded by the prevailing object of the Act, which is to attain a balance

grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la Loi, l’objet de la Loi et l’intention du législateur.

a) *Le libellé du paragraphe 38(8) est ambigu*

[78] Le paragraphe 38(8) de la Loi, dont certains passages sont soulignés, est ainsi libellé :

**38 [...]**

**Décision**

(8) Après avoir examiné la preuve et les observations des parties, le registraire repousse la demande ou rejette l’opposition et notifie aux parties sa décision ainsi que ses motifs. [Non souligné dans l’original.]

[79] Selon la société 116 Inc., après avoir examiné la question selon le paragraphe 38(8) de la Loi, [TRADUCTION] « le registraire a l’obligation concrète de faire l’une des deux choses qui s’excluent mutuellement : refouler la demande dans son intégralité ou rejeter l’opposition dans son intégralité » (non souligné dans l’original). Cet argument démontre que, pour que la disposition ne soit pas ambiguë, comme l’a fait valoir la société 116 Inc., il faut des termes supplémentaires qui laissent entendre que l’« intégralité » du résultat est exigée. Ces termes ne se trouvent pas dans la disposition, tout comme les termes « en partie » n’y figurent pas non plus pour autoriser expressément le registraire à rendre une décision qui ne refoule que partiellement la demande.

b) *Le contexte de la Loi n’est pas particulièrement utile*

[80] La société 116 Inc. soutient que la Loi renferme des dispositions expresses qui autorisent le registraire à rendre des décisions partagées dans d’autres contextes (elle cite les articles 45 et 48 de la Loi). Par exemple, l’article 45 de la Loi autorise expressément la radiation ou la modification des enregistrements. Toutefois, compte tenu du fait que les radiations fondées sur l’article 45 ont lieu après l’enregistrement d’une marque, cette disposition n’est pas vraiment utile pour interpréter le paragraphe 38(8). On peut en dire autant de l’article 48. Le contexte de la Loi n’est pas par conséquent

between free competition and fair competition, as discussed below.

(c) *One of the objects of the Act is the balance between free competition and fair competition*

[81] The predecessor statute to the current *Trade-marks Act* was the *Unfair Competition Act*, R.S.C. 1952, c. 274, whose purpose was “to bring some semblance of order in the market-place and to codify or structure in statute form the rights, duties and privileges of intellectual property owners at common law. Its whole thrust is to promote and regulate the lawful use of the trade marks” (*McCabe v. Yamamoto & Co (America) Inc.*, [1989] 3 F.C. 290 (T.D.), at page 298 [1989 CarswellNat 500 (WLNext Can), at paragraph 29]).

[82] Though the current Act does not have an object clause, it can reasonably be said that the Act is to be interpreted as continuing the policy and purpose of its predecessor (*McCabe v. Yamamoto & Co (America) Inc.*, at paragraph 29). This is in accordance with the Supreme Court of Canada’s decision *Mattel Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, at paragraph 21, where the Court stated that “[t]rade-mark law rests on principles of fair dealing. It is sometimes said to hold the balance between free competition and fair competition” (emphasis added).

[83] The jurisdiction to issue split decisions allows the Registrar to maintain a proper balance between free competition and fair competition. The rejection of an opposition in its entirety, regardless of whether the objection was justified for some of the goods or services, would be unfair to the opponent. Conversely, the refusal of the application, regardless of whether some goods or services associated with the trade-mark should be registrable, would be unfair to the applicant. In either scenario, the public interest is not well served seeing as

particulièrement utile et il est évincé par l’objet actuel de la Loi, qui est de parvenir à un équilibre entre la libre concurrence et la juste concurrence, comme nous le verrons dans les lignes qui suivent.

c) *La Loi a notamment pour objectif d’assurer l’équilibre entre la libre concurrence et la juste concurrence*

[81] *La Loi sur la concurrence déloyale*, S.R.C. 1952, ch. 274, qui a précédé la *Loi sur les marques de commerce* actuelle, avait pour but d’« assurer un certain ordre dans le commerce et consacrer ou organiser, par voie législative, les droits, obligations et privilèges que connaissaient en common law les détenteurs de propriété intellectuelle. Cette Loi a pour objet de promouvoir et de réglementer l’utilisation licite des marques de commerce » (*McCabe c. Yamamoto & Co (America) Inc.*, [1989] 3 C.F. 290 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 298 [1989 CarswellNat 639 (WLNext Can), au paragraphe 29]).

[82] Bien que la Loi actuelle ne comporte pas de clause qui définit l’objet, l’on peut raisonnablement dire que la Loi doit être interprétée comme ayant pour objet de continuer la politique et le but poursuivis par celle qui la précède (*McCabe c. Yamamoto & Co (America) Inc.*, au paragraphe 29). Ce raisonnement correspond à celui de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mattel Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, au paragraphe 21, où elle a fait observer que « [l]e droit des marques de commerce repose sur les principes de l’équité dans les activités commerciales. On dit parfois qu’il sert à maintenir l’équilibre entre la libre concurrence et la juste concurrence » (non souligné dans l’original).

[83] Grâce à la compétence pour rendre des décisions partagées, le registraire peut maintenir un équilibre approprié entre la libre concurrence et la juste concurrence. Le rejet d’une opposition dans son intégralité, sans égard à la question de savoir si l’objection était justifiée pour certains produits ou services, serait injuste à l’égard de l’opposant. À l’inverse, le refoulement de la demande, sans égard à la question de savoir si certains produits ou services liés à la marque de commerce devraient être enregistrables, serait injuste à l’égard du

the former promotes unfair competition, and the latter stifles free competition.

[84] The object of the Act therefore favours an interpretation of subsection 38(8) of the Act which allows the Registrar or the Court to issue split decisions. Only through such an interpretation can the proper balance between free competition and fair competition be attained.

(d) *The Bill C-31 amendments are not indicative of Parliament's intent*

[85] Parliament has adopted amendments to the Act through Bill C-31 [*Economic Action Plan 2014 Act, No. 1*, S.C. 2014, c. 20] which are not yet in force. Notably, subsection 38(8) of the Act will be replaced by the proposed subsection 38(12), which reads as follows:

**38 ...**

**Decision**

(12) After considering the evidence and representations of the opponent and the applicant, the Registrar shall refuse the application, reject the opposition, or refuse the application with respect to one or more of the goods or services specified in it and reject the opposition with respect to the others. He or she shall notify the parties of the decision and the reasons for it. [Emphasis added.]

[86] 116 Inc. argues that proposed subsection 38(12) suggests that Parliament intended to provide a power to the Registrar which it does not have—i.e. the jurisdiction to issue split decisions. Conversely, Metro argues that in adopting subsection 38(12), Parliament intended to confirm the jurisdiction to issue split decisions, thereby affirming the *status quo* of more than 30 years of issuing split decisions in over a hundred cases. In the Court's view, the Bill C-31 amendments to the Act which are not yet in force neither support the position that the Registrar currently has jurisdiction to issue a "split decision" nor that it does. This *post hoc* reasoning is useless unless substantiated by further evidence of

requérant. L'un ou l'autre cas de figure ne répond pas adéquatement à l'intérêt public, étant donné que le premier favorise une concurrence déloyale et que le dernier entrave la libre concurrence.

[84] L'objet de la Loi milite donc en faveur d'une interprétation du paragraphe 38(8) de la Loi qui permet au registraire ou à la Cour de rendre des décisions partagées. L'équilibre approprié entre la libre concurrence et la juste concurrence ne peut être atteint que grâce à une telle interprétation.

d) *Les modifications apportées par le projet de loi C-31 n'indiquent pas l'intention du législateur*

[85] Le législateur a adopté des modifications apportées à la Loi au moyen du projet de loi C-31 [*Loi n° 1 sur le plan d'action économique de 2014*, L.C. 2014, ch. 20] qui ne sont pas encore en vigueur. Le paragraphe 38(8) de la Loi sera notamment remplacé par le paragraphe 38(12) proposé, qui est ainsi libellé :

**38 [...]**

**Décision**

(12) Après avoir examiné la preuve et les observations des parties, le registraire rejette la demande, rejette l'opposition ou rejette la demande à l'égard de l'un ou plusieurs des produits ou services spécifiés dans celle-ci et rejette l'opposition à l'égard des autres. Il notifie aux parties sa décision motivée. [Non souligné dans l'original.]

[86] La société 116 Inc. soutient que le paragraphe 38(12) proposé donne à penser que le législateur a voulu accorder au registraire un pouvoir qu'il n'a pas, c'est-à-dire la compétence pour rendre des décisions partagées. À l'inverse, Metro avance que le législateur, en adoptant le paragraphe 38(12), a voulu confirmer la compétence pour rendre une décision partagée, et a confirmé ainsi le *statu quo* quant aux décisions partagées qui ont été rendues pendant plus de 30 ans dans plus de 100 affaires. La Cour estime que les modifications apportées à la Loi par le projet de loi C-31, qui ne sont pas encore en vigueur, n'appuient ni la thèse selon laquelle le registraire a actuellement compétence

Parliament's intent in adopting the changes in the text of the Act. No such evidence was provided by the parties, and the Court is satisfied that, had such evidence been available, it would have been provided.

(e) *Policy reasons support the Registrar's jurisdiction to issue split decisions*

[87] There are compelling policy reasons supporting the Registrar's jurisdiction to issue split decisions. First, it is an unreasonable and unfair outcome that a partially successful opposition results in a complete refusal of the entire application. Second, split decisions prevent the perverse effect of encouraging inefficient practices.

(i) It is unreasonable and unfair for a partially successful opposition to result in a complete refusal of the entire application

[88] The relevant wording of subsection 38(8) reads that the "Registrar shall refuse the application or reject the opposition" (emphasis added). 116 Inc. argues that to refuse the application or reject the opposition constitutes two mutually exclusive outcomes, with which there is no disagreement, but that either must be done in their "entirety", which is an unreasonable and unfair interpretation of the provision.

[89] The wording of subsection 38(8) of the Act provides for what is described as an "either/or" outcome. By this is meant that choosing one option, eliminates the other; like the soup or salad choice on a restaurant menu. The concept behind a reasonable either/or option is that the outcomes are judged to be equivalent. The soup option is intended to replace the salad option on the restaurant menu as reasonably providing equal value for the customer's money, where the decision relates to choosing appealing food to eat.

pour rendre une « décision partagée » ni celle selon laquelle il l'avait. Ce raisonnement *post hoc* n'est utile que s'il est étayé par d'autres éléments de preuve quant à l'intention du législateur lorsqu'il a adopté les modifications apportées au texte de la Loi. Les parties n'ont pas apporté une telle preuve, et la Cour est convaincue qu'elle aurait été produite si elle existait.

e) *Des raisons de principe appuient la thèse de la compétence du registraire pour rendre des décisions partagées*

[87] Il existe des raisons de principe impérieuses qui appuient la thèse de la compétence du registraire pour rendre des décisions partagées. Premièrement, il est déraisonnable et inéquitable qu'une opposition ayant été partiellement accueillie donne lieu à un refoulement total de l'ensemble de la demande. Deuxièmement, les décisions partagées permettent d'éviter l'effet pervers qui consiste à encourager des pratiques inefficaces.

(i) Il est déraisonnable et inéquitable qu'une opposition ayant été partiellement admise donne lieu à un refoulement total de l'ensemble de la demande

[88] Le libellé pertinent du paragraphe 38(8) indique que le « registraire repousse la demande ou rejette l'opposition » [je souligne]. 116 Inc. soutient que de refuser la demande ou de rejeter l'opposition représente deux résultats mutuellement exclusifs, avec lesquels il n'y a pas de désaccord, mais que l'un ou l'autre doit être fait dans son « entièreté », ce qui est une interprétation déraisonnable et injuste de la disposition.

[89] Le libellé de l'alinéa 38(8) prévoit que le registraire soit repousse la demande, soit rejette l'opposition. En d'autres termes, deux résultats possibles s'offrent au registraire face à cette situation. Ces deux résultats s'excluent mutuellement et chacun a la même teneur que l'autre. Ils sont équivalents.

[90] The termination of the application that results from a decision that only extends to accepting or rejecting the opposition proceeding is an outcome that is not logically or reasonably connected to the decision. The argument is like saying that the choice of a glass of water provides the same value as that of a bowl of soup on food choice. There exists no rational connection between the decision on the trademark opposition relating to specific wares and its effect on wares not relevant to the decision. The either/or choice makes no sense if read literally as 116 Inc. argues. Taking into considerations the objectives of the Act, subsection 38(8) must be interpreted to allow split decisions; any other conclusion would be unreasonable and unfair to the applicant.

- (ii) Split decisions prevent the perverse effect of encouraging inefficient practices thereby upholding one of the purposes of the Act

[91] The lack of logical connection between the decision and the extent of the prejudice that flows from striking the application by literally applying subsection 38(8) to “refuse the application”, results in unfairness to the applicant. As a matter of policy, and bearing in mind the object of the Act, subsection 38(8) should not be interpreted by not providing for the issuance of split decisions. To conclude otherwise would be unreasonable and unfair to the applicant.

[92] It can be presumed that Parliament intended the trade-mark registration process to be as efficient as possible. I agree with Metro that refusing to recognize the Registrar’s jurisdiction to issue split decisions would have the perverse effect of encouraging inefficient practices.

[93] If the application is refused, trade-mark applicants would again have to go through the entire trade-mark application process with a trade-mark application featuring a narrower statement of goods and services.

[90] La résiliation de la demande résultant d’une décision qui s’étend seulement à accepter ou rejeter la procédure d’opposition est un résultat qui n’est pas logiquement ni raisonnablement lié à la décision. Cet argument revient à dire que le choix d’un verre d’eau apporte la même valeur que celui d’un bol de soupe dans le choix de nourriture. Il n’existe aucune connexion rationnelle entre la décision d’opposition de la marque déposée concernant des marchandises spécifiques et son effet sur les marchandises non pertinentes à la décision. Le choix « soit/ou » n’a aucun sens s’il est lu littéralement tel que 116 Inc. soutient. Compte tenu de l’objet de la Loi, comme cela est énoncé ci-dessus, le paragraphe 38(8) devrait être interprété comme permettant que des décisions partagées puissent être rendues. Une conclusion contraire serait déraisonnable et inéquitable à l’égard du requérant.

- (ii) Les décisions partagées permettent d’éviter l’effet pervers qui consiste à encourager des pratiques inefficaces et répudent ainsi à un des objectifs de la Loi

[91] Le manque de connexion logique entre la décision et l’ampleur du préjudice qui découle du fait de rayer la demande en appliquant littéralement le paragraphe 38(8) pour « repousse[r] la demande » mène à une injustice pour le demandeur. En ce qui concerne la politique, et en gardant à l’esprit l’objet de la loi, le paragraphe 38(8) ne devrait pas être interprété en ne prévoyant pas l’émission de décisions partagées. En conclure autrement serait déraisonnable et injuste pour le demandeur.

[92] On peut présumer que le législateur voulait que le processus d’enregistrement des marques de commerce soit le plus efficient possible. Je conviens avec Metro que le refus de reconnaître au registraire la compétence pour rendre des décisions partagées aurait pour l’effet pervers d’encourager des pratiques inefficaces.

[93] Si la demande d’enregistrement d’une marque de commerce est refoulée, les requérants devraient reprendre tout le processus, et la demande d’enregistrement d’une marque de commerce comporterait un état déclaratif des

Eventually, not permitting split decisions would likely impel trademark applicants to file several trade-mark applications instead of a single one to avoid the risk that an entire trade-mark application would be refused due to the applied-for mark being unregistrable with respect to a single good or service listed in the application. This would result in higher costs for both trade-mark applicants and the Trade-marks Office, as it would multiply the number of trade-mark applications and opposition proceedings, in addition to forcing the applicant to incur unnecessary delay and costs.

(f) *Coronet was correctly decided and is not distinguishable*

[94] As an alternative argument, 116 Inc. submits that *Coronet* is distinguishable from the present matter on the basis that the grounds of opposition were different and did not include a section 30 ground of opposition. 116 Inc.'s distinction between the present matter and the one in *Coronet* suggests that split decisions are *intra vires* of the Registrar only in respect of certain grounds of opposition. I disagree. Subsection 38(8) of the Act makes no such distinction and applies to all oppositions, regardless of the ground of opposition raised.

[95] The object of the Act as well as the policy considerations discussed above are relevant to all opposition proceedings, regardless of the ground of opposition alleged. To refuse to acknowledge the Registrar's jurisdiction to issue a split decision would in all such cases be unreasonable, and result in an unfair outcome for the applicant.

[96] Such considerations were undoubtedly the underlying reasons at the core of Mr. Justice Teitelbaum's conclusion in *Coronet* that the Registrar has jurisdiction

produits ou services plus restreint. Finalement, si les décisions partagées n'étaient pas autorisées, les requérants d'enregistrement de marque de commerce seraient vraisemblablement amenés à produire plusieurs demandes d'enregistrement de marque de commerce au lieu d'une seule; ils éviteraient ainsi le risque qu'une demande entière ne soit refoulée en raison du fait que la marque visée par la demande ne serait pas enregistrable à l'égard d'un seul produit ou service figurant dans la demande. Il en résulterait des coûts plus élevés pour les requérants d'enregistrement de marque de commerce et pour le Bureau des marques de commerce, étant donné qu'il y aurait une multiplication du nombre de procédures de demandes et d'oppositions en matière de marque de commerce, en plus des retards et des frais inutiles que les requérants seraient obligés de subir.

f) *La décision Coronet était bien fondée et ne peut pas faire l'objet d'une distinction*

[94] À titre d'argument subsidiaire, la société 116 Inc. soutient qu'il est possible d'établir une distinction entre la décision *Coronet* et l'espèce, compte tenu du fait que les motifs d'opposition étaient différents et qu'ils ne comprenaient pas un motif d'opposition fondé sur l'article 30. La distinction que la société 116 Inc. établit entre l'espèce et la décision *Coronet* donne à penser que les décisions partagées ne relèvent de la compétence du registraire qu'en ce qui a trait à certains motifs d'opposition. Je ne puis souscrire à cet argument. Le paragraphe 38(8) de la Loi n'établit pas une telle distinction et s'applique à toutes les oppositions, sans égard au motif d'opposition soulevé.

[95] L'objet de la Loi ainsi que les considérations de principe dont il est question ci-dessus sont pertinents quant à toutes les procédures d'opposition, peu importe le motif d'opposition allégué. Le refus de reconnaître la compétence du registraire pour rendre des décisions partagées serait dans tous ces cas déraisonnable, et donnerait lieu à une issue inéquitable à l'égard du requérant.

[96] Les considérations susmentionnées étaient indéniablement les motifs sous-jacents qui étaient au cœur de la conclusion tirée par le juge Teitelbaum dans la

to issue split decisions. Accordingly, I conclude that *Coronet* was correctly decided.

(4) Conclusion

[97] On the basis of the aforementioned reasoning, I am in agreement with the decision of *Coronet* that the Registrar has the jurisdiction to issue split decisions pursuant to subsection 38(8) of the Act.

IX. Conclusion

[98] In light of all of the above, the appeal is allowed with costs.

JUDGMENT FOR T-416-16

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The appeal is allowed.
2. The Decision of the Trade-marks Opposition Board is quashed.
3. Trade-mark application No. 1333541 is returned to the Trade-marks Office for further processing with the wares restricted to the following:

(1) candy and snacks, namely candy bars, chocolate bars, all sugar confectionary, peanut brittle, caramel bars, all gummi confectionary, chocolate confectionary, chocolate mints, assorted chocolate boxes, and marshmallow derivative candy.

4. The applicant is entitled to costs to be paid by the respondent.

APPENDIX

The following sections of the *Trade-marks Act* are applicable.

décision *Coronet*, à savoir que le registraire a compétence pour rendre des décisions partagées. Par conséquent, je conclus que la décision *Coronet* était bien fondée.

4) Conclusion

[97] Pour les motifs exposés ci-dessus, je souscris à la décision *Coronet* selon laquelle le registraire a compétence pour rendre des décisions partagées en application du paragraphe 38(8) de la Loi.

IX. Conclusion

[98] Compte tenu de ce qui précède, l'appel est accueilli, avec dépens.

JUGEMENT POUR T-416-16

LA COUR STATUE que :

1. L'appel est accueilli.
2. La décision de la Commission des oppositions des marques de commerce est annulée.
3. La demande n° 1333541 est renvoyée au Bureau des marques de commerce pour qu'il l'examine de nouveau, étant entendu que la demande porte uniquement sur les produits et services suivants :

[TRADUCTION] (1) bonbons et collations, nommément barres de friandises, tablettes de chocolat, confiseries au sucre, nougatines dures aux arachides, barres au caramel, confiseries gélifiées, confiseries de chocolat, menthes au chocolat, boîtes de chocolats assortis et bonbons en dérivé de guimauve .

4. La demanderesse a droit aux dépens qui devront être payés par la défenderesse.

ANNEXE

Les dispositions suivantes de la *Loi sur les marques de commerce* sont applicables.

**Contents of application**

**30** An applicant for the registration of a trade-mark shall file with the Registrar an application containing

...

(b) in the case of a trade-mark that has been used in Canada, the date from which the applicant or his named predecessors in title, if any, have so used the trade-mark in association with each of the general classes of goods or services described in the application;

(c) in the case of a trade-mark that has not been used in Canada but is made known in Canada, the name of a country of the Union in which it has been used by the applicant or his named predecessors in title, if any, and the date from and the manner in which the applicant or named predecessors in title have made it known in Canada in association with each of the general classes of goods or services described in the application;

(d) in the case of a trade-mark that is the subject in or for another country of the Union of a registration or an application for registration by the applicant or the applicant's named predecessor in title on which the applicant bases the applicant's right to registration, particulars of the application or registration and, if the trade-mark has neither been used in Canada nor made known in Canada, the name of a country in which the trade-mark has been used by the applicant or the applicant's named predecessor in title, if any, in association with each of the general classes of goods or services described in the application;

(e) in the case of a proposed trade-mark, a statement that the applicant, by itself or through a licensee, or by itself and through a licensee, intends to use the trade-mark in Canada;

...

**Statement of opposition**

**38 (1)** Within two months after the advertisement of an application for the registration of a trade-mark, any person may, on payment of the prescribed fee, file a statement of opposition with the Registrar.

**Contenu d'une demande**

**30** Quiconque sollicite l'enregistrement d'une marque de commerce produit au bureau du registraire une demande renfermant :

[...]

b) dans le cas d'une marque de commerce qui a été employée au Canada, la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, ont ainsi employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande;

c) dans le cas d'une marque de commerce qui n'a pas été employée au Canada mais qui est révélée au Canada, le nom d'un pays de l'Union dans lequel elle a été employée par le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, et la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs l'ont fait connaître au Canada en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande, ainsi que la manière dont ils l'ont révélée;

d) dans le cas d'une marque de commerce qui est, dans un autre pays de l'Union, ou pour un autre pays de l'Union, l'objet, de la part du requérant ou de son prédécesseur en titre désigné, d'un enregistrement ou d'une demande d'enregistrement sur quoi le requérant fonde son droit à l'enregistrement, les détails de cette demande ou de cet enregistrement et, si la marque n'a été ni employée ni révélée au Canada, le nom d'un pays où le requérant ou son prédécesseur en titre désigné, le cas échéant, l'a employée en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande;

e) dans le cas d'une marque de commerce projetée, une déclaration portant que le requérant a l'intention de l'employer, au Canada, lui-même ou par l'entremise d'un licencié, ou lui-même et par l'entremise d'un licencié;

[...]

**Déclaration d'opposition**

**38 (1)** Toute personne peut, dans le délai de deux mois à compter de l'annonce de la demande, et sur paiement du droit prescrit, produire au bureau du registraire une déclaration d'opposition.

**Grounds**

(2) A statement of opposition may be based on any of the following grounds:

- (a) that the application does not conform to the requirements of section 30;
- (b) that the trade-mark is not registrable;
- (c) that the applicant is not the person entitled to registration of the trade-mark; or
- (d) that the trade-mark is not distinctive.

...

**Decision**

(8) After considering the evidence and representations of the opponent and the applicant, the Registrar shall refuse the application or reject the opposition and notify the parties of the decision and the reasons for the decision.

...

**Registrar may request evidence of user**

45 (1) The Registrar may at any time and, at the written request made after three years from the date of the registration of a trade-mark by any person who pays the prescribed fee shall, unless the Registrar sees good reason to the contrary, give notice to the registered owner of the trade-mark requiring the registered owner to furnish within three months an affidavit or a statutory declaration showing, with respect to each of the goods or services specified in the registration, whether the trade-mark was in use in Canada at any time during the three year period immediately preceding the date of the notice and, if not, the date when it was last so in use and the reason for the absence of such use since that date.

...

**Effect of non-use**

(3) Where, by reason of the evidence furnished to the Registrar or the failure to furnish any evidence, it appears to the Registrar that a trade-mark, either with respect to all of the goods or services specified in the registration or with respect to any of those goods or services, was not used in Canada at any time during the three year period immediately preceding the date of the notice and that the

**Motifs**

(2) Cette opposition peut être fondée sur l'un des motifs suivants :

- a) la demande ne satisfait pas aux exigences de l'article 30;
- b) la marque de commerce n'est pas enregistrable;
- c) le requérant n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement;
- d) la marque de commerce n'est pas distinctive.

[...]

**Décision**

(8) Après avoir examiné la preuve et les observations des parties, le registraire repousse la demande ou rejette l'opposition et notifie aux parties sa décision ainsi que ses motifs.

[...]

**Le registraire peut exiger une preuve d'emploi**

45 (1) Le registraire peut, et doit sur demande écrite présentée après trois années à compter de la date de l'enregistrement d'une marque de commerce, par une personne qui verse les droits prescrits, à moins qu'il ne voie une raison valable à l'effet contraire, donner au propriétaire inscrit un avis lui enjoignant de fournir, dans les trois mois, un affidavit ou une déclaration solennelle indiquant, à l'égard de chacun des produits ou de chacun des services que spécifie l'enregistrement, si la marque de commerce a été employée au Canada à un moment quelconque au cours des trois ans précédant la date de l'avis et, dans la négative, la date où elle a été ainsi employée en dernier lieu et la raison de son défaut d'emploi depuis cette date.

[...]

**Effet du non-usage**

(3) Lorsqu'il apparaît au registraire, en raison de la preuve qui lui est fournie ou du défaut de fournir une telle preuve, que la marque de commerce, soit à l'égard de la totalité des produits ou services spécifiés dans l'enregistrement, soit à l'égard de l'un de ces produits ou de l'un de ces services, n'a été employée au Canada à aucun moment au cours des trois ans précédant la date de l'avis

absence of use has not been due to special circumstances that excuse the absence of use, the registration of the trade-mark is liable to be expunged or amended accordingly.

#### Notice to owner

(4) When the Registrar reaches a decision whether or not the registration of a trade-mark ought to be expunged or amended, he shall give notice of his decision with the reasons therefor to the registered owner of the trade-mark and to the person at whose request the notice referred to in subsection (1) was given.

The following sections of the *Trade-marks Examination Manual* are relevant:

#### II.5.4.2 — Context of the Goods and Services

In some cases, the context of a statement of goods or services may serve to specify an otherwise unacceptable statement of goods or services. Goods or services may be acceptable when they are understood as being sufficiently specific in the context of the entire statement of goods or services.

For example, “cases” alone are not acceptable as they could include any type of “cases” from camera cases to pillowcases. However, in an application for “cameras, tripods, and cases”, the goods “cases” would be acceptable as it is clear from the context that the “cases” would be restricted to camera cases. Similarly “delivery” services alone is not acceptable as the service could include any type of delivery from flower delivery to furniture delivery. However, an application for “restaurant services” including the service “delivery” would be acceptable as the service would be understood to mean food delivery.

**Note:** Goods or services which are separated by semicolons (;) are generally considered to stand on their own and therefore must meet the requirements of paragraph 30(a) of the Trade-marks Act without regard to the other listed goods or services.

...

et que le défaut d'emploi n'a pas été attribuable à des circonstances spéciales qui le justifient, l'enregistrement de cette marque de commerce est susceptible de radiation ou de modification en conséquence.

#### Avis au propriétaire

(4) Lorsque le registraire décide ou non de radier ou de modifier l'enregistrement de la marque de commerce, il notifie sa décision, avec les motifs pertinents, au propriétaire inscrit de la marque de commerce et à la personne à la demande de qui l'avis visé au paragraphe (1) a été donné.

Les dispositions suivantes du *Manuel d'examen des marques de commerce* sont pertinentes :

#### II.5.4.2 Contexte des produits et services

Dans certains cas, le contexte de l'énoncé des produits et services peut servir à préciser une description qui autrement serait inacceptable. En effet, les produits ou les services peuvent être acceptables lorsque le contexte de l'énoncé est suffisamment précis.

Par exemple, « étuis » seul n'est pas acceptable, car il peut s'appliquer à n'importe quel type d'étui, des étuis d'appareils photo aux étuis à lunettes. Cependant, si la demande porte sur les « appareils photo, trépieds et étuis », le terme « étuis » est acceptable, car il est évident d'après le contexte qu'il s'agit d'étuis d'appareils photo.

De même, le service « livraison » seul ne serait pas acceptable, car il pourrait s'agir de n'importe quel type de services de livraison, de la livraison de fleurs à la livraison de meubles.

Cependant, une demande portant sur des « services de restaurant » qui inclurait le terme « livraison » serait acceptable, car il est évident d'après le contexte qu'il s'agit de livraison de nourriture.

**Remarque :** Les produits ou les services qui sont séparés par un point-virgule (;) sont généralement considérés comme des services distincts les uns des autres et doivent rencontrer les exigences de l'alinéa 30a) de la Loi sur les marques de commerce sans égard aux autres produits ou services listés.

[...]

### II.7.1 Applications Based on Use in Canada — Subsection 16(1) and Paragraph 30(b)

Paragraph 30(b) of the Trade-marks Act provides that an application for registration of a trademark that has been used in Canada must contain the date from which the applicant or his named predecessors in title, if any, have used the trademark in association with each of the general classes of goods or services described in the application.

#### II.7.1.1 Naming the Date of First Use

It is not acceptable for the applicant to use an expression such as “on or about” to identify dates of first use since this is not precise enough. Acceptable alternatives are “since,” “since before”, “since at least”, “since as early as” and “since at least as early as”.

The date of first use can be stated as just the year of first use, just the month and year of first use, or the day, month and year of first use. However, in all cases the date of first use cannot be subsequent to the filing date of the application.

**Note:** When only the month and year are named, the last day of the month will be regarded as the effective date. When only the year is named, December 31st of that year will be the determining date. See also the practice notice entitled Notice – Specific Date of First Use.

### II.7.1 Demandes d’enregistrement fondées sur l’emploi d’une marque de commerce au Canada — Paragraphe 16(1), alinéa 30b)

L’alinéa 30b) de la Loi sur les marques de commerce dispose qu’une demande d’enregistrement visant une marque de commerce qui a été employée au Canada doit renfermer la date à compter de laquelle le requérant ou ses prédécesseurs en titre désignés, le cas échéant, ont employé la marque de commerce en liaison avec chacune des catégories générales de produits ou services décrites dans la demande.

#### II.7.1.1 Déclaration concernant la date de premier emploi de la marque

Le requérant ne peut utiliser une expression comme « le ou vers le » une certaine date pour définir les dates de premier emploi, étant donné que ce ne sont pas des données suffisamment précises. Les autres solutions acceptables sont : « depuis », « depuis avant », « depuis au moins », « depuis déjà », et « depuis déjà au moins ».

La date de premier emploi peut tout simplement être l’année de premier emploi, le mois et l’année de premier emploi ou le jour, le mois et l’année de premier emploi. Cependant, dans tous les cas, la date de premier emploi ne peut être postérieure à la date de production de la demande.

**Remarque :** Lorsque seuls le mois et l’année sont indiqués, le dernier jour du mois sera considéré comme la date de premier emploi. Lorsque seule l’année est indiquée, le 31 décembre de cette année sera considéré comme la date déterminante. Voir l’énoncé de pratique intitulé Avis — Date spécifique de premier emploi.

A-394-15  
2017 FCA 132

A-394-15  
2017 CAF 132

**Alexander Vavilov** (*Appellant*)

**Alexander Vavilov** (*appelant*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: VAVILOV v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ: VAVILOV c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Gleason J.J.A.—Toronto, April 4, 2016; Ottawa, June 21, 2017.

Cour d'appel fédérale, les juges Stratas, Webb et Gleason, J.C.A.—Toronto, 4 avril 2016; Ottawa, 21 juin 2017.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court judgment dismissing appellant's application for judicial review of decision of Registrar of Citizenship invoking Citizenship Act, s. 3(2)(a), cancelling appellant's citizenship under Citizenship Regulations, s. 26(3) — Appellant born in Canada, thus assumed he was Canadian citizen — Not aware parents were espionage agents for Russia under assumed names — Registrar finding that appellant not Canadian citizen since parents thereof not citizens or permanent residents at time of his birth but rather "employees of a foreign government" within meaning of Act, s. 3(2)(a) — Federal Court agreeing with Registrar's interpretation — Central issue herein (finding appellant's parents "employees of a foreign government") involving interpretation, application of Act, s. 3(2)(a) — Whether Federal Court properly choosing, applying standard of review also a tissue — Per Stratas J.A. (Webb J.A. concurring): While Federal Court finding that standard of review in present case correctness, bound by decisions of Supreme Court of Canada directly on point — Case law establishing that reasonableness presumed standard of review for decision of administrative decision maker familiar with frequently used statute such as Registrar — In any event, standard of review debate not of great practical import here — Result Registrar reaching, namely that appellant's parents were "employee[s] in Canada of a foreign government" in Act, s. 3(2)(a) not supportable, defensible or acceptable — When purpose, context of Act, s. 3(2)(a) considered, Registrar's interpretation thereof could not stand — Appellant's parents not possessing diplomatic immunity; thus could not fall under Act, s. 3(2)(a) which includes only those enjoying diplomatic privileges, immunities — Registrar's failure to examine purpose, context of provision causing misunderstanding regarding how various paragraphs in s. 3(2) interrelating — Based on facts of present case, revocation of appellant's citizenship could not be sustained — Appeal allowed — Per Gleason J.A. (dissenting):*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appellant à l'encontre d'une décision du greffier de la citoyenneté, qui a invoqué l'art. 3(2)a de la Loi sur la citoyenneté pour annuler la citoyenneté de l'appellant en application de l'art. 26(3) du Règlement sur la citoyenneté — L'appellant est né au Canada et a donc présumé qu'il était citoyen canadien — Il ignorait que ses parents étaient des espions à la solde de la Russie et avaient vécu sous des noms d'emprunt — Le greffier a conclu que l'appellant n'était pas un citoyen canadien, puisque ses parents n'étaient ni des citoyens ni des résidents permanents au moment de sa naissance et qu'ils étaient plutôt des agents « au service [...] d'un gouvernement étranger » au sens de l'art. 3(2)a de la Loi — La Cour fédérale s'est dite d'accord avec l'interprétation faite par le greffier — La question principale dans la présente affaire (la conclusion que les parents de l'appellant étaient des agents « au service [...] d'un gouvernement étranger ») concernait l'interprétation et l'application de l'art. 3(2)a de la Loi — Il fallait aussi déterminer si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et si elle l'a appliquée correctement — Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Si elle a conclu que la norme de contrôle applicable dans la présente affaire était la norme de la décision correcte, la Cour fédérale était cependant liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada qui portent directement sur ce point — Il existe un courant jurisprudentiel selon lequel la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s'appliquer à l'examen de la décision d'un décideur administratif qui connaît bien la loi, comme c'est le cas pour le greffier — Toutefois, le débat sur la norme de contrôle à appliquer ne revêtait pas une grande importance pratique en l'espèce — Le résultat auquel est parvenu le greffier, à savoir que les parents de l'appellant étaient « au service au Canada d'un gouvernement étranger » au sens*

*Appeal should be dismissed — Text of Act, s. 3(2)(a) admitting of two rational interpretations — Strong case could be made for Registrar's interpretation that "employee" including all employees of foreign government having children in Canada — Open to Registrar to conclude as she did; reasonable to determine that appellant's parents falling within scope of Act, s. 3(2)(a) which disentitled appellant to Canadian citizenship.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from Federal Court judgment dismissing appellant's application for judicial review of Registrar of Citizenship's decision cancelling appellant's citizenship, standard of review Federal Court applying discussed — Federal Court finding that standard of review here correctness, holding that interpretation of Citizenship Act, s. 3(2)(a) question of law of general application across Canada, raising pure question of statutory interpretation — Nevertheless, Federal Court bound by decisions of Supreme Court of Canada directly on point — Line of case law establishing that reasonableness presumed standard of review for decision of administrative decision maker familiar with frequently used statute such as Registrar of Citizenship interpreting Act — Number of factors reinforcing presumption of deference herein — In any event, standard of review debate not of great practical import in this case.*

This was an appeal from a Federal Court judgment dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Registrar of Citizenship who invoked paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* and cancelled the appellant's citizenship under subsection 26(3) of the *Citizenship Regulations*. The appellant was born in Canada in 1994 and until July 2010, he assumed that he was a Canadian citizen. Unknown to the appellant, all his life his parents had been acting under assumed names and were espionage agents for Russia. The appellant

*de l'art. 3(2)a de la Loi, n'appartenait pas aux décisions acceptables ou justifiables — L'interprétation par le greffier de l'art. 3(2)a de la Loi ne pouvait résister à l'examen lorsqu'on prenait en compte son objet et son contexte — Les parents de l'appelant ne jouissaient pas de l'immunité diplomatique, et l'art. 3(2)a, qui n'inclut que les personnes qui bénéficient des privilèges et immunités diplomatiques, ne pouvait donc s'appliquer à eux — En omettant d'examiner l'objet et le contexte de la disposition, le greffier a mal compris l'interdépendance entre les divers alinéas de l'art. 3(2) — Eu égard aux faits de l'affaire, la révocation de la citoyenneté de l'appelant ne pouvait être justifiée — Appel accueilli — La juge Gleason, J.C.A. (dissidente) : L'appel doit être rejeté — Le libellé de l'art. 3(2)a permet deux interprétations rationnelles — De solides motifs militent en faveur de l'interprétation faite par le greffier selon laquelle « au service de » inclut tous les employés au service d'un gouvernement étranger qui ont des enfants nés au Canada — Il était loisible au greffier de conclure comme il l'a fait; il était raisonnable d'établir que les parents de l'appelant étaient visés par l'art. 3(2)a de la Loi, rendant ainsi l'appelant inadmissible à la citoyenneté canadienne.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans le cadre de l'appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre d'une décision du greffier de la citoyenneté, qui a annulé la citoyenneté de l'appelant, la question de la norme de contrôle appliquée par la Cour fédérale a été abordée — La Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte, indiquant que l'interprétation de l'art. 3(2)a de la Loi sur la citoyenneté soulève une question de droit d'application générale à l'échelle du Canada et qu'il s'agit d'une pure question d'interprétation des lois — Néanmoins, la Cour fédérale était liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada qui portent directement sur ce point — Il existe un courant jurisprudentiel selon lequel la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s'appliquer à l'examen de la décision d'un décideur administratif qui connaît bien la loi, comme c'est le cas pour le greffier de la citoyenneté appelé à interpréter la Loi — Un certain nombre de facteurs ont renforcé la présomption de déférence aux fins de la présente affaire — Toutefois, le débat sur la norme de contrôle à appliquer ne revêtait pas une grande importance pratique en l'espèce.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre d'une décision du greffier de la citoyenneté, qui a invoqué l'alinéa 3(2)a de la *Loi sur la citoyenneté* pour annuler la citoyenneté de l'appelant en application du paragraphe 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*. L'appelant est né au Canada en 1994 et, jusqu'en 2010, il a présumé qu'il était citoyen canadien. Ce que l'appelant ignorait, c'est que, pendant toute sa vie, ses parents avaient vécu sous des noms d'emprunt

was therefore forced to go to Russia and his surname was changed. The Registrar found that paragraph 3(2)(a) of the Act applied in this case. Under that paragraph, if neither parent is a citizen or lawfully admitted to Canada for permanent residence and either was “a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government”, the child is not a Canadian citizen despite being born in Canada. According to the Registrar, the appellant’s parents were not citizens or permanent residents at the time of the appellant’s birth but rather “employees of a foreign government” within the meaning of paragraph 3(2)(a) of the Act.

The Federal Court reviewed the Registrar’s interpretation of “employee of a foreign government” in paragraph 3(2)(a) of the Act for correctness and agreed with the Registrar. In its decision, the Federal Court stated two serious questions of general importance for the Court’s consideration. The first question concerned the standard of review while the other involved the interpretation of the words “other representative or employee [in Canada] of a foreign government” found in paragraph 3(2)(a) of the Act.

On appeal, the appellant argued, in particular, that both the Federal Court and the Registrar erred in their interpretation of “employee in Canada of a foreign government” in paragraph 3(2)(a) of the Act. He claimed that his parents were not “employee[s] in Canada of a foreign government” under paragraph 3(2)(a) of the Act and thus paragraph 3(2)(a) did not apply. As a person born in Canada, he submitted that he was entitled to citizenship.

The central issue in the present matter (i.e. the finding that the appellant’s parents were “employees of a foreign government”) involved the interpretation and application paragraph 3(2)(a) of the Act. Also at issue was whether the Federal Court properly chose the standard of review and whether it applied it properly.

*Held* (Gleason J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

*Per* Stratas J.A. (Webb J.A. concurring): The Federal Court found that the standard of review in this case was correctness holding that the interpretation of paragraph 3(2)(a) of the Act is a question of law of general application across Canada and raises a pure question of statutory interpretation. Nevertheless, the Federal Court was bound by decisions of the Supreme Court of Canada directly on point. A line of case law established that reasonableness is the presumed standard of review for the decision of an administrative decision – maker familiar with a

et étaient des espions à la solde de la Russie. L’appelant a donc été forcé d’aller vivre en Russie, et son nom de famille a été changé. Le greffier a conclu que l’alinéa 3(2)a) de la Loi s’appliquait dans cette affaire. En vertu de cet alinéa, si les parents n’ont qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et que le père ou la mère est un « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d’un gouvernement étranger », l’enfant n’est pas citoyen canadien, même s’il est né au Canada. Selon le greffier, les parents de l’appelant n’avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents au moment de sa naissance et ils étaient plutôt des agents « au service [...] d’un gouvernement étranger » au sens de l’alinéa 3(2)a) de la Loi.

La Cour fédérale a examiné l’interprétation que le greffier avait faite du libellé « au service [...] d’un gouvernement étranger » de l’alinéa 3(2)a) de la Loi en regard de la norme de la décision correcte, et elle s’est dite d’accord avec le greffier. Dans sa décision, la Cour fédérale a énoncé deux questions graves de portée générale dont a été saisie la Cour. La première question concernait la norme de contrôle, tandis que la deuxième question concernait l’interprétation de la mention « représentant à un autre titre ou au service au Canada d’un gouvernement étranger », qui figure à l’alinéa 3(2)a) de la Loi.

En appel, l’appelant a soutenu plus particulièrement que la Cour fédérale et le greffier ont tous deux fait une interprétation erronée de l’alinéa 3(2)a) de la Loi concernant les personnes « au service au Canada d’un gouvernement étranger ». Il a allégué que ses parents n’étaient pas des agents « au service au Canada d’un gouvernement étranger » au sens de l’alinéa 3(2)a) de la Loi et, par conséquent, que l’alinéa 3(2)a) ne s’appliquait pas. Étant né au Canada, il a soutenu qu’il avait droit à la citoyenneté.

La principale question en litige dans la présente affaire (la conclusion que les parents de l’appelant étaient des agents « au service [...] d’un gouvernement étranger ») concernait l’interprétation et l’application de l’alinéa 3(2)a) de la Loi. Il fallait aussi déterminer si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et si elle l’a appliquée correctement.

*Arrêt* (la juge Gleason, J.C.A., dissidente) : l’appel doit être accueilli.

Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte, indiquant que l’interprétation de l’alinéa 3(2)a) de la Loi soulève une question de droit d’application générale à l’échelle du Canada et qu’il s’agit d’une pure question d’interprétation des lois. Néanmoins, la Cour fédérale était liée par les arrêts de la Cour suprême du Canada qui portent directement sur ce point. Un courant jurisprudentiel selon lequel la norme de la décision raisonnable est

frequently used statute, like the Registrar of Citizenship who was interpreting the Act. A number of factors also reinforced the presumption of deference in this case. In any event, to some extent, the standard of review debate was not of great practical import in this case. There was authority for the proposition that where reasonableness is the standard of review and where the interests of the individual are high, as was the case here, this Court may apply the reasonableness standard in a more exacting way. Further rendering the standard of review of less practical import in this case was the fact that there was little in the way of the Registrar's reasoning. On the central statutory interpretation issue in the present matter, the Registrar said nothing. In such circumstances, it was hard to give much deference to the decision.

The result the Registrar reached on these facts, namely that the appellant's parents were "employee[s] in Canada of a foreign government" in paragraph 3(2)(a) of the Act, was not supportable, defensible or acceptable. When the purpose and context of paragraph 3(2)(a) were considered, the Registrar's interpretation thereof could not stand. The purpose of paragraph 3(2)(a) of the Act is to bring Canadian law into accord with international law and other domestic legislation. The aim was to ensure that paragraph 3(2)(a)—which prohibits the Canadian-born children of employees of foreign governments from obtaining Canadian citizen—applies only to those employees who benefit from diplomatic privileges and immunities from civil and/or criminal law. Under this interpretation, "employee[s] in Canada of a foreign government" includes only those who enjoy diplomatic privileges and immunities under the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*. Whether or not someone is an employee in Canada of a foreign government is just part of what triggers the operation of paragraph 3(2)(a) of the Act. The additional element of diplomatic immunity triggers the paragraph. The appellant's parents in no way possessed diplomatic immunity and could not fall under paragraph 3(2)(a).

The context of paragraph 3(2)(a) of the Act was examined including paragraph 3(2)(c). The Registrar's failure to examine the purpose and context of the provision caused a misunderstanding regarding how the various paragraphs in subsection 3(2) interrelate. The interpretation of paragraph 3(2)(a) the appellant urged was consistent with international law and, in the circumstances, was the only reasonable one that was available to the Registrar. The appellant's parents never enjoyed any immunity from criminal prosecution and were charged with criminal offences in the United States.

la norme de contrôle devant s'appliquer à l'examen de la décision d'un décideur administratif qui connaît bien la loi, comme c'est le cas pour le greffier de la citoyenneté appelé à interpréter la Loi. Un certain nombre de facteurs ont aussi renforcé la présomption de déférence aux fins de la présente affaire. Dans une certaine mesure, toutefois, le débat sur la norme de contrôle à appliquer ne revêtait pas une grande importance pratique en l'espèce. Selon la jurisprudence, lorsque la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle à appliquer et que, comme en l'espèce, les intérêts de la personne en cause sont grands, la Cour peut appliquer la norme de la décision raisonnable d'une manière plus rigoureuse. Le fait qu'il y avait peu d'information expliquant le raisonnement du greffier est un autre facteur qui, en l'espèce, a eu pour effet de réduire l'importance pratique de la norme de contrôle. Le greffier n'a formulé aucune observation concernant la question fondamentale de l'interprétation de la loi dont la Cour était saisie. En pareilles circonstances, il était difficile d'accorder une grande déférence à la décision.

Le résultat auquel est parvenu le greffier en regard de ces faits, à savoir que les parents de l'appelant étaient « au service au Canada d'un gouvernement étranger » au sens de l'alinéa 3(2)a) de la Loi, n'appartenait pas aux décisions acceptables ou justifiables. L'interprétation de l'alinéa 3(2)a) ne pouvait résister à l'examen lorsqu'on prenait en compte l'objet et le contexte de cet alinéa. L'objet de l'alinéa 3(2)a) de la Loi est d'harmoniser le droit canadien avec le droit international et d'autres lois intérieures. L'objectif était de s'assurer que l'alinéa 3(2)a) — qui interdit aux enfants nés au Canada de parents au service d'un gouvernement étranger d'obtenir la citoyenneté canadienne — ne s'applique qu'aux personnes qui jouissent de privilèges diplomatiques et d'immunités de juridiction civile et/ou pénale. Selon cette interprétation, les personnes « au service au Canada d'un gouvernement étranger » n'incluent que celles qui bénéficient des privilèges et immunités diplomatiques conférés par la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*. Il ne suffit pas à une personne d'être au service au Canada d'un gouvernement étranger pour justifier l'application de l'alinéa 3(2)a) de la Loi; c'est plutôt l'autre élément concernant l'immunité diplomatique qui commande l'application de cet alinéa. Les parents de l'appelant ne jouissaient en aucune façon de l'immunité diplomatique, et l'alinéa 3(2)a) ne pouvait s'appliquer à eux.

Le contexte de l'alinéa 3(2)a) de la Loi a été pris en compte, y compris l'alinéa 3(2)c). En omettant d'examiner l'objet et le contexte de la disposition, le greffier a mal compris l'interdépendance entre les divers alinéas du paragraphe 3(2). L'interprétation de l'alinéa 3(2)a) qu'a préconisée l'appelant était conforme au droit international et, dans les circonstances, était la seule interprétation raisonnable qui s'offrait au greffier. Les parents de l'appelant n'ont jamais bénéficié de quelque immunité contre les poursuites pénales et ont été accusés d'infractions criminelles aux États-Unis. Il a été conclu qu'ils

They were found not to hold any form or level of diplomatic or consular status. Based in particular on the facts of this case and the interpretation of paragraph 3(2)(a) of the Act, the revocation of the appellant's citizenship could not be sustained.

With respect to the serious questions of general importance the Federal Court stated, the first question concerned the standard of review and it was determined that it was not a serious question of general importance pursuant to the Act. The second question, involving the interpretation of paragraph 3(2)(a) of the Act, was proper but was rephrased. It involved determining whether the words "other representative or employee [in Canada] of a foreign government" found in paragraph 3(2)(a) of the Act are limited to foreign nationals who also benefit from diplomatic privileges and immunities. The question was answered affirmatively.

*Per* Gleason J.A. (dissenting): The appeal should be dismissed and the certified question answered in the negative. If the text of the provision in question rationally admits of more than one interpretation and the context and purpose of the provision do not clearly necessitate adopting one interpretation over the other, the choice of the administrative decision maker to adopt one among competing interpretations must be afforded deference. The text of paragraph 3(2)(a) of the Act admits of at least two rational interpretations: either the term "employee" means what it plainly states and includes all employees of a foreign government who have children in Canada or conversely, as urged by the appellant, the term "employee" includes only those employees of a foreign government who enjoy diplomatic immunity and who have children in Canada. A strong case could be made for the former interpretation. The context or purpose of the provision did not necessarily mandate the appellant's interpretation. The difference in wording between paragraphs 3(2)(c) and 3(2)(a) of the Act, particularly respecting the requirement that employees have diplomatic immunity, could reasonably be read to support the interpretation of the Registrar. It was open to the Registrar to conclude as she did and it was reasonable to determine that the appellant's parents fell within the scope of paragraph 3(2)(a) of the Act, which disentitled the appellant to Canadian citizenship.

n'ont jamais bénéficié de quelque forme ou niveau de statut diplomatique ou consulaire. Eu égard aux faits de l'affaire et à l'interprétation de l'alinéa 3(2)a) de la Loi, la révocation de la citoyenneté de l'appelant ne pouvait être justifiée.

En ce qui concerne les questions graves de portée générale formulées par la Cour fédérale, la première question concernait la norme de contrôle, et il a été conclu qu'il ne s'agissait pas d'une question grave de portée générale au sens de la Loi. La deuxième question, qui portait sur l'interprétation de l'alinéa 3(2)a) de la Loi, était appropriée, mais elle a été reformulée. Elle consistait à déterminer si la mention « représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger », qui figure à l'alinéa 3(2)a) de la Loi, se limite aux ressortissants étrangers qui bénéficient également de privilèges et d'immunités diplomatiques. Il y a été répondu par l'affirmative.

La juge Gleason, J.C.A. (dissidente) : L'appel doit être rejeté, et il faut répondre à la question certifiée par la négative. Si le libellé de la disposition en question permet plus d'une interprétation rationnelle, et que le contexte et l'objet de la disposition ne privilégient pas clairement une interprétation en particulier, le choix du décideur administratif d'adopter l'une de ces interprétations commande la déférence. Le libellé de l'alinéa 3(2)a) de la Loi permet au moins deux interprétations rationnelles : soit le terme « au service de » doit être interprété au sens littéral et inclure tous les employés au service d'un gouvernement étranger qui ont des enfants nés au Canada, soit, inversement, comme le fait valoir l'appelant, il n'inclut que les employés au service d'un gouvernement étranger qui bénéficient de l'immunité diplomatique et qui ont des enfants pendant leur séjour au Canada. De solides motifs militent en faveur de la première interprétation. Le contexte ou l'objet de la disposition n'appelaient pas nécessairement l'interprétation préconisée par l'appelant. L'on pourrait raisonnablement conclure que les différences entre le libellé des alinéas 3(2)c) et 3(2)a) de la Loi, plus particulièrement en ce qui concerne l'exigence quant à l'immunité diplomatique, appuient l'interprétation du greffier. Il était loisible au greffier de conclure comme il l'a fait et il était raisonnable d'établir que les parents de l'appelant étaient visés par l'alinéa 3(2)a) de la Loi, rendant ainsi l'appelant inadmissible à la citoyenneté canadienne.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*An Act to amend the Canadian Citizenship Act*, S.C. 1950, c. 29, s. 2.  
*Canadian Citizenship Act (The)*, S.C. 1946, c. 15.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 3, 22.1, 22.2(d).  
*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, s. 3(2).  
*Citizenship Regulations*, SOR/93-246, s. 26(3).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12, 35, « agent diplomatique ou consulaire ».  
*Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1950, ch. 29, art. 2.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3, 22.1, 22.2d).  
*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15.

*Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41, ss. 3, 4, Sch. II, ss. 1, 41, 43, 49, 53.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 12, 35 “diplomatic or consular officer”.

*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108, art. 3(2).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, ch. 41, art. 3, 4, ann. II, art. 1, 41, 43, 49, 53.  
*Règlement sur la citoyenneté*, DORS/93-246, art. 26(3).

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Vienna Convention on Diplomatic Relations*, April 18, 1961, [1966] Can. T.S. No. 29, 500 U.N.T.S. 241, Arts. 1, 37.

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, [1966] R.T. Can. n° 29, 500 U.N.T.S. 241, art. 1, 37.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Al-Ghamdi v. Canada (Foreign Affairs and International Trade)*, 2007 FC 559, 314 F.T.R. 1; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708.

## CONSIDERED:

*Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770.

## REFERRED TO:

*Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1; *Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006; *Attaran v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 37, 467 N.R. 335;

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Al-Ghamdi c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international)*, 2007 CF 559; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada—Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202; *Mines Alertte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006; *Attaran c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 37; *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85; *Kanthasamy*

*Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 91 Admin. L.R. (5th) 185; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678; *Leahy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 227, [2014] 1 F.C.R. 766; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998) 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; *Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, (1988), 53 D.L.R. (4th) 609; *Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc.*, 2011 FCA 364, 430 N.R. 74; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157, 96 D.L.R. (4th) 527; *Bahniuk v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 127, 484 N.R. 10; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)*, 2015 FCA 1, 466 N.R. 132; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458.

## AUTHORS CITED

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5th ed. Oxford: Clarendon Press, 1998.  
House of Commons. Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts. *Minutes of Proceedings and Evidence* (February 24, 1976) (J. Hugh Faulkner).

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 960, [2016] 2 F.C.R. 39 ) dismissing the appellant's application for judicial review of a decision of the Registrar of Citizenship who invoked paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* and cancelled the appellant's citizenship under subsection 26(3) of the *Citizenship Regulations*. Appeal allowed, Gleason J.A. dissenting.

*c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678; *Leahy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 227, [2014] 1 R.C.F. 766; *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128; *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; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279; *Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc.*, 2011 CAF 364; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157; *Bahniuk c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 127; *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Transport, Infrastructure et Communautés)*, 2015 CAF 1; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458.

## DOCTRINE CITÉE

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 5<sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1998.  
Chambre des Communes. Comité permanent de la radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts. *Procès-verbaux et témoignages* (24 février 1976) (J. Hugh Faulkner).

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 960, [2016] 2 R.C.F. 39), rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre d'une décision du greffier de la citoyenneté, qui a invoqué l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* pour annuler la citoyenneté de l'appelant en application du paragraphe 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*. Appel accueilli, la juge Gleason, J.C.A., étant dissidente.

## APPEARANCES

*Hadayt Nazami and Ronald Poulton* for appellant.  
*A. Leena Jaakkimainen and Kevin Doyle* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, and  
*Poulton Law Office*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

STRATAS J.A.:

A. Introduction

[1] The appellant appeals from the judgment of the Federal Court (*per Bell J.*): 2015 FC 960, [2016] 2 F.C.R. 39. The Federal Court dismissed the appellant's application for judicial review of a decision of the Registrar of Citizenship. The Registrar invoked paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 and cancelled the appellant's citizenship under subsection 26(3) of the *Citizenship Regulations*, SOR/93-246.

[2] The appellant was born in Canada in 1994. Normally, that would have made him a citizen of Canada: *Citizenship Act*, paragraph 3(1)(a). Until 2010, the appellant assumed he was a Canadian citizen. On July 27, 2010, that assumption was thrown into doubt.

[3] On that day, when the appellant was living with his family in the United States, FBI agents, armed, entered the family home and arrested his parents. Unknown to the appellant, all his life his parents had been acting under assumed names. Unknown to the appellant, his parents were espionage agents for Russia.

[4] This changed everything. The appellant was forced to go to Russia to live in a country to which he had

## ONT COMPARU :

*Hadayt Nazami et Ronald Poulton* pour l'appellant.  
*A. Leena Jaakkimainen et Kevin Doyle* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, et  
*Poulton Law Office*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

A. Introduction

[1] L'appelant interjette appel du jugement rendu par le juge Bell de la Cour fédérale (2015 CF 960, [2016] 2 R.C.F. 39), rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant à l'encontre d'une décision du greffier de la citoyenneté. Le greffier a invoqué l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, pour annuler la citoyenneté de l'appelant en application du paragraphe 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*, DORS/93-246.

[2] L'appelant est né au Canada en 1994, ce qui, normalement, lui aurait donné droit à la citoyenneté canadienne en vertu de l'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. De fait, jusqu'en 2010, l'appelant a présumé qu'il était citoyen canadien. Cependant, le 27 juillet 2010, cette présomption a été remise en cause.

[3] Ce jour-là, alors que l'appelant vivait avec sa famille aux États-Unis, des agents du FBI, armés, sont entrés dans le domicile familial et ont arrêté ses parents. Ce que l'appelant ignorait, c'est que, pendant toute sa vie, ses parents avaient vécu sous des noms d'emprunt. L'appelant ignorait également que ses parents étaient des espions à la solde de la Russie.

[4] Cela a tout changé. L'appelant a été forcé d'aller vivre en Russie, un pays avec lequel il n'avait aucun

no connection. His surname was changed from Foley to Vavilov. To this day, the appellant considers himself and his brother—also caught up in all of this—to be Canadian.

[5] But the Registrar of Citizenship disagreed. The Registrar found that the appellant is not Canadian and cancelled his citizenship under subsection 26(3) of the *Citizenship Regulations*, SOR/93-246. According to the Registrar, paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* applies. Under that paragraph, if neither parent is a citizen or lawfully admitted to Canada for permanent residence and either was “a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government”, the child is not a Canadian citizen despite being born in Canada.

[6] According to the Registrar, the appellant’s parents were not citizens or permanent residents at the time of his birth. And—in what has been the central issue here and below—the Registrar found that the appellant’s parents were “employees of a foreign government” within the meaning of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*.

[7] The appellant applied for judicial review of the Registrar’s decision. The Federal Court dismissed it. The Federal Court reviewed the Registrar’s interpretation of “employee of a foreign government” in paragraph 3(2)(a) of the Act for correctness. It agreed with the Registrar. The Federal Court also dismissed a procedural fairness complaint the appellant made.

[8] The appellant appeals to this Court. The appellant reiterates the procedural fairness complaint in this Court. He also submits that both the Federal Court and the Registrar erred in their interpretation of “employee in Canada of a foreign government” in paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*.

[9] For the reasons below, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court, allow the

lien. Son nom de famille, qui était à l’époque Foley, a été remplacé par Vavilov. Encore aujourd’hui, l’appelant considère que lui et son frère — également mêlé à toute cette affaire — sont Canadiens.

[5] Le greffier de la citoyenneté n’était toutefois pas du même avis. Le greffier a conclu que l’appelant n’est pas citoyen canadien et il a annulé sa citoyenneté en application du paragraphe 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*, DORS/93-246, invoquant l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. En vertu de cet alinéa, si les parents n’ont qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et que le père ou la mère est un « agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d’un gouvernement étranger », l’enfant n’est pas citoyen canadien, même s’il est né au Canada.

[6] Selon le greffier, les parents de l’appelant n’avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents au moment de sa naissance. Et — principale question en litige pour notre Cour et le tribunal d’instance inférieure — le greffier a conclu que les parents de l’appelant étaient des agents « au service [...] d’un gouvernement étranger » au sens de l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*.

[7] L’appelant a demandé que cette décision du greffier fasse l’objet d’un contrôle judiciaire, mais la Cour fédérale a rejeté sa demande. La Cour fédérale a examiné l’interprétation que le greffier avait faite du libellé « au service [...] d’un gouvernement étranger » de l’alinéa 3(2)a) de la Loi en regard de la norme de la décision correcte, et elle s’est dite d’accord avec le greffier. La Cour fédérale a également rejeté la plainte relative à l’équité procédurale que l’appelant avait formulée.

[8] L’appelant interjette appel de cette décision devant notre Cour et il réitère sa plainte relative à l’équité procédurale. Il soutient également que la Cour fédérale et le greffier ont tous deux fait une interprétation erronée de l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* concernant les personnes « au service au Canada d’un gouvernement étranger ».

[9] Pour les motifs indiqués ci-dessous, j’accueillerais l’appel, j’annulerais le jugement de la Cour fédérale,

application for judicial review, and quash the decision of the Registrar to revoke the appellant's citizenship. Unless another ground for revocation applies—and none has been argued here—the appellant is entitled to Canadian citizenship under paragraph 3(1)(a) of the *Citizenship Act*.

#### B. Review for procedural fairness

[10] The appellant submits, as he did below, that the Registrar failed to disclose to him the case he was to meet. Thus, he was not able to make adequate submissions to the Registrar. He says this was a breach of the obligations of procedural fairness.

##### (1) *The standard of review*

[11] The standard of review for matters of procedural fairness is currently in dispute in this Court. A number of different approaches have been identified and persist. These are described in this Court's decision in *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraphs 67–72.

[12] This difference persists even in the face of the Supreme Court's most recent case on point, *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502. While correctness is identified as the standard of review (at paragraph 79), the standard the Supreme Court actually applied was one that gave the administrative decision maker a “margin of deference” and “[s]ome deference” (at paragraph 89).

[13] It follows that I cannot agree with the Federal Court's statement in its reasons (at paragraph 15) that it is “settled law that issues of procedural fairness are reviewed on the standard of correctness”. While some may disagree, in my view the law remains unsettled, as this Court has described in *Bergeron*, above.

j'autoriserais la demande de contrôle judiciaire et j'infirmes la décision du greffier annulant la citoyenneté de l'appelant. À défaut d'autre motif justifiant la révocation de la citoyenneté — et aucun autre n'a été invoqué en l'espèce — l'appelant a droit à la citoyenneté canadienne en vertu de l'alinéa 3(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté*.

#### B. Examen de l'équité procédurale

[10] L'appelant soutient, comme il l'a fait devant le tribunal d'instance inférieure, que le greffier a omis de l'informer du fardeau de la preuve dont il devait s'acquitter et que, de ce fait, il n'a pas été en mesure de présenter des arguments appropriés au greffier. Il allègue que cela constitue un manquement à l'obligation d'équité procédurale.

##### 1) *La norme de contrôle*

[11] La norme de contrôle devant s'appliquer aux questions liées à l'équité procédurale ne fait pas l'unanimité à la Cour. De fait, un certain nombre d'approches différentes ont été utilisées et continuent de s'appliquer. Celles-ci sont décrites dans l'arrêt *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160, aux paragraphes 67 à 72.

[12] Cette divergence persiste malgré le plus récent arrêt de la Cour suprême sur cette question; voir l'arrêt *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502. Dans cet arrêt, bien que la norme de la décision correcte ait été établie comme étant la norme de contrôle devant s'appliquer (au paragraphe 79), la Cour suprême a en fait appliqué une norme permettant de « faire preuve de déférence » envers le décideur administratif et commandant « une certaine déférence » (au paragraphe 89).

[13] Il s'ensuit que je ne peux être d'accord avec la Cour fédérale lorsque, dans ses motifs (au paragraphe 15), elle déclare qu'« [i] est bien établi en droit que la norme de contrôle applicable aux questions d'équité procédurale est celle de la décision correcte ». En effet, même si certains ne sont peut-être pas d'accord, je suis d'avis que le droit n'est pas encore fixé sur ce point, comme l'a indiqué la Cour dans l'arrêt *Bergeron*, précité.

[14] This being said, on the facts of this case, it is unnecessary, as it was in *Bergeron*, to say more about the standard of review for procedural fairness or to resolve this issue in this case. Even if the standard of review were correctness, on the facts of this case I would not give effect to this ground of review.

## (2) Analysis

[15] The appellant received an invitation to make submissions by way of a fairness letter from the Case Management Branch. He submits that failing to disclose the documentation which prompted this letter constituted a breach of procedural fairness. He complains that he had to “piece together information” from information requests made under the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1. Some information arrived only after the decision was made.

[16] I reject this submission. The fairness letter dated July 18, 2013 to the appellant gave him a detailed summary of the legal issues and the facts that bore upon these issues. From this, he could ascertain the case he was to meet.

[17] Even if the appellant should have been provided with more at the time of the fairness letter in order to make submissions, I would still not give effect to the appellant’s procedural fairness complaint. The appellant, through his own efforts, ended up being aware of the case to meet and was able to make meaningful submissions. On the facts of this case, where the issue is a precise question of law drawing upon known facts—an issue of statutory interpretation—and the affected party, here the appellant, was fully empowered to address these matters, it cannot be said that there was any prejudice. In such circumstances, the administrative decision will not be quashed: *Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board*, [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1; and

[14] Cela étant dit, il est inutile, eu égard aux faits dans cette affaire, tout comme c’était le cas dans l’arrêt *Bergeron*, de s’étendre davantage sur la norme de contrôle devant s’appliquer aux questions d’équité procédurale ou de résoudre cette question en l’espèce. En effet, même si la norme de contrôle à appliquer était celle de la décision correcte, je ne donnerais pas suite à ce motif de révision, compte tenu des faits en l’espèce.

## 2) Analyse

[15] L’appelant a reçu une lettre relative à l’équité procédurale l’invitant à présenter ses arguments à la Direction générale du règlement des cas. L’appelant a fait valoir que le défaut de lui communiquer certains documents qui étaient à l’origine de cette lettre constituait un manquement à l’équité procédurale. Il s’est plaint du fait qu’il avait dû lui-même [TRADUCTION] « colliger l’information » à partir de demandes d’information présentées en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1. De plus, certains renseignements ne lui ont été communiqués qu’après le prononcé de la décision.

[16] Je rejette cette prétention. En effet, la lettre relative à l’équité procédurale datée du 18 juillet 2013, qui a été adressée à l’appelant, présentait un résumé détaillé des questions de droit en litige et des faits afférents à ces questions. L’appelant pouvait donc très bien établir les faits à réfuter à partir de cette information.

[17] Et même si la lettre adressée à l’appelant avait pu contenir plus d’information pour lui permettre de formuler ses observations, je ne donnerais toujours pas suite à la plainte relative à l’équité procédurale. Grâce à ses propres efforts, l’appelant a réussi à se renseigner sur les faits à réfuter et il a été en mesure de présenter des arguments valables. En ce qui concerne les faits de la présente affaire, lorsque la question en litige concerne une question précise de droit qui découle de faits connus — une question d’interprétation de la loi — et que la partie intéressée, l’appelant dans la présente affaire, était totalement apte à examiner cette question, on ne peut conclure qu’il y a eu préjudice. En pareilles circonstances, la décision administrative n’est pas annulée : voir les arrêts *Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada*—

see also *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6.

[18] The appellant also submits that one of the officers at the Case Management Branch “appeared” to have prejudged the issues and “may have continued to remain involved” in the file in the face of a recusal request by the appellant. The quoted portions show that the appellant has candidly admitted that the evidence in the record is not firm on this point. As well, the line between prejudgment of the issues and expressing hypotheses concerning the issues before making a conclusion is a fine one. Certainly pre-judgment in the sense of approaching the matter with a closed mind is a concern. However, I am not persuaded on this record that this threshold was met here.

### C. Review of the substance of the decision

[19] The appellant says that the Registrar’s decision to revoke his citizenship was unreasonable and, thus, must be quashed. He says that his parents were not “employee[s] in Canada of a foreign government” under paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. As a result, paragraph 3(2)(a) does not apply. This leaves paragraph 3(1)(a) of the *Citizenship Act* as the governing provision in his case. As a person born in Canada in 1994, he is entitled to citizenship.

#### (1) *Standard of review*

[20] We are to assess whether the Federal Court properly chose the standard of review and whether it applied it properly. If the Federal Court chose the wrong standard of review, we are to apply the proper standard of review, assess the decision of the administrative decision maker against that standard and, if necessary, provide a proper remedy: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47.

*Terre-Neuve des hydrocarbures extracôtiers*, [1994] 1 R.C.S. 202 et *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6.

[18] L’appelant prétend également qu’un des agents de la Direction générale du règlement des cas [TRANSDUCTION] « a semblé » préjuger des questions en litige et [TRANSDUCTION] « pourrait avoir continué de traiter » le dossier, malgré la demande de récusation de l’appelant. L’utilisation de guillemets indique que l’appelant admet en toute franchise que les éléments de preuve dans le dossier ne sont pas clairs sur ce point. De plus, la distinction qui existe entre préjuger d’une question et formuler des hypothèses sur les questions en litige avant de tirer une conclusion est ténue. Il est certain que préjuger d’une question, au sens de l’examiner avec un esprit fermé, serait préoccupant. Je ne suis toutefois pas persuadé d’après la preuve que ce seuil a été atteint en l’espèce.

### C. Examen de l’essentiel de la décision

[19] L’appelant soutient que la décision du greffier de révoquer sa citoyenneté était déraisonnable et qu’elle doit donc être annulée. Il allègue à cet égard que ses parents n’étaient pas des agents « au service au Canada d’un gouvernement étranger » au sens de l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Par conséquent, l’alinéa 3(2)a) ne s’applique pas et la disposition devant s’appliquer en l’espèce est plutôt l’alinéa 3(1)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Étant né au Canada en 1994, l’appelant a droit à la citoyenneté.

#### 1) *Norme de contrôle*

[20] Nous devons déterminer si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et si elle l’a appliquée correctement. Si la Cour fédérale n’a pas choisi la bonne norme de contrôle, nous devons appliquer la norme de contrôle appropriée, évaluer la décision du décideur administratif en regard de cette autre norme et, s’il y a lieu, prescrire un recours approprié : arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47.

[21] The central issue before the Registrar, the Federal Court and this Court is one involving the interpretation and application of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*.

[22] The Federal Court found (at paragraph 16) that the standard of review is correctness. It held that “the interpretation of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* is a question of law of general application across Canada and raises a pure question of statutory interpretation.” It added that “no privative clause is engaged and the statutory scheme does not offer any basis upon which it can be said that the Registrar possesses any greater expertise than the courts in interpreting the impugned section.”

[23] On this, the appellant agrees with the Federal Court and submits that the standard of review is correctness.

[24] I disagree. We are bound by decisions of the Supreme Court of Canada directly on point.

[25] On issues of statutory interpretation, the Supreme Court’s most recent decision on point, *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, stands for the proposition that reasonableness is the presumed standard of review for the decision of an administrative-decision maker familiar with a frequently used statute, like the Registrar of Citizenship here who is interpreting the *Citizenship Act*.

[26] On this, the majority of the Supreme Court in *Edmonton East* confirmed a line of earlier jurisprudence on this point.

[27] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, the Supreme Court held (at paragraph 54) that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity”.

[21] La question fondamentale en litige, pour le greffier, la Cour fédérale et notre Cour, concerne l’interprétation et l’application de l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*.

[22] La Cour fédérale a conclu (au paragraphe 16) que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte, indiquant que « l’interprétation de l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* soulève une question de droit d’application générale à l’échelle du Canada et qu’il s’agit d’une pure question d’interprétation des lois ». Elle a ajouté qu’« aucune disposition d’inattaquabilité ne s’applique et [que] le régime législatif ne permet pas de conclure que le greffier possède une plus grande expertise que les tribunaux pour interpréter l’alinéa contesté ».

[23] Sur ce point, l’appelant est d’accord avec la Cour fédérale et soutient que la norme de contrôle à appliquer est celle de la décision correcte.

[24] Je ne suis pas d’accord. Nous sommes liés par les arrêts de la Cour suprême du Canada qui portent directement sur ce point.

[25] Or, la plus récente décision de la Cour suprême sur les questions liées à l’interprétation de la loi, l’arrêt *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, reconnaît que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle devant s’appliquer à l’examen de la décision d’un décideur administratif qui connaît bien la loi, comme c’est le cas en l’espèce pour le greffier de la citoyenneté appelé à interpréter la *Loi sur la citoyenneté*.

[26] Sur ce point, les juges majoritaires de la Cour suprême dans l’arrêt *Edmonton East* sont venus confirmer un courant jurisprudentiel antérieur.

[27] Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada avait conclu (au paragraphe 54) que, « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise ».

[28] In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 34, the majority of the Supreme Court held that “unless the situation is exceptional ... the interpretation by the tribunal of ‘its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity’ should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review.”

[29] These are just two. There are many other cases where the Supreme Court has employed the presumption of reasonableness in the case of interpretations of regulatory provisions by administrative decision makers.

[30] It is also presumed that reasonableness is the standard of review when an administrative decision maker applies a statutory provision to the facts it finds in the case before it: *Dunsmuir*, at paragraph 53.

[31] Presumptions of reasonableness such as these are rebuttable. However, following the reasons of the majority of the Supreme Court in *Edmonton East*, the presumption is not easily rebutted.

[32] Both the appellant and the Federal Court submit that there is no privative clause in the *Citizenship Act*. But that was true in *Edmonton East* as well and the majority declined in that case to find that the presumption of reasonableness was rebutted.

[33] As well, I note that Parliament has enacted subsection 22.1(1) of the *Citizenship Act*, imposing a requirement that leave be sought in order to apply for judicial review. The respondent submits that this statutory indication may be taken as reinforcing the idea that decisions of the Registrar are not lightly reviewed and that “some degree of deference is owed”. For the

[28] Dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 34, les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont conclu que « sauf situation exceptionnelle [...], il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie” est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire ».

[29] Et ce ne sont là que deux arrêts. Il existe de nombreux autres arrêts où la Cour suprême a invoqué la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable pour examiner l'interprétation que des décideurs administratifs avaient faite des dispositions réglementaires.

[30] On présume également que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle qui doit s'appliquer lorsqu'un décideur administratif applique une disposition législative aux faits qui lui sont présentés : arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 53.

[31] De telles présomptions de raisonabilité peuvent être réfutées. Cependant, suivant les motifs invoqués par les juges majoritaires de la Cour suprême dans l'arrêt *Edmonton East*, cette présomption n'est pas facile à réfuter.

[32] L'appelant et la Cour fédérale soutiennent tous deux que la *Loi sur la citoyenneté* ne comprend pas de clause privative. Cependant, il en était également ainsi dans l'affaire *Edmonton East* et les juges majoritaires ont malgré tout refusé de conclure que la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable avait été réfutée.

[33] Je note également que le législateur a adopté le paragraphe 22.1(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, qui dispose que toute demande de contrôle judiciaire est subordonnée à l'autorisation de la cour. L'intimé soutient que l'on pourrait interpréter cette disposition comme voulant indiquer que les décisions du greffier ne doivent pas être examinées à la légère et qu'elles [TRADUCTION]

purposes of this case it is sufficient to say that this tends to reinforce the presumption of deference.

[34] To some extent, the standard of review debate in this case is not of great practical import.

[35] Reasonableness is said to be a range of acceptable and defensible outcomes or a margin of appreciation: *Dunsmuir*, at paragraph 47; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 38. The Supreme Court has repeatedly said that reasonableness “takes its colour from the context” and “must be assessed in the context of the particular type of decision making involved and all relevant factors”: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paragraph 18; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 59; and most recently *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 22. For this reason, sometimes we see some administrative decision makers afforded a very broad range or margin of appreciation and others less so: compare, for example, cases like *Wilson*, above, with *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616.

[36] There is authority in this Court for the proposition that where reasonableness is the standard of review and where, as here, the interests of the individual are high (affecting the court’s sensitivity to rule of law concerns), this Court may apply the reasonableness standard in a more exacting way: see, e.g., *Canada (Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha*, 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006, at paragraph 92; *Attaran v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 37, 467 N.R. 335, at paragraph 49; *Walchuk v. Canada (Justice)*, 2015 FCA 85, 91 Admin. L.R. (5th) 185, at paragraph 33.

« commandent un certain degré de déférence ». Aux fins de la présente affaire, il suffit de dire que cela tend à renforcer la présomption de déférence.

[34] Dans une certaine mesure, toutefois, le débat sur la norme de contrôle à appliquer ne revêt pas une grande importance pratique en l’espèce.

[35] La raisonabilité appartient à un éventail d’issues acceptables et justifiables ou à une marge d’appréciation : voir les arrêts *Dunsmuir*, au paragraphe 47, et *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 38. La Cour suprême a à maintes reprises indiqué que la raisonabilité est une norme qui « s’adapte au contexte » et qui « s’apprécie dans le contexte du type particulier de processus décisionnel en cause et de l’ensemble des facteurs pertinents » : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, au paragraphe 18; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59 et, plus récemment, *Wilson c. Énergie atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 22. C’est ce qui explique que certains décideurs administratifs disposent d’une très large gamme d’issues possibles ou d’une grande marge d’appréciation, alors que les issues possibles ou la marge d’appréciation qui s’offrent à d’autres sont plus restreintes : il suffit par exemple de comparer des arrêts tels que *Wilson*, précité, à *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616.

[36] Selon la jurisprudence de la Cour, lorsque la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle à appliquer et que, comme en l’espèce, les intérêts de la personne en cause sont grands (et ont une incidence sur l’importance que la cour doit accorder à la primauté du droit), la Cour peut appliquer la norme de la décision raisonnable d’une manière plus rigoureuse : voir, par exemple, les arrêts *Canada (Transports, Infrastructure et Collectivités) c. Farwaha*, 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006, au paragraphe 92; *Attaran c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 37, au paragraphe 49; et *Walchuk c. Canada (Justice)*, 2015 CAF 85, au paragraphe 33.

[37] On issues of statutory interpretation in the immigration context, the Supreme Court recently has also been applying reasonableness in an exacting way. Not surprisingly, because of the presumption of reasonableness, it is acting under the reasonableness standard of review, but it assesses the administrative decision maker's interpretation of a statutory provision closely, in fact sometimes in a manner that appears to be akin to correctness: see, e.g., *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678. In fact, it has been a while since the Supreme Court has afforded a decision maker in the immigration context much of a margin of appreciation on statutory interpretation issues.

[38] Further rendering the standard of review of less practical import in this case is the fact that we have before us little in the way of the reasoning of the Registrar. On the central statutory interpretation issue before us, the Registrar said nothing.

[39] We can only assume the Registrar relied on an analyst's report that was provided. But, as we shall see, that report contains only one brief paragraph on the statutory interpretation issue, and a very limited one at that. In such circumstances, it is hard to give much deference to the decision; the concern is that we cannot be sure that the statutory interpretation issue was adequately considered. On some occasions like this, we have quashed an administrative decision because we cannot engage in reasonableness analysis or because we are concerned that administrative decision making is being immunized from review: see, e.g., *Leahy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 227, [2014] 1 F.C.R. 766; *Canada v. Kabul Farms Inc.*, 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11; and see the wider discussion of this point in *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128.

[37] En ce qui a trait aux questions liées à l'interprétation des lois dans le contexte de l'immigration, la Cour suprême a elle aussi fait récemment une application rigoureuse de la norme de la décision raisonnable. Comme on pouvait s'y attendre, en raison de la présomption de raisonnabilité, la Cour suprême choisit la norme de la décision raisonnable comme norme de contrôle, mais elle évalue l'interprétation que le décideur administratif fait de la disposition de la loi d'une manière rigoureuse qui, parfois, peut laisser croire qu'il s'agit de la norme de la décision correcte : voir, par exemple, les arrêts *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; et *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678. De fait, il y a longtemps que la Cour suprême a accordé à un décideur une grande marge d'appréciation pour des questions liées à l'interprétation de lois dans le contexte de l'immigration.

[38] Le fait que nous possédions peu d'information expliquant le raisonnement du greffier est un autre facteur qui, en l'espèce, a pour effet de réduire l'importance pratique de la norme de contrôle. Le greffier n'a formulé aucune observation concernant la question fondamentale de l'interprétation de la loi dont nous sommes saisis.

[39] Nous pouvons seulement présumer que le greffier s'est basé sur le rapport de l'analyste qui lui a été remis. Cependant, comme nous le verrons, ce rapport ne contient qu'un bref paragraphe, par ailleurs très restreint, sur la question de l'interprétation de la loi. En pareilles circonstances, il est difficile d'accorder une grande déférence à la décision, car nous ne pouvons avoir la certitude qu'un examen adéquat a été fait de la question de l'interprétation de la loi. Il est arrivé parfois que nous ayons annulé une décision administrative parce que nous ne pouvions procéder à une analyse de la raisonnabilité ou que nous craignons que le processus de décision administrative ait été à l'abri d'une révision : voir, par exemple, les arrêts *Leahy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 227, [2014] 1 R.C.F. 766 et *Canada c. Kabul Farms Inc.*, 2016 CAF 143; voir également la discussion plus exhaustive sur ce point dans

l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128.

## (2) Analysis

### (a) Introduction

[40] Despite the foregoing and even affording the Registrar leeway under the reasonableness standard, I find that the result the Registrar reached on these facts, namely that the appellant's parents were "employee[s] in Canada of a foreign government" in paragraph 3(2)(a) of the Act, is not supportable, defensible or acceptable and, thus, is not reasonable within the meaning of paragraph 47 of *Dunsmuir*, above.

[41] It is trite that statutory provisions are to be interpreted in accordance with their text, context and purpose: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559.

[42] The need to take into account the purpose of statutory provisions is made especially important by section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, a section that applies to all, courts and administrative decision makers alike. It provides that a statutory provision "shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects."

[43] Equally important, as we shall see, is the context of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*: its legislative history, other paragraphs in subsection 3(2) that shed light on it, and the principles of international law surrounding it.

[44] Even on the understanding that the Registrar considered the issue of statutory interpretation and adopted the reasoning contained in the report of an analyst, when the purpose and context of paragraph 3(2)(a) is considered, the Registrar's interpretation of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* cannot stand. Except for an

## 2) Analyse

### a) Introduction

[40] Malgré ce qui précède et même en accordant au greffier une certaine latitude en vertu de la norme de la décision raisonnable, je considère que le résultat auquel est parvenu le greffier en regard de ces faits, à savoir que les parents de l'appelant étaient « au service au Canada d'un gouvernement étranger » au sens de l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, n'appartient pas aux décisions acceptables ou justifiables et n'est donc pas raisonnable au sens du paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir*, précité.

[41] Il est bien établi que les dispositions législatives doivent être interprétées en tenant compte de leur libellé, contexte et objet : arrêts *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.

[42] L'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui s'applique à tous — tribunaux comme décideurs administratifs — souligne l'importance de prendre en compte l'objet des dispositions législatives. Cet article dispose que toute disposition législative « s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

[43] Tout aussi important, comme nous le verrons, est le contexte de l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* : son origine législative, les autres alinéas du paragraphe 3(2) qui en précisent le sens, ainsi que les principes du droit international qui s'y rapportent.

[44] Même si l'on admet que le greffier a tenu compte de la question de l'interprétation de la loi et a fait sien le raisonnement énoncé dans le rapport de l'analyste, son interprétation de l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* ne peut résister à l'examen lorsqu'on prend en compte l'objet et le contexte de cet alinéa. À l'exception

abbreviated review of legislative history—only textual in nature—the purpose and context of paragraph 3(2)(a) was not considered at all. For example, the analyst’s report is striking for its failure to refer to or analyze the other paragraphs of subsection 3(2). Virtually all of the analysis—only textual in nature—fits in a single paragraph in the analyst’s report (appeal book, page 30). This sort of cursory and incomplete approach to statutory interpretation in a case like this cannot be acceptable or defensible on the facts and the law: *Dunsmuir*, above, at paragraph 47.

[45] As I shall demonstrate, the purpose of paragraph 3(2)(a) of the Act is to bring Canadian law into accordance with international law and other domestic legislation, including the *Foreign Missions and International Organizations Act*, S.C. 1991, c. 41. The aim was to ensure that paragraph 3(2)(a)—which prohibits the Canadian-born children of employees of foreign governments from obtaining Canadian citizenship—applies only to those employees who benefit from diplomatic privileges and immunities from civil and/or criminal law. Under this interpretation, “employee[s] in Canada of a foreign government” includes only those who enjoy diplomatic privileges and immunities under the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, April 18, 1961, [1966] Can. T.S. No. 29, 500 U.N.T.S. 241 [Convention or Vienne Convention].

[46] This purpose makes sense. There is a coherence to it. Citizens of Canada have duties and responsibilities to Canada. They are subject to all Canadian laws. Under this view of the matter, a child born to parents subject to Canadian laws is a person born in Canada for the purposes of Canadian citizenship laws and, thus, under paragraph 3(1)(a), becomes a Canadian citizen upon birth in Canada.

[47] Persons who have diplomatic privileges and immunities do not have duties and responsibilities to Canada and are not subject to all Canadian laws. As such, they and their children are prohibited from acquiring citizenship.

d’un bref résumé — textuel seulement — de l’origine législative, l’objet et le contexte de l’alinéa 3(2)a) n’ont pas du tout été pris en compte. Il est notamment frappant de voir que le rapport de l’analyste ne fait aucun renvoi aux autres alinéas du paragraphe 3(2) ni n’en fait aucune analyse. De fait, la presque totalité de l’analyse — par surcroît textuelle seulement — se résume à un seul paragraphe du rapport de l’analyste (dossier d’appel, à la page 30). L’utilisation d’une approche aussi superficielle et incomplète pour l’interprétation des lois dans une affaire comme la présente n’est ni acceptable ni justifiable au regard des faits et du droit : voir l’arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47.

[45] Comme je vais le démontrer, l’objet de l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* est d’harmoniser le droit canadien avec le droit international et d’autres lois intérieures, dont la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, L.C. 1991, ch. 41. L’objectif était de s’assurer que l’alinéa 3(2)a) — qui interdit aux enfants nés au Canada de parents au service d’un gouvernement étranger d’obtenir la citoyenneté canadienne — ne s’applique qu’aux personnes qui jouissent de privilèges diplomatiques et d’immunités de juridiction civile et/ou pénale. Selon cette interprétation, les personnes « au service au Canada d’un gouvernement étranger » n’incluent que celles qui bénéficient des privilèges et immunités diplomatiques conférés par la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, 18 avril 1961, [1966] R.T. Can. n° 29, 500 U.N.T.S. 241 [Convention ou Convention de Vienne].

[46] Cet objet est logique et cohérent. Les citoyens du Canada ont des obligations envers le Canada. Ils sont assujettis à toutes les lois du Canada. Selon cette interprétation, un enfant né de parents assujettis aux lois canadiennes est un enfant né au Canada qui, en vertu des lois sur la citoyenneté canadienne et, donc, de l’alinéa 3(1)a), devient citoyen canadien au moment de sa naissance au pays.

[47] Les personnes qui jouissent de privilèges et d’immunités diplomatiques n’ont pas d’obligations envers le Canada et ne sont pas assujetties aux lois canadiennes. À ce titre, ces personnes et leurs enfants ne peuvent obtenir la citoyenneté.

[48] In this regard, I agree with and endorse the following observation of the Federal Court in *Al-Ghamdi v. Canada (Foreign Affairs and International Trade)*, 2007 FC 559, 314 F.T.R. 1, at paragraph 63:

It is precisely because of the vast array of privileges accorded to diplomats and their families, which are by their very nature inconsistent with the obligations of citizenship, that a person who enjoys diplomatic status cannot acquire citizenship.

In my view, only those who enjoy diplomatic privileges and immunities fall under the “employee[s] in Canada of a foreign government” exception in paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*.

(b) The administrative decision in more detail

[49] The Registrar did not offer any significant reasons herself. However, consistent with *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, we may look to the record in order to discern the reasons. Here, it is reasonable to conclude that the Registrar’s reasons are found in the analyst’s report the Registrar received.

[50] The analyst’s report concluded that for paragraph 3(2)(a) to apply, the foreign employee in Canada need not benefit from privileges and immunities. It reached this conclusion by looking only briefly at an amendment that superficially appeared to narrow the wording of the paragraph:

The previous iteration of the exception of right to Canadian citizenship to persons born in Canada in the *Canadian Citizenship Act, 1947* is more narrow than the iteration found in subsection 3(2) of the current *Citizenship Act* as the earlier provisions link the terms “representative” and “employee” to an official and/or recognized accreditation or, even more directly, to a diplomatic mission. The way in which subsection 3(2) of the *Citizenship Act* is written, however, differentiates “diplomatic or consular officers” from “representatives to employees of a foreign government.”

[48] À cet égard, je suis d’accord avec l’observation suivante de la Cour fédérale dans la décision *Al-Ghamdi c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international)*, 2007 CF 559, au paragraphe 63, et j’y souscris :

C’est précisément en raison de la vaste gamme de privilèges dont jouissent les diplomates et leur famille, privilèges qui sont de par leur nature même incompatibles avec les obligations de la citoyenneté, qu’une personne qui jouit du statut diplomatique ne peut acquérir la citoyenneté.

À mon avis, seules les personnes qui jouissent de privilèges et d’immunités diplomatiques sont visées par l’exception prévue à l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* pour les personnes « au service au Canada d’un gouvernement étranger ».

b) La décision administrative plus en détail

[49] Le greffier n’a pas présenté de motifs importants. Cependant, conformément à l’arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, nous pouvons examiner le dossier pour tenter d’en dégager les motifs. En l’espèce, il est raisonnable de conclure que les motifs du greffier se trouvent dans le rapport de l’analyste que le greffier a reçu.

[50] Dans ce rapport, l’analyste a conclu que, pour que l’alinéa 3(2)a) s’applique, il n’est pas nécessaire que le travailleur étranger au Canada bénéficie de privilèges et d’immunités. Il est parvenu à cette conclusion en ne faisant qu’un bref examen d’une modification qui semblait restreindre le libellé de l’alinéa :

[TRADUCTION] L’itération précédente de l’exception au droit à la citoyenneté canadienne pour les personnes nées au Canada, selon la *Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947*, est plus restreinte que celle figurant au paragraphe 3(2) de l’actuelle *Loi sur la citoyenneté*, car les dispositions antérieures liaient les termes « représentant » et « au service de » à une accréditation officielle et/ou reconnue ou, plus directement, à une mission diplomatique. Le libellé du paragraphe 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté* établit toutefois une distinction entre l’« agent diplomatique ou consulaire » et la personne « au service au Canada d’un gouvernement étranger ».

[51] The analyst looked to the definition of “diplomatic or consular officers” in section 35 of the *Interpretation Act*—“includes an ambassador, envoy, minister, chargé d’affaires, counsellor, secretary, attaché, consul-general, consul, vice-consul, pro-consul, consular agent, acting consul-general, acting consul, acting vice-consul, acting consular agent, high commissioner, permanent delegate, adviser, acting high commissioner, and acting permanent delegate”—and concluded that “employee[s] in Canada of a foreign government” must mean something different.

[52] Textually and logically, this does not necessarily follow. Many persons occupying these offices are “employee[s] in Canada of a foreign government” in the sense that a foreign government employs them. And, as can be seen from the word “includes” in the definition of “diplomatic or consular officers,” it is non-exhaustive.

(c) The Federal Court’s reasons

[53] The Federal Court held that “employee[s] in Canada of a foreign government” applied to all such employees, regardless of diplomatic or consular status. It held that to interpret paragraph 3(2)(a) in any other way would leave the section without any meaning.

[54] In my view, this implies that there can be no employees in Canada of a foreign government who have diplomatic or consular status and who are not diplomatic or consular officers. Put another way, the Federal Court has assumed that employees in Canada of a foreign government who have diplomatic privileges and immunities are the same persons as those who have diplomatic or consular status.

[55] This is not the case. There can be employees in Canada of a foreign government who do have privileges and immunities and who are not diplomatic or consular officers: see *Foreign Missions and International*

[51] L’analyste a examiné la définition d’« agent diplomatique ou consulaire » figurant à l’article 35 de la *Loi d’interprétation* — « Sont compris parmi les agents diplomatiques ou consulaires les ambassadeurs, envoyés, ministres, chargés d’affaires, conseillers, secrétaires, attachés, les consuls généraux, consuls, vice-consuls et leurs suppléants, les suppléants des agents consulaires, les hauts-commissaires et délégués permanents et leurs suppléants » — et a conclu que cette définition devait différer de celle d’une personne « au service au Canada d’un gouvernement étranger ».

[52] Cependant, l’analyse textuelle et logique n’appuie pas nécessairement une telle conclusion. De fait, de nombreuses personnes qui occupent les fonctions précitées sont « au service au Canada d’un gouvernement étranger », au sens où c’est un gouvernement étranger qui les emploie. Et, comme on peut en déduire des mots « Sont compris » figurant dans la définition d’« agent diplomatique ou consulaire », cette définition n’est pas exhaustive.

c) Les motifs de la Cour fédérale

[53] La Cour fédérale a conclu que la définition de personne « au service au Canada d’un gouvernement étranger » s’appliquait à tous ces employés, sans égard à leur statut diplomatique ou consulaire, indiquant que conclure autrement aurait pour effet de rendre l’alinéa 3(2)a) vide de sens.

[54] À mon avis, pareille interprétation laisse croire qu’une personne au service au Canada d’un gouvernement étranger, qui a le statut diplomatique ou consulaire, ne peut être qu’un agent diplomatique ou consulaire. Autrement dit, la Cour fédérale a présumé qu’il n’y avait aucune différence entre les personnes au service au Canada d’un gouvernement étranger qui bénéficient de privilèges et d’immunités diplomatiques et celles qui ont le statut diplomatique ou consulaire.

[55] Or, tel n’est pas le cas. En effet, il peut y avoir au Canada des personnes qui sont au service d’un gouvernement étranger et qui jouissent de privilèges ou d’immunités, sans pour autant être des agents diplomatiques

*Organizations Act*, sections 3 and 4 and Schedule II, Articles 1, 41, 43, 49 and 53.

(d) Further analysis of the *Citizenship Act*

[56] In my view, whether or not someone is an employee in Canada of a foreign government is just part of what triggers the operation of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. The additional element of diplomatic immunity triggers the paragraph. The text is consistent with this interpretation.

[57] Subsection 3(2) mirrors provisions in the *Foreign Missions and International Organizations Act* and the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*: see, for example, the similar phrasing of certain terms in Article 1 in the Convention and subsection 3(2) of the *Citizenship Act*. Together, the *Foreign Missions and International Organizations Act* and the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, among other things, provide for civil and criminal immunity for consular officials who carry out their responsibilities in Canada. The mirroring between these two and subsection 3(2) of the *Citizenship Act* strongly indicates a relationship between the two—i.e., that the presence of diplomatic immunity matters.

[58] According to the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, a consular officer is to protect in the receiving state (here Canada) the interests of the sending (or foreign) state and its nationals within the limits set out in international law. It defines a consular official as any person entrusted with that capacity and diplomatic agents as members of the diplomatic staff of the mission. Persons not associated with the mission are not considered diplomatic staff and are outside of the Convention and, thus, are outside of the *Foreign Missions and International Organizations Act*. The appellant's parents, who as we shall see, in no way possessed diplomatic immunity, cannot fall under paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*.

ou consulaires : voir la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, articles 3 et 4 et annexe II, articles 1, 41, 43, 49 et 53.

d) Analyse plus approfondie de la *Loi sur la citoyenneté*

[56] Je suis d'avis qu'il ne suffit pas à une personne d'être au service au Canada d'un gouvernement étranger pour justifier l'application de l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*; c'est plutôt l'autre élément concernant l'immunité diplomatique qui commande l'application de cet alinéa. Le libellé appuie cette interprétation.

[57] Le paragraphe 3(2) reflète les dispositions de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales* et de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*; voir, par exemple, les similitudes entre le libellé de l'article 1 de la Convention et du paragraphe 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté*. Ainsi, la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales* et la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* prévoient toutes deux, entre autres, l'immunité de juridiction civile et pénale pour les agents consulaires qui s'acquittent de leurs responsabilités au Canada. La similitude entre ces deux textes et le libellé du paragraphe 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté* témoignent clairement du lien qui existe entre les deux — et montre que l'immunité diplomatique revêt de l'importance.

[58] Selon la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, l'agent consulaire doit protéger dans l'État accréditaire (en l'espèce, le Canada) les intérêts de l'État accréditant (étranger) et de ses ressortissants, dans les limites admises par le droit international. On y définit le fonctionnaire consulaire comme une personne chargée en cette qualité de l'exercice de fonctions consulaires et l'agent diplomatique comme un membre du personnel diplomatique de la mission. Les personnes qui ne sont pas associées à la mission ne sont pas considérées comme faisant partie du personnel diplomatique; elles ne sont donc pas visées par la Convention ni, de ce fait, par la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*. L'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la*

[59] It is trite that subsection 3(2), including paragraph 3(2)(a), should be interpreted in accordance with relevant principles of customary and conventional international law, here the Articles in the *Vienna Convention on Diplomatic Relations* that have been incorporated into Canadian law: *Foreign Missions and International Organizations Act*, section 3; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraphs 35–39; *B010*, above, at paragraph 47. This is all the more where the provision to be construed has been enacted with a view towards implementing international principles or against the backdrop of those principles: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at page 1371.

[60] The Articles of the Vienna Convention set out which officials of a foreign government enjoy diplomatic status and civil and criminal immunity. Under those provisions, certain employees of a foreign government can enjoy immunity.

[61] The context of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* must also be examined. It sits within subsection 3(2) and, to some extent, draws meaning from the other paragraphs in the subsection. Key here is a portion of paragraph 3(2)(c). Subsection 3(2) in its entirety reads as follows:

**3 ...**

**Not applicable to children of foreign diplomats, etc.**

(2) Paragraph (1)(a) does not apply to a person if, at the time of his birth, neither of his parents was a citizen or lawfully admitted to Canada for permanent residence and either of his parents was

(a) a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government;

*citoyenneté* ne peut s'appliquer aux parents de l'appelant qui, comme nous le verrons, ne jouissent en aucune façon de l'immunité diplomatique.

[59] Il est bien établi que le paragraphe 3(2), y compris l'alinéa 3(2)a, devrait être interprété conformément aux principes pertinents du droit international coutumier et conventionnel, soit, en l'espèce, conformément aux articles de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* qui ont été intégrées au droit canadien : *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, article 3; arrêts *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, aux paragraphes 35 à 39, et *B010*, précité, au paragraphe 47, surtout lorsque la disposition à interpréter a été adoptée dans le but de mettre en œuvre des principes internationaux ou dans le contexte de ces principes : arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, à la page 1371.

[60] Les articles de la Convention de Vienne déterminent quels agents d'un gouvernement étranger jouissent du statut diplomatique et de l'immunité de juridiction civile et pénale. En vertu de ces dispositions, certains employés d'un gouvernement étranger peuvent bénéficier d'une immunité.

[61] Il convient également de prendre en compte le contexte de l'alinéa 3(2)a de la *Loi sur la citoyenneté*. Cet alinéa s'inscrit dans le paragraphe 3(2) et, dans une certaine mesure, les autres alinéas de ce paragraphe en précisent le sens. Un passage de l'alinéa 3(2)c revêt une importance particulière en l'espèce. Le paragraphe 3(2), dans son intégralité, se lit comme suit :

**3 [...]**

**Inapplicabilité aux enfants de diplomates étrangers, etc.**

(2) L'alinéa (1)a ne s'applique pas à la personne dont, au moment de la naissance, les parents n'avaient qualité ni de citoyens ni de résidents permanents et dont le père ou la mère était :

a) agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d'un gouvernement étranger;

(b) an employee in the service of a person referred to in paragraph (a); or

(c) an officer or employee in Canada of a specialized agency of the United Nations or an officer or employee in Canada of any other international organization to whom there are granted, by or under any Act of Parliament, diplomatic privileges and immunities certified by the Minister of Foreign Affairs to be equivalent to those granted to a person or persons referred to in paragraph (a). [Emphasis added.]

b) au service d'une personne mentionnée à l'alinéa a);

c) fonctionnaire ou au service, au Canada, d'une organisation internationale — notamment d'une institution spécialisée des Nations Unies — bénéficiant sous le régime d'une loi fédérale de privilèges et immunités diplomatiques que le ministre des Affaires étrangères certifie être équivalents à ceux dont jouissent les personnes visées à l'alinéa a). [Non souligné dans l'original.]

[62] The underlined portions suggest that the persons referred to in paragraph 3(2)(a) have been granted “diplomatic privileges and immunities”. Thus, paragraph 3(2)(a) covers only those “employee[s] in Canada of a foreign government” that have “diplomatic privileges and immunities”.

[63] Also part of the context surrounding paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* is its legislative history.

[64] In 1946, any person born in Canada was entitled to Canadian citizenship as of right. No exceptions were made for the children of diplomats or others. See *The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15.

[65] In 1950, the Act was amended [S.C. 1950, c. 29, s. 2]. It provided in subsection 5(2) that if a person were born in Canada and the person's “responsible parent” was

- “an alien” and not a permanent resident, and
- “a foreign diplomatic or consular officer or a representative of a foreign government accredited to His Majesty”, “an employee of a foreign government attached to or in the service of a foreign diplomatic mission or consulate in Canada” or “an employee in the service” of “a foreign diplomat or consular officer”,

then the person was not entitled to Canadian citizenship by virtue of being born in Canada: *An Act to amend the Canadian Citizenship Act*, S.C. 1950, c. 29, s. 2.

[62] Les passages soulignés laissent croire que les personnes auxquelles renvoie l'alinéa 3(2)a) bénéficient de « privilèges et immunités diplomatiques ». Cet alinéa ne vise donc que les personnes « au service au Canada d'un gouvernement étranger » qui jouissent de « privilèges et immunités diplomatiques ».

[63] L'origine législative de l'alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* fait aussi partie du contexte.

[64] En 1946, toute personne née au Canada avait droit à la citoyenneté canadienne. Aucune exception n'était prévue pour les enfants de diplomates ou de quelque autre catégorie. Voir la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1946, ch. 15.

[65] La Loi a été modifiée en 1950 [S.C. 1950, ch. 29, art. 2]. Le paragraphe 5(2) de la loi modifiée prévoyait que, si une personne était née au Canada et que le « parent responsable » de cette personne était :

- « un étranger » et non un résident permanent;
- « un agent diplomatique ou consulaire étranger ou un représentant d'un gouvernement étranger accrédité auprès de Sa Majesté », « un employé d'un gouvernement étranger, attaché à une mission diplomatique ou à un consulat au Canada, ou au service d'une telle mission ou d'un tel consulat », ou « un employé au service » d' « un agent diplomatique ou consulaire étranger »,

alors cette personne n'avait pas droit à la citoyenneté canadienne du fait de sa naissance au Canada : *Loi modifiant la Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1950, ch. 29, article 2.

[66] In 1976, the new *Citizenship Act* came into force and, insofar as the sections in this case are concerned, there has been no change since. The new *Citizenship Act* changed old subsection 5(2) by removing the phrase “an employee of a foreign government” from “attached to or in the service of a foreign diplomatic mission or consulate in Canada” and placed it in new paragraph 3(2)(a): *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, subsection 3(2). It also excluded from acquiring Canadian citizenship those children born in Canada to officers or employees of an international organization “to whom there are granted ... diplomatic privileges or immunities certified ... to be equivalent” to “a diplomatic or consular officer or other representative or employee in Canada of a foreign government.” This exemption appears as paragraph 3(2)(c) in the Act as it stands today.

[67] The analyst drew significance from the separation of “an employee of a foreign government” from “attached to or in the service of a foreign diplomatic mission or consulate in Canada” in the new subsection 3(2). This was incorrect; the Registrar’s failure to examine the purpose and context of the provision caused a misunderstanding regarding how the various paragraphs in subsection 3(2) interrelate. If “a foreign diplomatic or consular officer or a representative of a foreign government” already included the idea of an employee of a foreign government who has immunity, the amendments to paragraph 3(2)(a) and 3(2)(b) merely clarified the legislative intent and eliminated a redundancy. Also of significance is paragraph 3(2)(c) that was introduced into the 1976 Act. As we have seen, it sheds further light on the meaning of paragraph 3(2)(a): employees falling in paragraph 3(2)(a) can only be those enjoying diplomatic privileges and immunities.

[68] A Minister commenting on the 1976 change stated that the government did not want to affect people working for large foreign corporations in the same way as diplomats or those working for international

[66] La nouvelle *Loi sur la citoyenneté* est entrée en vigueur en 1976; aucune modification n’a été apportée depuis aux articles visés en l’espèce. Dans cette nouvelle version de la *Loi sur la citoyenneté*, la notion d’« employé d’un gouvernement étranger, attaché à une mission diplomatique ou à un consulat au Canada, ou au service d’une telle mission ou d’un tel consulat » a été supprimée de l’ancien paragraphe 5(2) et intégrée dans le nouvel alinéa 3(2)a) : *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108, paragraphe 3(2). Cette loi excluait également du droit à la citoyenneté canadienne les enfants nés au Canada d’un fonctionnaire d’une organisation internationale « auquel une loi [...] reconnaît des privilèges et immunités diplomatiques dont l’équivalence avec ceux [...] accordés aux » « agent[s] diplomatique[s] ou consulaire[s] ou [...] autre[s] représentant[s] ou employé[s] au Canada d’un gouvernement étranger ». Cette exception apparaît à l’alinéa 3(2)c) de la version actuelle de la *Loi sur la citoyenneté*.

[67] L’analyste a accordé de l’importance à la distinction entre la personne « au service au Canada d’un gouvernement étranger » dans le nouveau libellé du paragraphe 3(2) et celle « attaché[e] à une mission diplomatique ou à un consulat au Canada, ou au service d’une telle mission ou d’un tel consulat ». Une telle interprétation était toutefois erronée; en omettant d’examiner l’objet et le contexte de la disposition, le greffier a mal compris l’interdépendance entre les divers alinéas du paragraphe 3(2). Si l’« agent diplomatique ou consulaire, représentant à un autre titre ou au service au Canada d’un gouvernement étranger » incluait déjà la notion d’employé d’un gouvernement étranger bénéficiant de l’immunité, les modifications apportées aux alinéas 3(2)a) et 3(2)b) n’ont fait que clarifier l’intention du législateur et supprimer une redondance. Il importe également de souligner l’alinéa 3(2)c) qui a été introduit dans la Loi de 1976. Comme nous l’avons vu, cet alinéa vient préciser le sens de l’alinéa 3(2)a) : les employés visés par cet alinéa ne pouvant être que ceux qui jouissent de privilèges et d’immunités diplomatiques.

[68] Selon un ministre ayant commenté la modification apportée en 1976, le législateur ne voulait pas que les personnes au service de grandes sociétés étrangères soient assujetties aux mêmes règles que les diplomates

organizations like the United Nations who have immunities: J. Hugh Faulkner, Secretary of State of Canada, February 24, 1976, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts*. This purpose is consistent with the original purpose of the enactment which was to exclude all those, including those employed by foreign governments who have diplomatic immunities, from the benefit of citizenship.

[69] Another important element of context is the customary international law principle, *jus soli*, that is a backdrop to section 3 of the *Citizenship Act*. Under international law, the principle of *jus soli* gives nationality or citizenship to anyone born in the territory of a nation: Professor Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1998), at pages 391–393. This is expressed in paragraph 3(1)(a) of the *Citizenship Act*. Paragraph 3(2)(a) derogates from this principle. Since paragraph 3(2)(a) takes away rights that would otherwise benefit from a broad and liberal interpretation, it should be interpreted narrowly: *Brossard (Town) v. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 S.C.R. 279, (1988), 53 D.L.R. (4th) 609, at paragraph 56 [page 307 of S.C.R.]. The narrower interpretation is that not all employees of a foreign government fall in paragraph 3(2)(a); only those who have diplomatic immunity fall within it.

[70] In discussing the *jus soli* principle in his text, *Principles of Public International Law*, above, Professor Brownlie confirms that under international law, children born to those in a foreign nation who enjoy diplomatic immunities do not acquire the nationality of the foreign state. This is the principle that, in my view, pervades paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. Professor Brownlie's analysis is at pages 389–390 of his text (the footnotes are reproduced in square brackets):

A rule which has very considerable authority stipulated that children born to persons having diplomatic immunity shall not be nationals by birth of the state to which

ou les personnes au service d'organisations internationales comme les Nations Unies qui, elles, jouissent de l'immunité : J. Hugh Faulkner, Secrétaire d'État du Canada, le 24 février 1976, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts*. Cet objet est compatible avec l'objet initial du texte législatif qui était d'exclure du droit à la citoyenneté toutes les personnes, y compris celles au service de gouvernements étrangers, qui bénéficiaient de l'immunité diplomatique.

[69] Un autre élément important du contexte est un principe du droit international coutumier, le principe du droit du sol (*jus soli*), qui sert de toile de fond à l'article 3 de la *Loi sur la citoyenneté*. En vertu du droit international, le principe du droit du sol accorde la nationalité ou la citoyenneté à quiconque naît sur le territoire d'une nation : professeur Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Oxford : Clarendon Press, 1998), aux pages 391 à 393. L'alinéa 3(1)a de la *Loi sur la citoyenneté* traduit ce principe, mais l'alinéa 3(2)a y déroge. Comme l'alinéa 3(2)a supprime des droits qui autrement découleraient d'une interprétation large et libérale, il convient d'en faire une interprétation restrictive : arrêt *Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne)*, [1988] 2 R.C.S. 279, au paragraphe 56 [à la page 307 du R.C.S.]. Selon cette interprétation plus restrictive, ce ne sont pas tous les employés au service d'un gouvernement étranger qui sont visés par l'alinéa 3(2)a, mais seulement ceux qui jouissent de l'immunité diplomatique.

[70] Dans son ouvrage *Principles of Public International Law*, précité, le professeur Brownlie confirme, en parlant du principe du droit du sol, que les enfants nés dans un État étranger de parents jouissant de l'immunité diplomatique n'acquièrent pas la nationalité de cet État. À mon avis, c'est ce principe que traduit l'alinéa 3(2)a de la *Loi sur la citoyenneté*. L'analyse du professeur Brownlie sur cette question se trouve aux pages 389 et 390 de son ouvrage (les notes en bas de page sont indiquées entre crochets) :

[TRADUCTION] Selon une règle qui jouit d'une très grande autorité, les enfants nés de personnes bénéficiant de l'immunité diplomatique ne sont pas considérés comme des

the diplomatic agent concerned is accredited. Thirteen governments stated the exception in the preliminaries of the Hague Codification Conference. In a comment [26 A.J. (1929), Spec. Suppl., p. 27] on the relevant article of the Harvard draft on diplomatic privileges and immunities it is stated: “This article is believed to be declaratory of an established rule of international law”. The rule receives ample support from the legislation of states. [See the *U.N. Legis. Series, Laws Concerning Nationality* (1954) Suppl. Vol. 1959] and expert opinion [Cordova, *Yrbk. ILC* (1953), ii 166 at 176 (Art. III); Guggenheim, i. 317.] The Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws of 1930 provides in Article 12: “Rules of law which confer nationality by reason of birth on the territory of a State shall not apply automatically to children born to persons enjoying diplomatic immunities in the country where the birth occurs.”

In 1961 the United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities adopted an Optional Protocol concerning Acquisition of Nationality [18 Apr.; 500 U.N.T.S/ 223...], which provided in Article II: “Members of the mission not being nationals of the receiving State and members of their families forming part of their household, shall not, solely by the operation of the law of the receiving State, acquire the nationality of that State”.... In a few instances legislation [the *Canadian Citizenship Act, 1946*, as amended, s. 5(2)...] and other prescriptions ... exclude the *jus soli* in respect of the children of persons exercising official duties on behalf of a foreign government....

[71] In the above passage, Professor Brownlie cites Canada’s first *Citizenship Act* as embodying the principle that the *jus soli* is excluded in respect of the children of persons exercising official duties on behalf of a foreign government who enjoy immunities. Is it conceivable that since 1946, by virtue of subsequent amendments to the *Citizenship Act*, Canada has departed from this international law principle? I would suggest not. Again, to the extent possible, Canadian legislation should be interpreted as being consistent with international law: see the authorities in paragraph 59, above.

ressortissants du fait de leur naissance dans l’État auprès duquel l’agent diplomatique est accrédité. Treize États se sont prévalus de cette exception lors des travaux préliminaires de la Conférence de La Haye pour la codification du droit international. Dans un commentaire [26 A.J. (1929), Spec. Suppl., p. 27] concernant l’article pertinent de l’énoncé de Harvard sur les privilèges et immunités diplomatiques, on y lit : [TRADUCTION] « Cet article est censé consacrer un principe établi de droit international ». Cette règle est largement corroborée par les lois des États [voir *United Nations Legislative Series, Laws Concerning Nationality* (1954), supplément, vol. 1959] et l’opinion d’experts [Cordova, *Yrbk. ILC* (1953), ii 166, à la page 176 (article III); Guggenheim, i. 317]. Selon l’article 12 de la *Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité* de 1930, « Les dispositions légales relatives à l’attribution de la nationalité d’un État en raison de la naissance sur son territoire ne s’appliquent pas de plein droit aux enfants dont les parents jouissent des immunités diplomatiques dans le pays de la naissance ».

En 1961, la Conférence des Nations Unies sur les relations et immunités diplomatiques a adopté le Protocole de signature facultative concernant l’acquisition de la nationalité [18 avril; *Recueil des Traités* des Nations Unies, vol. 500, p. 223], dont l’article II énonce ce qui suit : « Les membres de la mission qui n’ont pas la nationalité de l’État accréditaire et les membres de leur famille qui font partie de leur ménage n’acquièrent pas la nationalité de cet État par le seul effet de sa législation ». Dans quelques cas, le texte législatif [la *Loi sur la citoyenneté canadienne de 1946*, dans sa version modifiée, paragraphe 5(2)...] et d’autres prescriptions [...] ont exclu l’application du principe du droit du sol aux enfants de personnes exerçant des fonctions officielles pour le compte d’un gouvernement étranger [...]

[71] Dans le passage précité, le professeur Brownlie cite la première version de la *Loi sur la citoyenneté* du Canada qui donne forme au principe selon lequel le droit du sol ne s’applique pas aux enfants de personnes qui exercent des fonctions officielles pour le compte d’un gouvernement étranger et qui jouissent d’immunités. Est-il envisageable de croire que, depuis 1946, le Canada se soit écarté de ce principe du droit international du fait des modifications qui ont été apportées à la *Loi sur la citoyenneté*? Je ne le crois pas. Encore une fois, il convient, dans la mesure du possible, d’interpréter les lois canadiennes conformément au droit international : voir la jurisprudence mentionnée au paragraphe 59 des présents motifs.

[72] The interpretation of paragraph 3(2)(a) the appellant urges upon us and that which I have set about above is consistent with international law and, in the circumstances, is the only reasonable one that was available to the Registrar.

[73] The respondent submits that “[i]t is the intimate connection with the foreign government in Canada that triggers the provision”. The respondent goes even further: under paragraph 3(2)(a), citizenship is to be denied to a child of a foreign national who was in Canada representing the “interests of his or her own government”. And it applies to the children of foreign spies. Giving Canadian citizenship to the children of persons of that sort is “inconsistent with the duties and responsibilities of Canadian citizenship.” See the respondent’s memorandum of fact and law at paragraphs 72–76.

[74] It seems to me that the respondent is ascribing to paragraph 3(2)(a) a breadth that the text, context and purpose of the paragraph cannot bear. The respondent’s interpretation does not explain why the language of subsection 3(2) of the Act borrows many of the same phrases that the *Vienna Convention on Diplomatic Relations* uses in the context of diplomatic immunity. Nor does it explain the legislative history of the subsection. The respondent’s suggestion that the provision contemplates that the “interests” of a foreign national must be considered injects a qualitative element into the analysis, the sort of element that Parliament tries to avoid when defining who is a citizen and who is not. (On the need to interpret legislation in certain contexts in a manner that provides bright lines, see, e.g., *Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc.*, 2011 FCA 364, 430 N.R. 74, at paragraph 27.) In my view, much clearer and broader legislative text would be needed in order to persuade me that Parliament intended to exclude from citizenship a child of a foreign national who was in Canada representing the “interests of his or her own government”.

[72] L’interprétation de l’alinéa 3(2)a que préconise l’appelant, et que j’ai énoncée précédemment, est conforme au droit international et, dans les circonstances en l’espèce, est la seule interprétation raisonnable qui s’offrirait au greffier.

[73] L’intimé soutient que [TRADUCTION] « ce sont les liens intimes avec le gouvernement étranger au Canada qui justifient l’application de cette disposition ». L’intimé va plus loin, alléguant qu’en vertu de l’alinéa 3(2)a l’enfant d’un ressortissant étranger qui était au Canada pour représenter les [TRADUCTION] « intérêts de son propre gouvernement » n’a pas droit à la citoyenneté. Et cette règle s’applique également aux enfants d’espions étrangers. Accorder la citoyenneté canadienne aux enfants de personnes de ce type serait [TRADUCTION] « incompatible avec les obligations et les responsabilités inhérentes à la citoyenneté canadienne ». Voir le mémoire des faits et du droit de l’intimé, aux paragraphes 72 à 76.

[74] Il me semble que l’intimé attribue à l’alinéa 3(2)a une portée qui n’est corroborée ni par le libellé, ni par le contexte ou l’objet. L’interprétation qu’en fait l’intimé ne peut expliquer pourquoi le libellé du paragraphe 3(2) de la *Loi sur la citoyenneté* reprend de nombreux passages que la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques* utilise dans le contexte de l’immunité diplomatique. Pas plus qu’elle ne tient compte de l’origine législative de ce paragraphe. Selon l’intimé, le fait que cette disposition prévoit la prise en compte des « intérêts » du ressortissant étranger confère à l’analyse un élément qualitatif, ce type même d’élément que le législateur cherche à éviter lorsqu’il définit qui a droit, et n’a pas droit, à la citoyenneté. (En ce qui concerne la nécessité, dans certains contextes, d’interpréter la loi en regard de critères nettement définis, voir, par exemple, l’arrêt *Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc.*, 2011 CAF 364, au paragraphe 27.) À mon avis, il faudrait un texte législatif beaucoup plus exhaustif et précis pour me convaincre que l’intention du législateur était d’exclure du droit à la citoyenneté un enfant d’un ressortissant étranger qui était au Canada pour représenter les [TRADUCTION] « intérêts de son propre gouvernement ».

## (e) Application to the facts of the case

[75] The reasons of the Federal Court (at paragraphs 4–5) set out the facts pertaining to the appellant’s parents the Registrar relied upon in applying paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* to the appellant and cancelling his Canadian citizenship:

... Both parents were charged [in the United States] with one count of conspiracy to act as unregistered agents of a foreign government and two counts of conspiracy to commit money laundering.

The charges related to operations referred to in the United States as the “illegals” program. This constitutes a subversive program whereby foreign nationals, with the assistance of their governments, assume identities and live in the United States while performing “deep cover” foreign intelligence assignments. After undergoing extensive training in their own country, in this case, Russia, these agents work to obscure any ties between themselves and their true identities. They establish seemingly legitimate alternative lives, referred to as “legends”, all the while taking direction from the Russian Foreign Intelligence Service (SVR). According to the charging documents, Mr. Vavilov’s parents were known to be part of this program since the early 1990s, and were collecting intelligence for the SVR, who paid for their services. On July 8, 2010, Mr. Vavilov’s parents pled guilty to the conspiracy charge and were returned to Russia in a spy swap the next day.

[76] Just from these facts alone, one can see that the appellant’s parents never enjoyed any immunity from criminal prosecution. They were charged with criminal offences in the United States. Their status was the same in Canada.

[77] The analyst, whose report was relied upon by the Registrar, found the following:

On the balance of probabilities, it is submitted that [the appellant’s parents] were deployed to Canada, a “host country,” specifically for the task of stealing the identities of Canadians and building their respective Canadian

## e) Application aux faits de l’espèce

[75] Les motifs invoqués par la Cour fédérale (aux paragraphes 4 et 5) exposent les faits au sujet des parents de l’appelant sur lesquels le greffier s’est basé pour appliquer l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* et annuler la citoyenneté canadienne de l’appelant.

[...] Ces derniers ont fait l’objet d’un chef d’accusation [aux États-Unis] de complot en vue d’agir en tant que représentants non accrédités d’un gouvernement étranger et de deux chefs d’accusation de complots en vue de commettre des infractions de recyclage des produits de la criminalité.

Les accusations ont été portées dans le cadre des opérations connues sous le nom du programme des « illégaux » aux États-Unis. Il s’agit d’un programme subversif où les ressortissants étrangers, avec l’aide de leur gouvernement, vivent sous des identités d’emprunt aux États-Unis tout en réalisant des missions clandestines pour le compte des services des renseignements extérieurs à titre « d’agent dormant ». Après avoir suivi une formation approfondie dans leur propre pays, dans ce cas-ci la Russie, ces agents tentent d’effacer tous les liens entre leur identité d’emprunt et leur identité véritable. Ces agents mènent des vies en apparence légitimes, qu’on appelle des « légendes », tout en suivant les directives du Service des renseignements extérieurs de la Russie (SVR). Selon les dossiers d’inculpation, les parents de M. Vavilov faisaient partie de ce programme depuis le début des années 90 et recueillaient des renseignements pour le compte du SVR qui rémunéraient leurs services. Le 8 juillet 2010, les parents de M. Vavilov ont plaidé coupables aux accusations de complot. Le jour suivant, ils sont retournés en Russie dans le cadre d’un échange d’espions.

[76] Ces faits à eux seuls montrent bien que les parents de l’appelant n’ont jamais bénéficié de quelque immunité contre les poursuites pénales. Ils ont été accusés d’infractions criminelles aux États-Unis et leur statut était le même au Canada.

[77] Dans son rapport sur lequel s’est basé le greffier, l’analyste a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Selon la prépondérance des probabilités, il est allégué que [les parents de l’appelant] ont été détachés au Canada, un « pays d’accueil », expressément pour usurper l’identité de Canadiens et y établir leurs

legends prior to relocating to the United States, the “target country”, as Canadians.

[78] While in Canada, the appellant’s parents were never enjoying civil or criminal immunity. The analyst found that they did not hold any form or level of diplomatic or consular status. It found that agents of the SVR (the Russian Foreign Intelligence Service), which the appellant’s parents were, are not afforded diplomatic or consular privileges because such a direct and overt association with Russian authorities would risk jeopardizing their capacity to create convincing and “non-Russian” legends.

[79] On these undisputed facts, and based on the above interpretation of paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act*—the only reasonable interpretation available and the only one that is consistent with the text, context and purpose of the provision—the revocation of the appellant’s citizenship cannot be sustained.

[80] Before concluding, I wish to deal with one reason offered by the Federal Court in upholding the reasonableness of the Registrar’s decision. The Federal Court suggested the following (at paragraph 25):

In my view the Registrar correctly found that this scenario is captured by s. 3(2)(a) of the *Citizenship Act*. To conclude otherwise would lead to the absurd result that children of a foreign diplomat, registered at an embassy, who conducts spy operations, cannot claim Canadian citizenship by birth in Canada but children of those who enter unlawfully for the very same purpose, become Canadian citizens by birth. The proper application of the rules of statutory interpretation should not lead to absurd results (see: [Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2007)], at page 209).

[81] The absurdity here appears to be based on the Federal Court’s own assessment of policy: spies are spies, and the children of spies should not receive Canadian citizenship.

propres légendes canadiennes avant de déménager aux États-Unis, le « pays cible », en tant que Canadiens.

[78] Pendant leur séjour au Canada, les parents de l’appellant n’ont jamais bénéficié de l’immunité de juridiction civile ou pénale. L’analyste a également conclu que les parents n’avaient jamais bénéficié de quelque forme ou niveau de statut diplomatique ou consulaire, précisant que les agents du SVR (le service des renseignements extérieurs de la Russie), ce qu’étaient les parents de l’appellant, ne bénéficient pas de privilèges diplomatiques ou consulaires parce qu’une association aussi directe et manifeste avec les autorités russes mettrait en péril leur capacité de créer des légendes « non russes » convaincantes.

[79] Eu égard à ces faits non contestés et à l’interprétation précitée de l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté* — la seule interprétation raisonnable et compatible avec le libellé, le contexte et l’objet de cette disposition —, la révocation de la citoyenneté de l’appellant ne peut être justifiée.

[80] Avant de conclure, j’aimerais examiner un motif invoqué par la Cour fédérale pour confirmer le caractère raisonnable de la décision du greffier. La Cour fédérale a déclaré ce qui suit (au paragraphe 25) :

À mon avis, le greffier a correctement conclu que ce scénario est visé par l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*. Arriver à une autre conclusion donnerait lieu à un résultat absurde : les enfants d’un diplomate étranger qui travaille dans une ambassade et mène des opérations d’espionnage ne seraient pas citoyens canadiens de naissance, alors que les enfants de personnes qui sont entrées illégalement au Canada pour accomplir des opérations similaires le seraient. L’application appropriée des principes d’interprétation des lois ne devrait pas donner lieu à des résultats absurdes (voir : [Ruth Sullivan, *Statutory Interpretation*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2007)], à la page 209).

[81] L’absurdité en l’espèce semble toutefois découler de la propre évaluation que la Cour fédérale a faite de la politique : les espions sont des espions et leurs enfants ne devraient pas obtenir la citoyenneté canadienne.

[82] If we delve into our own assessments of policy, it could equally be said, perhaps, that the sins of parents ought not to be visited upon children without clear authorization by law. As well, the evidentiary record is full of evidence about how the appellant knew nothing of his parents' secret life and how much he regards himself as a Canadian.

[83] But, unless made legally relevant by some rule of common law or legislation on the books or a discretion legally bestowed, reviewing courts are not to have regard to such matters. Reviewing courts are restricted to the evidentiary record, the legislation and case law bearing on the problem, judicial understandings of the rule of law and constitutional standards—not freestanding policy divorced from those considerations.

[84] We all have freestanding policy views. But judicial review is about applying legal standards, not our own views of what may or may not be absurd: *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, at paragraphs 38–39. The interpretive principle against absurdity applies to interpretations that run counter to legislative policy or, colloquially, “what the legislator must have intended”—not our own sense of what is right and wrong.

[85] Here, Parliament's legislation, viewed in light of its text, context and purpose, very much dictates the result of this judicial review. It is open to Parliament to amend this legislation if, after judicial interpretation, it is not implementing the policies it considers appropriate.

#### D. Questions stated

[86] The cancellation of the appellant's citizenship took place under subsection 26(3) of the *Citizenship Regulations*. The Federal Court may review the cancellation of citizenship if it grants leave to commence a judicial review: section 22.1 of the *Citizenship Act*. An appeal from the Federal Court to this Court can

[82] Si l'on approfondit notre propre évaluation du principe, il est probable que l'on pourrait tout aussi en conclure que, sans une prescription claire de la loi, les enfants ne devraient pas être punis pour les fautes de leurs parents. De plus, le dossier de preuve abonde en éléments de preuve indiquant que l'appelant ne savait rien de la vie secrète de ses parents et montrant à quel point il se considère comme un Canadien.

[83] Cependant, à moins d'une règle de common law, d'une loi ou d'un pouvoir discrétionnaire conféré par la loi rendant ces questions pertinentes au plan juridique, les cours de révision ne doivent pas en tenir compte. Les cours de révision doivent s'en tenir au dossier de preuve, aux lois et à la jurisprudence ayant une incidence sur la question en litige, à l'interprétation des règles de droit et aux normes constitutionnelles — sans tenir compte de quelque opinion distincte ne découlant pas de ces considérations.

[84] Nous avons tous nos propres opinions. Cependant, le contrôle judiciaire consiste à appliquer des normes juridiques, et non à faire valoir notre propre opinion sur ce qui pourrait ou non nous sembler absurde : arrêt *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, aux paragraphes 38 et 39. Le principe d'interprétation visant à faire échec à l'absurdité s'applique aux interprétations qui vont à l'encontre des positions du législateur ou, en termes simples, « de l'intention du législateur » — et non de notre propre interprétation du bien et du mal.

[85] En l'espèce, le texte législatif, par son libellé, son contenu et son objet, détermine dans une très large mesure l'issue du présent contrôle judiciaire. Il est loisible au législateur de modifier cette loi si son interprétation ne donne pas lieu à la mise en œuvre des politiques qu'il considère comme appropriées.

#### D. Questions en litige

[86] La citoyenneté de l'appelant a été annulée en vertu du paragraphe 26(3) du *Règlement sur la citoyenneté*. La révision, par la Cour fédérale, d'une décision ayant annulé la citoyenneté est subordonnée à l'autorisation par la Cour de la demande de contrôle judiciaire : voir l'article 22.1 de la *Loi sur la citoyenneté*. On

only be made if the Federal Court, acting under paragraph 22.2(d) of the *Citizenship Act*, states that a serious question of general importance is involved.

[87] The Federal Court stated two serious questions of general importance for the consideration of this Court.

[88] The first question stated by the Federal Court concerned the standard of review. In my view, that was not a serious question of general importance within the meaning of paragraph 22.2(d). If it were stated alone, it would not be sufficient to allow the appellant to bring an appeal to this Court. There must be a serious question of general importance relating to a substantive or procedural matter concerning the *Citizenship Act* itself or proceedings under it.

[89] The second question, however, is proper. A modest rephrasing of it is required.

E. Proposed disposition

[90] The proper stated question and my proposed answer to it are as follows:

Question: Are the words “other representative or employee [in Canada] of a foreign government” found in paragraph 3(2)(a) of the *Citizenship Act* limited to foreign nationals [falling within these words] who [also] benefit from diplomatic privileges and immunities?

Answer: Yes.

[91] Therefore, for the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court in file T-1976-14, allow the application for judicial review, and quash the decision of the Registrar to cancel the appellant’s citizenship.

WEBB J.A.: I agree.

\*\*\*

ne peut faire appel de la décision de la Cour fédérale auprès de notre Cour que si la Cour fédérale, en application de l’alinéa 22.2d) de la *Loi sur la citoyenneté*, juge que l’affaire soulève une question grave de portée générale.

[87] La Cour fédérale a énoncé deux questions graves de portée générale dont est saisie notre Cour.

[88] La première question formulée par la Cour fédérale concerne la norme de contrôle. À mon avis, toutefois, il ne s’agit pas d’une question grave de portée générale au sens de l’alinéa 22.2d). Cette question, à elle seule, ne serait pas suffisante pour permettre à l’appelant d’interjeter appel auprès de la Cour. Il doit y avoir une question grave de portée générale ayant trait à une question de fond ou à une question de procédure liée à la *Loi sur la citoyenneté* proprement dite ou aux instances en découlant.

[89] La deuxième question, en revanche, est appropriée et ne requiert qu’une modeste reformulation.

E. Règlement proposé

[90] Voici quel devrait être le libellé de la question et la réponse que je propose :

Question : La mention « représentant à un autre titre ou au service au Canada d’un gouvernement étranger », qui figure à l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*, se limite-t-elle aux ressortissants étrangers [qui répondent à cette définition] qui bénéficient [également] de privilèges et d’immunités diplomatiques?

Réponse : Oui.

[91] Par conséquent, pour les motifs précités, j’accueillerais l’appel, j’annulerais le jugement rendu par la Cour fédérale dans le dossier T-1976-14, j’autoriserais la demande de contrôle judiciaire et j’infirmes la décision du greffier d’annuler la citoyenneté de l’appelant.

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

\*\*\*

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

[92] GLEASON J.A. (dissenting): I have read the reasons of my colleague, Stratas, J.A., and concur that, regardless of the applicable standard of review, there was no denial of procedural fairness in this case as the fairness letter provided adequate disclosure to the appellant. I also concur that the reasonableness standard applies to the review of the Registrar's decision. However, with respect, I disagree with my colleague's analysis of the reasonableness of that decision and therefore would dismiss this appeal and answer the certified question in the negative.

[93] In my view, the breadth of the range of potential reasonable decisions in any given case is a function of the nature of the question before the administrative decision maker whose decision is being reviewed and is not a function of the nature of the tribunal itself. Thus, the fact that the Registrar is acting under the *Citizenship Act* does not mean that her decision is, by that reason alone, entitled to a lesser degree of deference than the reasonableness standard would normally prescribe. Rather, the range of appreciation for her decision is informed by the nature of the question that was before her due to the teaching of the Supreme Court in *Dunsmuir*, which mandates a unified approach to judicial review of all administrative decisions.

[94] Questions that are polycentric in nature or that involve the exercise of discretion by a decision maker will often give rise to more than a single reasonable response and thus a variety of different determinations in respect of these sorts of questions may well be reasonable: *Dunsmuir*, at paragraph 47; *McLean*, at paragraphs 38–41. The decision of the Supreme Court of Canada in *Khosa* provides an example of a situation where a discretionary decision of a decision maker in the immigration context was afforded considerable deference by the Supreme Court of Canada.

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

[92] LA JUGE GLEASON, J.C.A. (dissidente) : J'ai lu les motifs de mon collègue, le juge Stratas, et je conviens que, quelle que soit la norme de contrôle devant s'appliquer, il n'y a eu en l'espèce aucun manquement à l'équité procédurale, car la lettre relative à l'équité procédurale a fourni à l'appelant suffisamment de renseignements. Je suis également d'avis que la norme de la décision raisonnable est celle qui s'applique à l'examen de la décision du greffier. Cependant, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec l'analyse que mon collègue a faite du caractère raisonnable de cette décision, et je rejetterais donc le présent appel et répondrais à la question certifiée par la négative.

[93] À mon avis, l'éventail des décisions raisonnables possibles dans une affaire dépend de la nature de la question qui a été examinée par le décideur administratif dont la décision fait l'objet du contrôle, et non de la nature du tribunal. Par conséquent, le fait que le greffier agisse en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* ne signifie pas que sa décision, de ce seul fait, appelle un degré de déférence moindre que celui qui serait normalement justifié par la norme de la décision raisonnable. La marge d'appréciation de sa décision dépend plutôt de la nature de la question dont a été saisi le greffier, étant donné l'enseignement de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir* qui commande l'adoption d'une démarche unifiée pour le contrôle judiciaire de toutes les décisions administratives.

[94] Les questions qui sont de nature polycentrique ou qui font appel à l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un décideur permettent souvent plus d'une réponse raisonnable et pourraient donc permettre plusieurs décisions raisonnables différentes : voir l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 47, et l'arrêt *McLean*, aux paragraphes 38 à 41. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khosa* nous donne un exemple d'une situation où la Cour suprême du Canada a accordé une grande déférence au pouvoir discrétionnaire d'un décideur dans le contexte de l'immigration.

[95] Where the question examined by the administrative decision maker involves statutory interpretation, the text, context and purpose of the provision as well as the reasons (if any) given by the administrative decision maker will be relevant to discerning the reasonableness of the decision maker's interpretation of the provision in its constituent statute: see, e.g., *McLean*, at paragraphs 42–70; *Edmonton East*, at paragraphs 41–61; and *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157, 96 D.L.R. (4th) 527, at paragraphs 53–102.

[96] If the text of the provision in question rationally admits of more than one interpretation and the context and purpose of the provision do not clearly necessitate adopting one interpretation over the other, I believe that the choice of the administrative decision maker to adopt one among competing interpretations must be afforded deference. To conclude otherwise is to engage in correctness review as in such circumstances the reviewing court is substituting its views for those of the tribunal on the basis of disagreement as to the correct interpretation of the provision in question, even though the interpretation of the administrative decision maker is defensible as a rational textual interpretation that is not necessarily negated by the context or purpose of the provision.

[97] Considerations other than these may also impact the reasonableness of an administrative decision maker's interpretation. Notably, where that decision maker declines to follow a well-established line of authority on a point, its decision may well be unreasonable: *Bahniuk v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 127, 484 N.R. 10, at paragraph 15; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)*, 2015 FCA 1, 466 N.R. 132, at paragraph 59; *Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.*, 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573, at paragraph 70. The decisions in *Wilson* and *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458 can be understood as being illustrations of this principle.

[95] Lorsque la question examinée par le décideur administratif fait appel à l'interprétation d'une loi, le libellé, le contexte et l'objet de la disposition ainsi que les motifs (le cas échéant) invoqués par le décideur administratif sont des facteurs pertinents à prendre en compte pour évaluer le caractère raisonnable de l'interprétation faite par le décideur de la disposition de sa loi constitutive : voir, par exemple, l'arrêt *McLean*, aux paragraphes 42 à 70; l'arrêt *Edmonton East*, aux paragraphes 41 à 61 et l'arrêt *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157, aux paragraphes 53 à 102.

[96] Si le libellé de la disposition en question permet plus d'une interprétation rationnelle, et que le contexte et l'objet de la disposition ne privilégient pas clairement une interprétation en particulier, je crois que le choix du décideur administratif commande la déférence. Conclure autrement consisterait à mener un examen en regard de la norme de la décision correcte, car en pareilles circonstances la cour de révision substitue son opinion à celle du tribunal en raison d'une divergence quant à l'interprétation appropriée de la disposition en question, et ce, même si l'interprétation du décideur administratif se justifie comme étant une interprétation textuelle rationnelle qui n'est pas nécessairement contredite par le contexte ou l'objet de la disposition.

[97] D'autres considérations pourraient également influencer sur le caractère raisonnable de l'interprétation du décideur administratif. Par exemple, la décision du décideur pourrait être jugée déraisonnable si elle ne suit pas un courant jurisprudentiel bien établi sur un point : arrêts *Bahniuk c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 127, au paragraphe 15; *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Transport, Infrastructure et Communautés)*, 2015 CAF 1, au paragraphe 59; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.*, 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573, au paragraphe 70. Les arrêts *Wilson* et *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458 offrent des illustrations de ce principe.

[98] Turning to the present case, I believe that the text of paragraph 3(2)(a) of the Act admits of at least two rational interpretations: either the term “employee” means what it plainly states and includes all employees of a foreign government who have children in Canada or conversely, as urged by the appellant, the term “employee” includes only those employees of a foreign government who enjoy diplomatic immunity and who have children in Canada. A strong case can be made for the former interpretation as the appellant’s interpretation requires the reader to read words into the text of the legislative provision that were abrogated by Parliament in 1976 when it deleted the words “attached to or in the service of a foreign diplomatic mission or consulate in Canada” from the provision covering included “employees”. Given the contextual factors framing the provision, I believe it reasonable to interpret this amendment to be substantive and informative, contrary to what is argued by the appellant.

[99] More specifically, I do not find that the context or purpose of the provision necessarily mandates the appellant’s interpretation. The comments made by former Secretary of State of Canada J. Hugh Faulkner in 1976 when paragraph 3(2)(c) was adopted are not dispositive as they concern a different provision and, indeed, the difference in wording between paragraphs 3(2)(c) and 3(2)(a) of the Act can reasonably be read to support the interpretation of the Registrar.

[100] Whereas paragraph 3(2)(a) includes no express requirement that covered employees be subject to diplomatic immunity, paragraph 3(2)(c) specifically covers only employees of international organizations who “are granted ... diplomatic privileges and immunities certified by the Minister of Foreign Affairs to be equivalent to those granted to a person or persons referred to in paragraph (a)”. The absence of such a requirement in paragraph 3(2)(a) makes it possible to interpret that paragraph as including both employees who enjoy and those who do not enjoy diplomatic immunity. The addition of the words “equivalent to those granted to a

[98] En l’espèce, je crois que le libellé de l’alinéa 3(2)a de la *Loi sur la citoyenneté* permet au moins deux interprétations rationnelles : soit le terme « au service de » doit être interprété au sens littéral et inclure tous les employés au service d’un gouvernement étranger qui ont des enfants nés au Canada, soit, inversement, comme le fait valoir l’appelant, il n’inclut que les employés au service d’un gouvernement étranger qui bénéficient de l’immunité diplomatique et qui ont des enfants pendant leur séjour au Canada. De solides motifs militent en faveur de la première interprétation, car l’interprétation préconisée par l’appelant exige du lecteur qu’il voit dans le libellé de la disposition législative des mots qui ont été abrogés par le législateur en 1976, lorsqu’il a supprimé la mention « attaché à une mission diplomatique ou à un consulat au Canada, ou au service d’une telle mission ou d’un tel consulat » de la disposition décrivant les employés visés. Compte tenu des facteurs contextuels qui encadrent la disposition, je crois qu’il est raisonnable d’interpréter cette modification comme étant une modification de fond instructive, contrairement à ce que prétend l’appelant.

[99] Plus précisément, je ne considère pas que le contexte ou l’objet de la disposition appelle nécessairement l’interprétation préconisée par l’appelant. Les commentaires formulés par l’ancien secrétaire d’État du Canada J. Hugh Faulkner en 1976, lors de l’adoption de l’alinéa 3(2)c, ne permettent pas de trancher la question, car ils portent sur une disposition différente et on pourrait raisonnablement conclure que les différences entre le libellé des alinéas 3(2)c) et 3(2)a) de la Loi appuient en fait l’interprétation du greffier.

[100] Alors que l’alinéa 3(2)a ne prévoit aucune exigence précise quant à l’immunité diplomatique, l’alinéa 3(2)c vise précisément les personnes au service d’une organisation internationale « bénéficiant [...] de privilèges et immunités diplomatiques que le ministre des Affaires étrangères certifie être équivalents à ceux dont jouissent les personnes visées à l’alinéa a) ». L’absence d’une telle exigence à l’alinéa a) permet de conclure que cet alinéa inclut à la fois les personnes au service d’une organisation internationale qui bénéficient de l’immunité diplomatique et celles qui n’en bénéficient pas. L’ajout de la mention « équivalents à ceux dont

person or persons referred to in paragraph (a)” at the end of paragraph 3(2)(c) does not necessarily mean that one must conclude that the employees mentioned in paragraph 3(2)(a) of the Act are only those who are entitled to diplomatic immunity as paragraph 3(2)(c) merely creates a parallelism with paragraph 3(2)(a) and leaves unanswered the question that was before the Registrar in this case, namely, what the term “employee” in paragraph 3(2)(a) of the Act means.

[101] As for issues related to the context and purpose flowing from the *Vienna Convention on Diplomatic Relations*, I likewise believe that this Convention does not necessarily mandate the result urged by the appellant because the Convention and the Canadian domestic legislation that adopts the Convention do not draw a bright line between those who possess diplomatic immunity and those who do not. In fact, by its incorporation of the Convention, the *Foreign Missions and International Organizations Act* extends only partial immunity to entire classes of employees. More specifically, by virtue of Article 37 of the Convention, which is Schedule I to the statute, lower level employees of foreign governments in Canada enjoy certain categories of diplomatic immunity only in respect of acts performed within the course and scope of their duties on behalf of the foreign government. Some employees—“service staff” for example—are thus amendable to civil suit and to the process of Canadian criminal courts in respect of acts and omissions that fall outside the scope of their employment duties. Article 37 of the Convention, which is Schedule I to the *Foreign Missions and International Organizations Act* provides:

#### Article 37

1 The members of the family of a diplomatic agent forming part of his household shall, if they are not nationals of the receiving State, enjoy the privileges and immunities specified in Articles 29 to 36.

2 Members of the administrative and technical staff of the mission, together with members of their families forming part of their respective households, shall, if they are not nationals of or permanently resident in the receiving State, enjoy the privileges and immunities specified in

jouissent les personnes visées à l’alinéa a) », à la fin de l’alinéa 3(2)c), ne signifie pas nécessairement qu’il faille conclure que les personnes visées à l’alinéa 3(2)a) de la Loi sont uniquement celles qui jouissent de l’immunité diplomatique; l’alinéa 3(2)c) ne faisant qu’établir un parallélisme avec l’alinéa a) et laissant sans réponse la question que devait trancher le greffier en l’espèce, à savoir ce que signifie le terme « au service de » à l’alinéa 3(2)a) de la *Loi sur la citoyenneté*.

[101] Quant aux questions liées au contexte et à l’objet découlant de la *Convention de Vienne sur les relations diplomatiques*, je crois là encore que cette convention n’appelle pas nécessairement le résultat préconisé par l’appelant, car la Convention et la loi canadienne qui l’intègre ne font pas une nette distinction entre les personnes qui jouissent de l’immunité diplomatique et celles qui n’en bénéficient pas. De fait, en incorporant la Convention, la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales* ne fait qu’étendre une immunité partielle à des catégories entières d’employés. Plus précisément, en vertu de l’article 37 de la Convention, qui correspond à l’annexe 1 de la Loi, les employés de niveau inférieur au service d’un gouvernement étranger au Canada ne bénéficient de certaines catégories d’immunité diplomatique que pour les actes accomplis dans l’exercice de leurs fonctions au nom du gouvernement étranger. Certains employés — le « personnel de service » par exemple — peuvent donc faire l’objet d’actions civiles et être traduits devant les tribunaux pénaux du Canada, pour des actions ou des omissions en dehors de l’exercice des fonctions liées à leur emploi. L’article 37 de la Convention, qui constitue l’annexe I de la *Loi sur les missions étrangères et les organisations internationales*, énonce ce qui suit :

#### Article 37

1 Les membres de la famille de l’agent diplomatique qui font partie de son ménage bénéficient des privilèges et immunités mentionnés dans les articles 29 à 36, pourvu qu’ils ne soient pas ressortissants de l’État accréditaire.

2 Les membres du personnel administratif et technique de la mission, ainsi que les membres de leurs familles qui font partie de leurs ménages respectifs, bénéficient, pourvu qu’ils ne soient pas ressortissants de l’État accréditaire ou n’y aient pas leur résidence permanente, des

Articles 29 to 35, except that the immunity from civil and administrative jurisdiction of the receiving State specified in paragraph 1 of Article 31 shall not extend to acts performed outside the course of their duties. They shall also enjoy the privileges specified in Article 36, paragraph 1, in respect of articles imported at the time of first installation.

**3** Members of the service staff of the mission who are not nationals of or permanently resident in the receiving State shall enjoy immunity in respect of acts performed in the course of their duties, exemption from dues and taxes on the emoluments they receive by reason of their employment and the exemption contained in Article 33.

**4** Private servants of members of the mission shall, if they are not nationals of or permanently resident in the receiving State, be exempt from dues and taxes on the emoluments they receive by reason of their employment. In other respects, they may enjoy privileges and immunities only to the extent admitted by the receiving State. However, the receiving State must exercise its jurisdiction over these persons in such a manner as not to interfere unduly with the performance of the functions of the mission.

[102] As many employees of foreign governments therefore enjoy only partial immunity in Canada, it is impossible to conclude that such employees' "privileges ... are by their very nature inconsistent with the obligations of citizenship", as stated at paragraph 63 in the *Al-Ghamdi* case relied on by my colleague.

[103] I therefore believe that it was open to the Registrar to conclude as she did and that it was reasonable to determine that the appellant's parents fall within the scope of paragraph 3(2)(a) of the Act, which disentitles the appellant to Canadian citizenship. I would therefore have dismissed this appeal and answered the certified question in the negative.

privèges et immunités mentionnés dans les articles 29 à 35, sauf que l'immunité de la juridiction civile et administrative de l'État accréditaire mentionnée au paragraphe 1 de l'article 31 ne s'applique pas aux actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions. Ils bénéficieront aussi des privilèges mentionnés au paragraphe 1 de l'article 36 pour ce qui est des objets importés lors de leur première installation.

**3** Les membres du personnel de service de la mission qui ne sont pas ressortissants de l'État accréditaire ou n'y ont pas leur résidence permanente bénéficient de l'immunité pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions, et de l'exemption des impôts et taxes sur les salaires qu'ils reçoivent du fait de leurs services, ainsi que de l'exemption prévue à l'article 33.

**4** Les domestiques privés des membres de la mission qui ne sont pas ressortissants de l'État accréditaire ou n'y ont pas leur résidence permanente sont exemptés des impôts et taxes sur les salaires qu'ils reçoivent du fait de leurs services. À tous autres égards, ils ne bénéficient des privilèges et immunités que dans la mesure admise par l'État accréditaire. Toutefois, l'État accréditaire doit exercer sa juridiction sur ces personnes de façon à ne pas entraver d'une manière excessive l'accomplissement des fonctions de la mission.

[102] Comme de nombreux employés de gouvernements étrangers ne bénéficient que d'une immunité partielle au Canada, il est impossible de conclure que les « privilèges [de ces employés] [...] sont de par leur nature même incompatibles avec les obligations de la citoyenneté », ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 63 de la décision *Al-Ghamdi* dont s'est fié mon collègue.

[103] J'estime donc qu'il était loisible au greffier de conclure comme il l'a fait et qu'il était raisonnable d'établir que les parents de l'appelant étaient visés par l'alinéa 3(2)a) de la Loi, rendant ainsi l'appelant inadmissible à la citoyenneté canadienne. Par conséquent, j'aurais rejeté cet appel et répondu à la question certifiée par la négative.

TOP SECRET  
CONF-2-17  
2017 FC 1047

TRÈS SECRET  
CONF-2-17  
2017 CF 1047

**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 mandat présentée par [\*\*\*] en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23**

and

et

**IN THE MATTER of Islamist Terrorism and [\*\*\*]**

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

*INDEXED AS: X (RE)*

*RÉPERTORIÉ : X (RE)*

Federal Court, Crampton C.J.—Ottawa, March 17, May 4 and September 27, 2017.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Ottawa, 17 mars, 4 mai et 27 septembre 2017.

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

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

*Security Intelligence — Reference seeking to determine whether information obtained by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) from mobile devices of subject of investigation (subject) unlawful — CSIS capturing International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers with cellular-site simulator (CSS) — CSIS using CSS technology to attribute cellular device to subject whose identity already known, to “geo-locate” subject’s cellular device — Attorney General submitting, inter alia, use of CSS not contravening Radiocommunication Act, s. 9(1)(b), Criminal Code, s. 184, Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Whether CSIS’s use of CSS without warrant to obtain identifying characteristics of subject’s mobile devices unlawful — CSIS’s use of CSS technology not contravening Radiocommunication Act — Wording of Authority to Use Radio held by CSIS in accordance with Radiocommunication Act, s. 5(1)(a)(v) sufficiently broad to cover use of CSS equipment by CSIS — CSIS also not contravening Criminal Code — Obtaining IMSI, IMEI identifiers through use of CSS equipment not capturing any content of communications made by targeted mobile devices — — Criminal Code mischief provisions also not violated — As to Charter, s. 8, while capture of IMSI, IMEI constituting “search”, such capture only minimally intrusive and is authorized by law — Nothing in language of Canadian Security Intelligence Service Act (Act), s. 21, or elsewhere supporting view that CSIS required to obtain warrant when engaging in minimally intrusive “search” — Act, s. 12 providing CSIS with authority to investigate suspicious*

*Renseignement de sécurité — Renvoi visant à déterminer si l’information obtenue par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) des appareils mobiles de la cible connue d’une enquête (cible) était illégale — Le SCRS a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir les numéros de l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et de l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI) — Le SCRS a utilisé la technologie relative aux ESB pour attribuer un appareil cellulaire à une cible dont l’identité est déjà connue et pour géolocaliser l’appareil cellulaire de la cible — La procureure générale a soutenu notamment que l’utilisation de la technologie relative aux ESB n’avait enfreint ni l’art. 9(1)(b) de la Loi sur la radiocommunication, ni l’art. 184 du Code criminel, ni l’art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés — Il s’agissait de déterminer si l’utilisation par le SCRS d’un ESB sans mandat dans le but d’obtenir les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de la cible était illégale — L’utilisation par le SCRS de la technologie relative aux ESB n’a pas contrevenu à la Loi sur la radiocommunication — Le libellé de l’Autorisation relative à l’utilisation d’appareils radio que détenait le SCRS conformément à l’art. 5(1)(a)(v) de la Loi sur la radiocommunication était assez général pour inclure l’utilisation d’ESB et du matériel connexe par le SCRS — Le SCRS n’a pas contrevenu non plus au Code criminel — L’obtention des identificateurs de l’IMSI et de l’IMEI au moyen d’un ESB n’équivalait pas à la capture de tout contenu de communications effectuée au moyen des appareils mobiles visés — — Le SCRS n’a pas enfreint non plus les dispositions du Code criminel*

*activities without warrant — View that CSIS requiring warrant every time that person's reasonable expectation of privacy engaged reading out requirement that search be "unreasonable" before it may be found contrary to Charter, s. 8 — Parliament implicitly allowing CSIS to use CSS when passing s. 12 — S. 12 reasonable law — "Reasonable grounds to suspect" standard sufficient to justify warrantless search — National security objectives sufficient to tip balance in favour of state interest when searches minimally intrusive — S. 12 neither overbroad nor vague — Scope of information CSIS may collect, retain limited to that which is "strictly necessary" — S. 12 not lacking in precision — Clearly articulating scope of activities to be investigated by CSIS — Judicial pre-authorization under Act, s. 21 necessary for more than minimally intrusive activities — Judgment: CSIS's warrantless use of CSS technology to capture identifying characteristics of subject's mobile devices not unlawful*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) capturing, without warrant, International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers from mobile devices of subject of investigation (subject) with cellular-site simulator (CSS) — Attorney General submitting, inter alia, use of CSS not contravening Charter, s. 8 — Whether subject's Charter, s. 8 rights violated — Specifically, whether CSIS conducting "search or seizure", whether search or seizure "reasonable" — Individuals having reasonable expectation of privacy in respect of IMSI, IMEI identifiers — Capture of IMSI, IMEI identifiers therefore constituting "search" — However, such capture only minimally intrusive — CSIS not requiring warrant whenever wishing to gather information through use of new technology — Supreme Court making it clear there is no free-standing prohibition on use of electronic or other technologies without a warrant — Rather, question whether technology intruding on reasonable sphere of privacy of individual — Here, nothing about CSS technology per se justifying conclusion that its use objectively unreasonable — Minimally invasive search not*

*sur les méfaits — En ce qui concerne l'art. 8 de la Charte, la collecte de l'IMSI et de l'IMEI constituait une « fouille », mais cette collecte n'était que minimalement envahissante et elle était autorisée par la loi — Ni le libellé de l'art. 21 ni les autres dispositions de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) n'appuient le point de vue selon lequel le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois qu'il effectue une « fouille » minimalement envahissante — Le libellé de l'art. 12 de la Loi sur le SCRS confère au SCRS le pouvoir d'enquêter sans mandat sur des activités suspectes — Considérer que le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois que les attentes raisonnables d'une personne en matière de vie privée sont en jeu rendrait inopérante l'exigence voulant qu'une fouille doit être « abusive » pour enfreindre l'art. 8 de la Charte — Le Parlement a implicitement permis au SCRS d'utiliser un ESB lorsqu'il a adopté l'art. 12 — L'art. 12 est une disposition législative raisonnable — Le critère des « motifs raisonnables de soupçonner » suffit à justifier une fouille sans mandat — Les objectifs relatifs à la sécurité nationale suffisent à faire pencher la balance en faveur des intérêts de l'État lorsque les fouilles sont minimalement envahissantes — L'art. 12 ni n'a une portée excessive, ni n'est vague — La portée des informations qui peuvent être recueillies par le SCRS est limitée à ce qui « est strictement nécessaire » — L'art. 12 ne manque pas de précision — Il formule clairement la portée des activités qui peuvent faire l'objet d'une enquête par le SCRS — L'autorisation judiciaire préalable au titre de l'art. 21 de la Loi sur le SCRS est nécessaire pour les activités de collecte plus que minimalement envahissantes — Jugement : l'utilisation sans mandat par le SCRS de la technologie relative aux ESB pour capturer les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de la cible n'était pas illégale.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir sans mandat les numéros de l'identité internationale de l'abonné mobile (IMSI) et de l'identité internationale d'équipement mobile (IMEI) des appareils mobiles de la cible d'une enquête (cible) — La procureure générale a soutenu notamment que l'utilisation d'un ESB n'avait pas enfreint l'art. 8 de la Charte — Il s'agissait de déterminer s'il a été contrevenu aux droits garantis par l'art. 8 de la Charte — Plus particulièrement, il s'agissait de déterminer si le SCRS a effectué une « fouille, une perquisition ou une saisie » et, le cas échéant, si elle était « raisonnable » — Les particuliers ont une attente raisonnable en matière de vie privée à l'endroit des indicateurs de l'IMSI et de l'IMEI — La collecte des identificateurs de l'IMSI et de l'IMEI constitue donc une « fouille » — Toutefois, cette collecte n'est que minimalement envahissante — Le SCRS ne doit pas toujours obtenir un mandat lorsqu'il désire recueillir des informations au moyen d'une nouvelle technologie — La Cour suprême a clairement indiqué qu'il n'y a pas d'interdiction distincte visant l'utilisation sans*

*necessarily contravening s. 8 — CSS technology reliable, not giving rise to consequences associated with “false positive” — CSIS’s CSS operations not unreasonable.*

*Radiocommunications — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) capturing International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers from mobile devices of subject of investigation with cellular-site simulator (CSS) — CSIS holding Authority to Use Radio (Authority) in accordance with Radiocommunication Act, s. 5(1)(a)(v) — Wording of Authority sufficiently broad to cover use of CSS equipment by CSIS.*

*Criminal Justice — Canadian Security Intelligence Service (CSIS) capturing, without warrant, International Mobile Subscriber Identity (IMSI), International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers from subject of investigation with cellular-site simulator (CSS) — CSIS use of CSS without judicial authorization not contravening Criminal Code, s. 184 as no content of communications made by targeted mobile devices captured — Criminal Code mischief provisions also not violated.*

This was a reference seeking to determine whether the activity in which the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) engaged to obtain information from the mobile devices of a known subject of investigation (subject) was unlawful.

The activity in question was conducted without a warrant and involved CSIS’s use of a cellular-site simulator (CSS) to capture the identifying characteristics of the mobile devices, which consisted of the International Mobile Subscriber Identity (IMSI) and International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers that were emitted by the mobile devices when they attempted to communicate with the cellular network of the telecommunications service providers (TSP). The IMSI number identified the country in which the subject’s cellular account is located, the network code of his TSP, and the unique subscriber identifying number given to the subject by the TSP. The IMEI identified the make, model and unique serial number of his mobile devices. CSIS currently only uses CSS technology for two purposes: (1) to attribute a cellular device to a subject

*mandat de techniques, électroniques ou autres — La question à poser était plutôt celle de savoir si la technologie constituait une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée des particuliers — En l’espèce, il n’y avait rien qui soit relié à l’utilisation de la technologie relative aux ESB en soi qui permette de conclure que cette utilisation était objectivement déraisonnable — La fouille minimalement envahissante ne contrevient pas nécessairement à l’art. 8 — La technologie relative aux ESB est fiable et elle ne peut pas entraîner de conséquences ayant trait à un «faux positif» — L’utilisation par le SCRS de la technologie relative aux ESB n’était pas déraisonnable.*

*Radiocommunications — Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir les numéros de l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et de l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI) des appareils mobiles de la cible d’une enquête — Le SCRS détenait une Autorisation relative à l’utilisation d’appareils radio (Autorisation) conformément à l’art. 5(1)(a)(v) de la Loi sur la radiocommunication — Le libellé de l’Autorisation était assez général pour inclure l’utilisation d’un ESB et du matériel connexe par le SCRS.*

*Justice criminelle et pénale — Le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) a utilisé un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir sans mandat les numéros de l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et de l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI) des appareils mobiles de la cible d’une enquête — L’utilisation d’ESB par le SCRS sans une autorisation judiciaire n’a pas contrevenu à l’art. 184 du Code criminel, car elle n’a permis de capturer aucun contenu de communications effectuées au moyen des appareils mobiles visés — Cela n’a pas enfreint non plus les dispositions du Code criminel sur les méfaits.*

Il s’agissait d’un renvoi visant à déterminer si l’activité menée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) pour tirer de l’information des appareils mobiles de la cible connue d’une enquête (cible) était illégale.

L’activité en question a été menée sans mandat et comprenait l’utilisation d’un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir les caractéristiques distinctives des appareils mobiles, qui consistaient en l’identité internationale de l’abonné mobile (IMSI) et en l’identité internationale d’équipement mobile (IMEI), des numéros émis par les appareils mobiles lorsqu’ils ont tenté de communiquer avec le réseau cellulaire des fournisseurs de services de télécommunication (FST). L’IMSI indiquait le pays où se trouvait le compte de téléphonie cellulaire auquel était abonnée la cible, le code de réseau de son FST et le numéro d’identification unique que lui avait attribuée le FST. L’IMEI précisait la marque, le modèle et le numéro de série de ses appareils mobiles. Le SCRS n’utilise actuellement la technologie relative aux ESB qu’à deux fins : 1) attribuer un

of investigation whose identity is already known, and (2) to “geo-locate” a subject of investigation’s cellular device.

The Attorney General submitted, *inter alia*, that CSIS’s use of CSS technology solely to capture IMSI and IMEI identifiers does not contravene the *Radiocommunication Act*, the *Criminal Code* or the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). Specifically, the Attorney General maintained that CSIS’s use of a CSS complies with the *Radiocommunication Act* because CSIS holds an Authority to Use Radio (Authority) in accordance with subparagraph 5(1)(a)(v) of the *Radiocommunication Act* and that, by virtue of that Authority and section 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (the Act), CSIS’s use of CSS technology does not contravene paragraph 9(1)(b) of the *Radiocommunication Act*. CSIS also maintained that its use of a CSS without prior judicial authorization does not contravene section 184 of the *Criminal Code* because its CSS equipment does not intercept any private communications.

The main issue was whether CSIS’s use of a CSS without a warrant, and solely to obtain the identifying characteristics of the subject’s mobile devices, was unlawful.

*Held*, CSIS’s warrantless use of CSS technology to capture the identifying characteristics of the subject’s mobile devices was not unlawful.

CSIS’s use of CSS technology does not contravene the *Radiocommunication Act*. On its face, the wording of the Authority is sufficiently broad to cover the use of CSS equipment by CSIS. Specifically, the use of such equipment would clearly fall within the scope of the words “in respect of any and all types of specially designed radio apparatus used for the purposes specified in paragraph 2”, as they appear in paragraph 1 of the Authority. Those words appear to have contemplated that the Authority would be used in respect of radio apparatus that was not yet in existence in 1992, when the Authority was issued. Those words have the effect of allowing the Authority to be used in respect of such radio apparatus.

Obtaining IMSI and IMEI identifiers through the use of CSS equipment does not capture any content of communications made by the mobile devices that are targeted by that equipment. Accordingly, CSIS’s use of CSS technology to attribute IMSI and IMEI identifiers to a subject of investigation does not contravene Part VI of the *Criminal Code*. CSIS’s use of a CSS without a warrant also does not contravene the mischief

appareil cellulaire à une cible dont l’identité est déjà connue, et 2) géolocaliser l’appareil cellulaire de la cible.

La procureure générale a soutenu notamment que l’utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS à la seule fin de recueillir des indicateurs de l’IMSI et de l’IMEI n’enfreint ni la *Loi sur la radiocommunication*, ni le *Code criminel*, ni la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Elle a fait valoir plus particulièrement que l’utilisation par le SCRS de la technologie relative aux ESB est conforme à la *Loi sur la radiocommunication* parce que le SCRS détient une autorisation relative à l’utilisation d’appareils radio (Autorisation) en vertu du sous-alinéa 5(1)a)(v) de la *Loi sur la radiocommunication* et qu’au titre de l’Autorisation et de l’article 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (la *Loi sur le SCRS*), l’utilisation que fait le SCRS de la technologie relative aux ESB ne contrevient pas à l’alinéa 9(1)b) de la *Loi sur la radiocommunication*. Le SCRS a soutenu également qu’il n’avait pas contrevenu à l’article 184 du *Code criminel* en utilisant des ESB sans avoir obtenu d’autorisation judiciaire au préalable parce que les appareils en question n’interceptent aucune communication privée.

Il s’agissait principalement de déterminer si l’utilisation par le SCRS d’un ESB sans mandat dans le seul but d’obtenir les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de la cible était illégale.

*Jugement* : l’utilisation sans mandat par le SCRS de la technologie relative aux ESB pour capturer les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de la cible n’était pas illégale.

L’utilisation que fait le SCRS de la technologie relative aux ESB ne contrevient pas à la *Loi sur la radiocommunication*. À première vue, le libellé de l’Autorisation est assez général pour inclure l’utilisation d’ESB et du matériel connexe par le SCRS. En particulier, la portée du segment «relativement à tous les types d’appareils radio spécialement conçus aux fins indiquées au paragraphe 2», qui figure au paragraphe 1 de l’Autorisation, englobe clairement l’utilisation de ce genre de matériel. Ce segment semble indiquer qu’il a été envisagé, lorsque l’Autorisation a été délivrée, qu’elle allait être invoquée à l’endroit d’appareils radio qui n’existaient pas en 1992. En raison de ce segment, l’Autorisation peut être invoquée à l’endroit de tels appareils radio.

L’obtention d’indicateurs de l’IMSI et de l’IMEI au moyen d’ESB ne peut être assimilée à la capture de tout contenu de communications effectuée au moyen des appareils mobiles visés. Par conséquent, l’utilisation que fait le SCRS de la technologie relative aux ESB en vue d’attribuer des IMSI et des IMEI à une cible ne contrevient pas à la Partie VI du *Code criminel*. L’utilisation d’un ESB sans mandat par le SCRS

provisions in section 430 of the *Criminal Code*. Section 12 of the Act and the Authority provide a lawful exemption from conviction under section 429 of the *Criminal Code*.

There were two distinct issues to be assessed in determining whether there was a violation of section 8 of the Charter, namely (i) whether there was a “search or seizure”, and (ii), if so, whether that search or seizure was “unreasonable”. A consideration of the totality of the circumstances, and taking a purposive approach to section 8 of the Charter, suggests that individuals have a reasonable expectation of privacy in respect of the IMSI and IMEI identifiers. This is because of the nature of the information that those numbers permit CSIS to obtain or infer. The use of CSS technology therefore constitutes a “search”. It can be assumed that individuals in general likely have a subjective expectation that any information concerning their mobile devices that may be communicated to the cell towers operated by their TSPs will not be surreptitiously captured by agents of the state, such as CSIS. In addition, the average person likely would not consider his or her IMSI and IMEI identifiers to have been “abandoned” when they are disclosed to cell towers by their mobile devices. There is no implied waiver of a person’s privacy rights in his or her IMSI and IMEI identifiers *vis-à-vis* the general public, when their mobile device offers that information to the cellular environment.

CSS technology is minimally intrusive. Neither the mobile device nor its contents are accessed in any way. Although CSIS may be able to begin putting together an initial profile of the subject of investigation and communications patterns, it is difficult to see how the inferences that it may be able to draw regarding the individual’s personal activities would be particularly strong or invasive.

CSIS does not require a warrant whenever it wishes to gather information through the use of new technology. The Supreme Court made it clear that there is no “free-standing prohibition on [the use of] electronic or other technologies without a warrant.” Rather, the question is whether the technology intrudes on the reasonable sphere of privacy of an individual. The answer to this question requires an assessment of the “totality of the relevant circumstances”. In this particular case, there was nothing about CSS technology *per se* that would justify a conclusion that its use is objectively unreasonable. Individuals’ subjective expectations of privacy in relation to the IMSI and IMEI information on their mobile devices are objectively reasonable.

n’enfreint pas non plus les dispositions de l’article 430 du *Code criminel* sur les méfaits. L’article 12 de la Loi sur le SCRS et l’Autorisation fournissent des exemptions légitimes à une déclaration de culpabilité fondée sur l’article 429 du *Code criminel*.

Deux questions distinctes ont dû être étudiées pour déterminer s’il y avait eu infraction à l’article 8 de la Charte : i) la possibilité qu’il y ait eu une « fouille, une perquisition ou une saisie » et, dans l’affirmative ii), la possibilité qu’elle ait été abusive. La prise en considération de l’ensemble des circonstances et l’adoption d’une approche téléologique à l’égard de l’article 8 de la Charte donnent à penser que les particuliers ont une attente raisonnable en matière de vie privée à l’endroit des indicateurs de l’IMSI et de l’IMEI. C’est en raison de la nature de l’information que ces numéros permettent au SCRS d’obtenir ou d’inférer. Partant, l’utilisation de la technologie relative aux ESB constitue une « fouille ». Il est possible de présumer qu’en général, les personnes ont vraisemblablement l’attente subjective que toute information relative à leurs appareils mobiles susceptible d’être communiquée aux tours de téléphonie cellulaire relevant de leur FST ne sera pas interceptée subrepticement par des agents de l’État, comme le SCRS. De plus, la moyenne des gens ne croit vraisemblablement pas avoir « abandonné » l’IMSI et l’IMEI lorsque l’appareil mobile communique ces identificateurs aux tours de téléphonie cellulaire. Il n’y a pas de renonciation implicite aux droits en matière de vie privée à l’endroit du grand public en ce qui a trait à l’IMSI et à l’IMEI lorsque les appareils mobiles communiquent ces informations dans un environnement cellulaire.

La technologie relative aux ESB est minimalement envahissante. Ni l’appareil mobile ni son contenu n’est consulté d’aucune façon. Alors que le SCRS peut commencer à dresser un profil initial de la cible et de ses habitudes de communication, il est difficile de voir comment il pourrait en tirer des conclusions qui seraient particulièrement justes ou auraient un caractère envahissant concernant les activités personnelles de cette personne.

Le SCRS ne doit pas toujours obtenir un mandat lorsqu’il désire recueillir des informations au moyen d’une nouvelle technologie. La Cour suprême du Canada a clairement indiqué qu’il n’y a pas « d’interdiction distincte visant l’utilisation sans mandat de techniques, électroniques ou autres. » La question à poser est plutôt celle de savoir si la technologie constitue une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée des personnes surveillées. La réponse à cette question nécessite une évaluation de l’ensemble des circonstances pertinentes. En l’espèce, il n’y avait rien qui soit relié à l’utilisation de la technologie relative aux ESB en soi qui permette de conclure que cette utilisation est objectivement déraisonnable. Les attentes subjectives d’une personne en matière de vie privée quant aux IMSI et aux IMEI liées à ses appareils mobiles sont objectivement raisonnables.

In conclusion, regarding whether the capture of IMSI and IMEI identifiers constitutes a “search”, although intrusions on individuals’ anonymity interests do not always engage section 8 of the Charter, the capture of IMSI and IMEI information does reach this threshold, because of the profiles of individuals that CSIS can begin to build upon acquiring that information. It is those very profiles that may ultimately assist CSIS to obtain a warrant to acquire subscriber information and engage in even more intrusive activities. However, until CSIS is able to obtain that subscriber data and exercise other warranted powers, its capture of IMSI and IMEI identifiers is only minimally intrusive.

CSIS’s use of a CSS to intercept and attribute the IMSI and IMEI numbers of a mobile device is authorized by law. There is nothing in the language of section 21, or elsewhere in the Act, that would support the view that CSIS is required to obtain a warrant anytime that it engages in a minimally intrusive “search” within the meaning of the Charter. The language of section 12 of the Act provides CSIS with all the authority it requires to investigate activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada, without a warrant, unless one is required at common law. The view that CSIS requires a warrant every time that a person’s reasonable expectation of privacy is engaged would conflate the two elements in section 8 of the Charter into a single element, by effectively reading out the requirement that a search be “unreasonable” before it may be found to be contrary to section 8. Parliament implicitly allowed CSIS to use a CSS to intercept and attribute the IMSI and IMEI numbers of a mobile device to a subject of investigation, based on “reasonable grounds to suspect”, when it passed section 12 of the Act.

The nature and purpose of section 12 support the view that it is a reasonable law. The “reasonable grounds to suspect” standard set forth in section 12 of the Act is sufficient to justify a warrantless search by CSIS. The national security objectives permeating section 12 will generally be sufficient to tip the balance in favour of the state interest, when searches conducted by CSIS are minimally intrusive. Section 12 is neither overbroad nor vague, because it imposes objective standards and strict limits on the collection of information by CSIS. The scope of information that may be collected by CSIS is explicitly limited to that which “is strictly necessary”. This limitation also implicitly applies to the retention of information collected by CSIS. In the presence of these clearly ascertainable and understandable limitations, it cannot be said that section 12 “so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate”. On the contrary, section 12, read together with the definition of “threats to the

En conclusion, en ce qui concerne la question de savoir si la collecte des identificateurs de l’IMSI et de l’IMEI constitue une « fouille », alors que les atteintes au droit à l’anonymat d’une personne n’ont pas toujours trait à l’article 8 de la Charte, c’est le cas de la collecte de l’IMSI et de l’IMEI en raison des profils que le SCRS peut commencer à esquisser en se fondant sur ces informations. Ce sont ces profils mêmes qui peuvent, en fin de compte, aider le SCRS à obtenir un mandat pour obtenir des informations sur l’abonné et entreprendre des activités encore plus envahissantes. Toutefois, jusqu’à ce que le SCRS soit en mesure d’obtenir des informations sur l’abonné et d’exercer d’autres pouvoirs conférés par un mandat, la collecte de l’IMSI et de l’IMEI n’est que minimalement envahissante.

L’utilisation, par le SCRS, d’un ESB pour intercepter l’IMSI et l’IMEI d’un appareil mobile pour attribuer celui-ci à une cible est autorisée par la loi. Ni le libellé de l’article 21 ni les autres dispositions de la Loi sur le SCRS n’appuient le point de vue selon lequel le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois qu’il effectue une fouille ou une perquisition, au sens de la Charte, qui est minimalement envahissante. Le libellé de l’article 12 de la Loi sur le SCRS confère au SCRS toute la latitude nécessaire pour enquêter sans mandat sur des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada, sauf si la common law l’exige. Considérer que le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois que les attentes raisonnables d’une personne en matière de vie privée sont en jeu confondrait les deux éléments de l’article 8 de la Charte en un seul, c’est-à-dire que cela rendrait inopérante l’exigence voulant qu’une fouille doit être « abusive » pour enfreindre l’article 8. Le Parlement a implicitement permis au SCRS d’utiliser un ESB pour intercepter l’IMSI et l’IMEI d’un appareil mobile pour attribuer celui-ci à une cible selon des « motifs raisonnables de soupçonner » lorsqu’il a adopté l’article 12 de la Loi sur le SCRS.

La nature et l’objet de l’article 12 soutiennent l’opinion selon laquelle il s’agit d’une disposition législative raisonnable. Le critère des « motifs raisonnables de soupçonner » prévu à l’article 12 de la Loi sur le SCRS suffit à justifier que le SCRS effectue une fouille sans mandat. Les objectifs relatifs à la sécurité nationale qui figurent à l’article 12 suffiront habituellement à faire pencher la balance en faveur des intérêts de l’État, lorsque les fouilles menées par le SCRS sont minimalement envahissantes. L’article 12 ni n’a une portée excessive, ni n’est vague, car il impose des critères objectifs et des limites strictes à la collecte d’informations par le SCRS. La portée des informations qui peuvent être recueillies par le SCRS est explicitement limitée à ce qui « est strictement nécessaire ». Cette limite s’applique également de façon implicite à la conservation des informations recueillies par le SCRS. Compte tenu de ces limites facilement vérifiables et compréhensibles, on ne saurait affirmer que l’article 12

security of Canada” set forth in section 2 of the Act, clearly articulates the scope of activities that may be investigated by CSIS. By including the provisions of section 21 pertaining to warrants in the Act, Parliament implicitly contemplated that CSIS would not conduct collection activities under section 12 that are more than minimally intrusive, without first obtaining judicial pre-authorization under section 21.

The case law relied upon by the *amici* does not support the proposition that a minimally invasive search necessarily contravenes section 8 of the Charter in the absence of prior judicial authorization or after-the-fact judicial control. The Supreme Court of Canada trilogy of “sniffer dog” cases, i.e. *R. v. A.M.*, *R. v. Kang-Brown* and *R. v. Chehil* can be distinguished from CSIS’s use of CSS technology to capture IMSI and IMEI numbers from an individual’s wireless electronic devices. This is because CSS technology is highly reliable and therefore does not give rise to the potentially severe consequences associated with a “false positive”. The roles and responsibilities of the Minister, the Security Intelligence Review Committee and CSIS’s Director assist in ensuring that section 12 is a reasonable law for the purposes of assessing whether the minimally invasive searches that it authorizes are reasonable. The manner in which CSIS currently conducts its CSS operations is not unreasonable.

#### 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], s. 8.
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “threats to the security of Canada”, 6, 12, 16, 20(2),(3),(4), 21, 21.1(1),(3),(4), 22, 27, 34(1), 38(1).
- Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, s. 10(3)(f).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 183 “intercept”, private communication”, 184, 429, 430, 487.01, 492.2.
- Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 51(2)(a).
- Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, ss. 2 “harmful interference”, 5(1)(a), 9(1)(b).

« manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire ». Au contraire, l’article 12, examiné en corrélation avec la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS, formule clairement la portée des activités qui peuvent faire l’objet d’une enquête par le SCRS. En ajoutant les dispositions de l’article 21 concernant les mandats à la Loi sur le SCRS, le législateur prévoyait implicitement que le SCRS ne mènerait pas, en vertu de l’article 12, d’activités de collecte plus que minimalement envahissantes sans obtenir une autorisation judiciaire préalable au titre de l’article 21.

La jurisprudence sur laquelle s’appuient les *amici* n’étaye pas la proposition selon laquelle une fouille minimalement envahissante contrevient nécessairement à l’article 8 de la Charte en l’absence d’une autorisation judiciaire préalable ou d’un contrôle judiciaire a posteriori. La trilogie des affaires de « chiens renifleurs » de la Cour suprême du Canada (*Kang-Brown, A.M.* et *Chehil*) se distinguent de celles qui concernent l’utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB pour recueillir l’IMSI et l’IMEI des appareils électroniques sans fil d’une personne, car cette technologie est très fiable et ne peut donc pas entraîner d’éventuelles conséquences graves ayant trait à un « faux positif ». Les rôles et les responsabilités du ministre, du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité et du directeur du SCRS permettent de s’assurer que l’article 12 est une disposition législative raisonnable lorsqu’il s’agit d’évaluer le caractère minimalement envahissant des fouilles qu’il autorise. La façon dont le SCRS mène ses opérations fondées sur des ESB n’est pas abusive.

#### 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, no 44], art. 8.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 183 « communication privée », « intercepter », 184, 429, 430, 487.01, 492.2.
- Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, s. 10(3)(f).
- Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 51(2)a).
- Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 2 « brouillage préjudiciable », 5(1)a), 9(1)b).
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « menaces envers la sécurité du Canada », 6, 12, 16, 20(2),(3),(4), 21, 21.1(1),(3),(4), 22, 27, 34(1), 38(1).

## CASES CITED

## FOLLOWED:

*X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396.

## APPLIED:

*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 (also distinguished on another ground); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 145 A.R. 104 (also distinguished on another ground); *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 55 A.R. 291; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 (also distinguished on another ground); *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 (also distinguished on another ground).

## DISTINGUISHED:

*R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569 (also considered on another ground); *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 (also applied on another ground); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 145 A.R. 104 (also applied on another ground); *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250 (also considered on another ground); *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 (also applied on another ground); *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 (also applied on another ground).

## CONSIDERED:

*Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII); *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569 (also distinguished on another ground); *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250 (also distinguished on another ground); *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 602; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, 387 C.R.R. (2d) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*,

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION SUIVIE :

*X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 (aussi différenciée pour un autre motif); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 (aussi différenciée pour un autre motif); *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 (aussi différenciée pour un autre motif); *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 (aussi différenciée pour un autre motif).

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569 (aussi examinée pour un autre motif); *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 (aussi appliquée pour un autre motif); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 (aussi appliquée pour un autre motif); *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 (aussi examinée pour un autre motif); *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 (aussi appliquée pour un autre motif); *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 (aussi appliquée pour un autre motif).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII); *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569 (aussi différenciée pour un autre motif); *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 (aussi différenciée pour un autre motif); *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 602; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1

2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 114 N.S.R. (2d) 91.

## REFERRED TO:

*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8, (1996), 131 D.L.R. (4th) 654; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, (1994), 110 D.L.R. (4th) 297; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154 (1991), 84 D.L.R. (4th) 161; *R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531; *Wakeling v. United States of America*, 2014 SCC 72, [2014] 3 S.C.R. 549; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Sélection Milton*, [1994] 2 S.C.R. 406, (1994), 115 D.L.R. (4th) 702; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, (1988), 55 D.L.R. (4th) 673; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, (1999), 171 D.L.R. (4th) 1; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, (1998), 166 D.L.R. (4th) 261; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.R. 257; *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59.

## AUTHORS CITED

Canada. Parliament. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service, *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: Supply and Services Canada (November 1983) (Chair: P. M Pitfield).

“RCMP, CSIS launch investigations into phone spying on Parliament Hill after CBC story”, *CBC News* (April 4, 2017), online: < www.cbc.ca >.

“Spies’ use of cellphone surveillance technology suspended in January, pending review”, *CBC News* (May 3, 2017), online: < www.cbc.ca >.

Tamir Israel and Christopher Parsons, *Gone Opaque? An Analysis of Hypothetical IMSI Catcher Overuse in Canada*, Ottawa: Telecom Transparency Project & Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic, 2016.

Wikipedia – The Free Encyclopedia. “International mobile subscriber identity”, online: [https://en.wikipedia.org/wiki/International\\_mobile\\_subscriber\\_identity](https://en.wikipedia.org/wiki/International_mobile_subscriber_identity).

REFERENCE seeking to determine whether the Canadian Security Intelligence Service’s warrantless use of CSS technology to capture the indentifying characteristics from the mobile devices of a known subject

R.C.S. 350; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

## DÉCISIONS CITÉES

*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531; *Wakeling c. États-Unis d’Amérique*, 2014 CSC 72, [2014] 3 R.C.S. 549; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l’industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223; *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Sénat. Rapport du comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité, *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada (novembre 1983) (Président : P. M Pitfield).

“RCMP, CSIS launch investigations into phone spying on Parliament Hill after CBC story”, *CBC News* (4 avril 2017), en ligne : < www.cbc.ca >.

“Spies’ use of cellphone surveillance technology suspended in January, pending review”, *CBC News* (3 mai 2017), en ligne : < www.cbc.ca >.

Tamir Israel and Christopher Parsons, *Gone Opaque? An Analysis of Hypothetical IMSI Catcher Overuse in Canada*, Ottawa : Telecom Transparency Project & Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic, 2016.

Wikipedia – The Free Encyclopedia. “International Mobile Subscriber Identity”, en ligne : [https://en.wikipedia.org/wiki/International\\_Mobile\\_Subscriber\\_Identity](https://en.wikipedia.org/wiki/International_Mobile_Subscriber_Identity)

RENVOI visant à déterminer si l’utilisation sans mandat par le Service canadien du renseignement de sécurité de la technologie relative aux ESB pour obtenir les caractéristiques distinctives des appareils

of investigation was unlawful. Judgment: Such use was not unlawful.

mobiles de la cible connue d'une enquête était illégale. Jugement : L'utilisation en question n'était pas illégale.

#### APPEARANCES

*Jennifer Poirier, Stéphanie Dion and Ilana Bleichert* for Department of Justice, National Security Litigation and Advisory Group.  
*Gordon Cameron and Owen M. Rees* as *amici curiae*.

#### ONT COMPARU :

*Jennifer Poirier, Stéphanie Dion et Ilana Bleichert* pour le ministère de la Justice, Groupe Litiges et conseils en sécurité nationale.  
*Gordon Cameron et Owen M. Rees* en qualité d'*amici curiae*.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for Department of Justice, National Security Litigation and Advisory Group.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministère de la Justice, Groupe Litiges et conseils en sécurité nationale.

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

*Voici les motifs publics du jugement et le jugement rendus en français par*

CRAMPTON C.J.:

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

#### TABLE OF CONTENTS

#### TABLE DES MATIÈRES

Section	Paragraph	Section	Paragraphe
I. Introduction .....	1	I. Introduction .....	1
II. Background .....	10	II. Contexte .....	10
III. This Proceeding .....	21	III. La présente instance .....	21
IV. Preliminary Issue Regarding the Openness of the Hearing on the Legal Arguments.....	35	IV. Question préliminaire sur la publicité de l'audition des observations .....	35
V. CSS Technology .....	51	V. Technologie relative aux ESB .....	51
VI. CSIS's Policy Regarding the Collection and Retention of Electronic Identifiers .....	75	VI. Politique du SCRS sur la collecte et la conservation d'identificateurs électroniques...	75
VII. Assessment of Legal Submissions .....	80	VII. Évaluation des observations .....	80
A. The <i>Radiocommunication Act</i> .....	82	A. <i>Loi sur la radiocommunication</i> .....	82
B. The <i>Criminal Code</i> .....	96	B. <i>Code criminel</i> .....	96
C. Section 8 of the Charter .....	107	C. Article 8 de la Charte .....	107
(1) Legal Principles.....	107	1) Principes juridiques .....	107
(a) What Constitutes a Search or Seizure?.....	110	a) Qu'est-ce qu'une fouille, une perquisition ou une saisie? .....	110
(b) What Constitutes an Unreasonable Search or Seizure?.....	125	b) Qu'est-ce qu'une fouille ou une perquisition abusive?.....	125
(2) Application of the Legal Principles to the Facts of this Application .....	137	2) Application des principes juridiques aux faits en l'espèce.....	137

(a) Did CSIS's Use of CSS Technology Constitute a "Search"? .....	137	a) L'utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS constitue-t-elle une « fouille » ou une « perquisition »? ...	137
(i) The Subject Matter of the Intrusive Activity.....	141	i) Objet de l'intrusion .....	141
(ii) Individuals' Interest in the Subject Matter.....	147	ii) Droit de la personne à l'égard de l'objet.....	147
(iii) Do Individuals Have a Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter? .....	148	iii) Les personnes ont-elles une attente subjective en matière de vie privée relativement à l'objet? .....	148
(iv) If So, Are Such Expectations Objectively Reasonable? .....	149	iv) Dans l'affirmative, une telle attente est-elle objectivement raisonnable?.....	149
The Nature of the Privacy Interest at Stake ....	149	Nature du droit au respect de la vie privée en l'espèce .....	149
The Circumstances in which IMSI and IMEI Identifiers Are Obtained.....	152	Circonstances entourant l'obtention de l'IMSI et de l'IMEI.....	152
The Manner and Place of the Capture of IMSI and IMEI Identifiers.....	153	Lieu de la collecte de l'IMSI et de l'IMEI et méthode utilisée .....	153
Whether the IMSI/IMEI Identifiers have been Abandoned or Disclosed to One or More Third Parties.....	158	Possibilité que l'ISMI et l'IMEI aient été abandonnées ou divulguées à un ou à plusieurs tiers.....	158
The Extent to which the Search Technique is Intrusive in Relation to the Identified Privacy Interest.....	161	Mesure dans laquelle la technique de fouille ou de perquisition est envahissante à l'égard du droit au respect de la vie privée .....	161
The Relevant Statutory and Contractual Framework .....	164	Cadre législatif et contractuel applicable .....	164
Is the Use of CSS Technology Objectively Unreasonable?.....	182	L'utilisation de la technologie relative aux ESB est-elle objectivement déraisonnable? ....	182
Conclusion Regarding the Objective Reasonableness of Individuals' Subjective Expectations of Privacy in Relation to the IMSI and IMEI Identifiers of their Mobile Devices... ..	185	Conclusion concernant le caractère raison- nable des attentes subjectives d'une personne en matière de vie privée à l'égard des IMSI et des IMEI liées à ses appareils mobiles .....	185
(v) Conclusion Regarding Whether the Capture of IMSI and IMEI Identifiers Constitutes a "Search".....	187	v) Conclusion sur la nature de la col- lecte de l'IMSI et de l'IMEI : s'agit-il d'une « fouille »? .....	187
(b) Is CSIS's Interception of IMSI and IMEI Numbers Unreasonable?.....	190	b) La collecte de l'IMSI et de l'IMEI par le SCRS est-elle abusive? .....	190
(i) Was the "Search" Authorized by Law? .....	192	i) La fouille était-elle autorisée par la loi? .....	192
(ii) Is Section 12 of the Act a Reasonable Law?.....	202	ii) L'article 12 de la Loi sur le SCRS est-il une disposition législative raisonnable?.....	202
The Nature and Purpose of Section 12 .....	203	La nature et l'objet de l'article 12.....	203

The Degree of Intrusiveness Authorized by Section 12.....	218	Degré d'intrusion autorisé par l'article 12.....	218
The Extent to Which the Act Provides for Judicial Supervision.....	220	Mesure dans laquelle la Loi sur le SCRS prévoit une supervision judiciaire.....	220
The Presence of Other "Checks and Balances" or Accountability Measures.....	230	Présence d'autres «mécanismes régulateurs» ou mesures de responsabilisation.....	230
Conclusion Regarding the Reasonableness of Section 12.....	236	Conclusion concernant le caractère raisonnable de l'article 12.....	236
(iii) Was the Manner in Which the Search was Carried Out Unreasonable? .....	237	iii) La fouille a-t-elle été effectuée de manière abusive? .....	237
(iv) Conclusion Regarding the Reasonableness of CSIS's Use of CSS Technology .....	244	iv) Conclusion concernant le caractère raisonnable de l'utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB .....	244
VIII. Conclusion .....	247	VIII. Conclusion .....	247
Appendix I.....	p. 195	Annexe I.....	p. 196
Appendix II.....	p. 197	Annexe II.....	p. 199
Appendix III.....	p. 200	Annexe III.....	p. 200

## I. Introduction

[1] In a free and democratic society, it can be expected that citizens will not want the identifying characteristics of their mobile telephones to be surreptitiously obtained by anyone, including the Canadian Security Intelligence Service (CSIS), for the purpose of assisting to build a profile about them.

[2] However, unless it is unlawful for CSIS to engage in such activity, it is free to do so within the parameters established by its enabling legislation and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter). The question to be decided in this case is whether the activity in which CSIS engaged to obtain such information from the mobile devices of a known subject of investigation, [\*\*\*] was in fact unlawful. That activity was conducted without a warrant and involved CSIS's use of a cellular-site simulator (CSS) to capture the identifying characteristics of his mobile devices.

## I. Introduction

[1] Dans une société libre et démocratique, il est attendu que les citoyens ne veulent pas que quiconque obtienne subrepticement les caractéristiques distinctives de leurs téléphones mobiles, y compris le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) en vue de constituer un profil les concernant.

[2] Toutefois, le SCRS est libre de mener de telles activités dans les limites de la légalité et conformément aux paramètres établis dans sa loi habilitante et dans 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, no 44] (Charte). En l'espèce, la Cour doit se prononcer sur la légalité de l'activité qu'a menée le SCRS pour tirer de telles informations des appareils mobiles d'une cible connue, [\*\*\*] Cette activité comprenait l'utilisation d'un émulateur de station de base (ESB) pour obtenir les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de [\*\*\*], et ce, sans mandat.

[3] Those identifying characteristics consisted of the International Mobile Subscriber Identity (IMSI) and International Mobile Equipment Identity (IMEI) numbers that were emitted by [\*\*\*] mobile devices when they attempted to communicate with the cellular network of his telecommunications service providers (TSP). The IMSI number identified the country in which [\*\*\*] cellular account is located, the network code of his TSP, and the unique subscriber identifying number given to him by the TSP. The IMEI identified the make, model and unique serial number of his mobile devices.

[4] In my view, CSIS's use of a CSS without a warrant, and solely to obtain the identifying characteristics of [\*\*\*] mobile devices, was not unlawful. This is in part because of a number of measures that were taken to ensure that the activity was minimally intrusive. So long as similar measures are followed by CSIS in the future, its CSS operations would also be lawful. In other words, they would not contravene the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, or the Charter.

[5] Generally speaking, the measures adopted by CSIS in carrying out CSS operations should strictly limit its intrusion on the privacy rights of the subjects of its investigations. In addition, these measures should ensure that CSIS does not capture the contents of any communications or any of the contents stored on, or available through, anyone's mobile device(s). They should also ensure that the incidentally captured information pertaining to the mobile devices of third parties is quickly destroyed and is not subject to any analysis whatsoever, once it has been confirmed that those devices are not the mobile device(s) used by the subject of investigation [\*\*\*] Furthermore, CSS technology should not be used to geo-locate anyone without a warrant.

[6] CSIS's use of a CSS against [\*\*\*] constituted a "search" within the meaning of section 8 of the Charter. This is because [\*\*\*] had a reasonable expectation of privacy in respect of the information that CSIS was in a position to begin to gather about him, or about which

[3] Les caractéristiques distinctives en question sont l'identité internationale de l'abonné mobile (*International Mobile Subscriber Identity* ou IMSI) et l'identité internationale d'équipement mobile (*International Mobile Equipment Identity* ou IMEI), des numéros émis par les appareils mobiles de [\*\*\*] lorsqu'ils ont tenté de communiquer avec le réseau cellulaire de son fournisseur de services de télécommunication (FST). L'IMSI a indiqué le pays où se trouvait le compte de téléphonie cellulaire auquel était abonné [\*\*\*] le code de réseau de son FST et le numéro d'identification unique que lui avait attribué le FST. L'IMEI a précisé la marque, le modèle et le numéro de série de l'appareil mobile.

[4] À mon avis, le SCRS n'a pas agi dans l'illégalité quand il a utilisé un ESB sans mandat dans le seul but d'obtenir les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de [\*\*\*] parce qu'il a pris un certain nombre de mesures pour s'assurer que l'activité était minimale-ment envahissante. Tant qu'il prendra des mesures similaires, le SCRS mènera en toute légalité des opérations fondées sur des ESB. Autrement dit, ces opérations ne contreviendront pas à la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 ni à la Charte.

[5] Entre autres, les mesures adoptées par le SCRS doivent limiter strictement son empiètement sur les droits en matière de vie privée de ses cibles et assurer que le Service ne recueille ni le contenu des communications effectuées à l'aide des appareils mobiles de quiconque, ni les données qui y sont stockées, ni les contenus auxquels ils permettent d'accéder. Les mesures doivent aussi assurer que les informations ayant trait aux appareils mobiles de tiers, recueillies fortuitement, sont détruites rapidement et ne font l'objet d'aucune analyse lorsqu'il a été confirmé que ces appareils mobiles ne sont pas ceux qu'utilise la cible [\*\*\*] De plus, la technologie relative aux ESB ne doit pas servir à géolocaliser quiconque sans mandat.

[6] L'utilisation d'un ESB par le SCRS contre [\*\*\*] a constitué une « fouille » au sens de l'article 8 de la Charte. Ma conclusion repose sur l'attente raisonnable en matière de vie privée de [\*\*\*] relativement aux informations que le SCRS, en ayant accès aux IMSI et

it was able to make informed inferences, upon gaining access to the IMSI and IMEI numbers of his mobile devices. In brief, those numbers assisted CSIS to begin building a profile on [\*\*\*] including by potentially helping CSIS to determine his [\*\*\*] and communication patterns” with the aid of information already available to CSIS. To the extent that this enabled CSIS to begin to gain an understanding of, or to make reasoned inferences about, certain aspects of [\*\*\*] core biographic personal information, it engaged his rights under section 8 of the Charter.

[7] Nevertheless, the search was not “unreasonable”, because it was narrowly targeted, highly accurate and minimally intrusive. The CSS operations conducted by CSIS were even more minimally intrusive with respect to the information that was incidentally captured from the wireless devices of third parties, because that information was quickly destroyed and was not subject to any analysis whatsoever, after it was determined that the information did not pertain to [\*\*\*] wireless devices.

[8] More generally, the evidence in this proceeding establishes that the CSS technology used by CSIS does not permit it to identify the individual whose mobile devices are targeted by the CSS operation, or to gain access to billing or other intrusive information. Indeed, the identity of targets of CSIS’s CSS operations, as well as their location and other information, typically is already known at the time such operations are conducted. Where CSIS requires detailed billing or subscriber information from a TSP, it will require a warrant. This is because of the more highly intrusive nature of such information, which can include a listing of all calls made during a billing period, the duration of those calls, and the locations of the parties to those calls.

[9] Agents of the state who are responsible for the safety and security of the general public may engage in minimally intrusive activities without violating section 8 of the Charter so long as those activities are authorized by law, the law is reasonable, and the activity is carried out in a reasonable fashion. Such minimally intrusive activities can include the physical surveillance

aux IMEI de ses appareils mobiles, pouvait commencer à recueillir à son endroit ou pouvait utiliser pour tirer des inférences plus fondées. En bref, à l’aide des informations dont il disposait déjà, ces numéros ont aidé le Service à esquisser le profil de [\*\*\*] notamment en lui permettant éventuellement de mieux connaître ses [\*\*\*] et ses habitudes de communication. Dans la mesure où ceci a permis au SCRS de mieux comprendre certains aspects des renseignements biographiques d’ordre personnel de [\*\*\*] ou de tirer des inférences plus fondées à leur égard, cette activité implique les droits qui lui sont garantis par l’article 8 de la Charte.

[7] Néanmoins, il ne s’agissait pas d’une fouille abusive, parce qu’elle était très ciblée, très précise et minimalement envahissante. Les opérations du SCRS fondées sur des ESB ont été encore moins envahissantes en ce qui a trait aux informations recueillies fortuitement qui provenaient d’appareils sans fil de tiers, celles-ci ayant été détruites rapidement et n’ayant fait l’objet d’aucune analyse après qu’il a été confirmé qu’elles ne concernaient pas les appareils sans fil de [\*\*\*]

[8] De façon plus générale, en l’espèce, la preuve démontre que la technologie relative aux ESB utilisée par le SCRS ne lui permet ni d’établir l’identité de la personne dont les appareils mobiles sont visés par l’opération fondée sur des ESB, ni d’accéder aux informations sur la facturation ou à d’autres informations privées. En fait, en général, au moment d’utiliser les ESB, le SCRS connaît l’identité de la cible, sait où elle se trouve et dispose d’autres informations. Le Service a besoin d’un mandat pour obtenir des informations détaillées sur la facturation ou sur l’abonné auprès d’un FST, et ce, en raison de leur nature hautement privée. En effet, elles peuvent comprendre la liste de tous les appels effectués pendant la période de facturation, la durée de ces appels et le lieu où se trouvent les interlocuteurs.

[9] Les agents de l’État qui sont chargés de la sécurité du grand public peuvent mener des activités minimalement envahissantes sans enfreindre l’article 8 de la Charte, tant que ces activités sont autorisées par la loi, que les mesures législatives les autorisant sont raisonnables et que les activités n’ont pas été effectuées de manière abusive. À titre d’exemple, ils peuvent prendre

of people in public, and even the monitoring of the level of heat emanating from their homes. In this case, CSIS's use of CSS technology was authorized by section 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (Act), section 12 is a reasonable law, and CSIS's search was conducted in a reasonable manner.

## II. Background

[10] This is the first proceeding in which CSIS has explicitly sought the Court's views regarding its use of CSS technology to obtain information or intelligence in the course of an investigation, without a warrant.

[11] CSIS has used CSS technology for that purpose for several years. However, prior to February 10, 2016, the Court was unaware of this fact. On that date, CSIS provided the Court with a copy of the classified report of the Security Intelligence Review Committee (SIRC), entitled, *SIRC Review 2014-03—Review of CSIS's use of Metadata*. Among other things, that report referred to two case studies. The first was entitled *The Use of Metadata by the Operational Data Analysis Centre (ODAC)* and ultimately led to a decision by my colleague, Justice Simon Noël, concerning CSIS's program of collection and retention of such information (*X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*X (Re)*). The second case study was entitled *The Service's Collection of International Mobile Subscriber Identity (IMSI) Data*, and provided a brief overview of the history of CSIS's use of CSS technology. In brief, after getting introduced to the technology [\*\*\*] CSIS gradually increased its use of the technology to the point that it has now been used across the country, [\*\*\*]

[12] According to SIRC's report and the evidence provided in this proceeding, CSIS currently only uses CSS technology for two purposes, which are described in greater detail in Part V of these reasons below. The first such purpose is to attribute a cellular device to a subject of investigation whose identity is often already known. This was the case with [\*\*\*] Such attribution is done by

une personne en filature dans un lieu public ou mesurer la quantité de chaleur qui émane de son domicile. En l'espèce, l'article 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS) autorise le Service à utiliser la technologie relative aux ESB. L'article 12 est une disposition législative raisonnable, et le SCRS a procédé à la fouille d'une manière raisonnable.

## II. Contexte

[10] Il s'agit de la première fois que le SCRS demande explicitement l'avis de la Cour sur son utilisation de la technologie relative aux ESB pour obtenir, sans mandat, des informations ou des renseignements dans le cadre d'une enquête.

[11] Le SCRS utilise à cette fin la technologie relative aux ESB depuis plusieurs années. Toutefois, avant le 10 février 2016, la Cour ignorait cet état de fait. C'est à cette date que le SCRS lui a remis une copie du rapport classifié du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS) intitulé *Étude du CSARS n° 2014-04 : L'utilisation des métadonnées au SCRS*. Entre autres, le rapport traitait de deux études de cas. La première, [TRADUCTION] «Utilisation des métadonnées par le Centre d'analyse des données opérationnelles (CADO)», a mené mon collègue, le juge Simon Noël, à rendre une décision sur le programme de collecte et de conservation de telles informations par le SCRS (*X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*X (Re)*). L'autre, [TRADUCTION] «Collecte de l'identité internationale de l'abonné mobile (IMSI) par le Service», donnait un aperçu de l'utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS au fil du temps. En bref, après avoir appris l'existence de cette technologie [\*\*\*] le SCRS l'a utilisée de plus en plus, au point où il s'en sert maintenant d'un océan à l'autre, [\*\*\*]

[12] Selon le rapport du CSARS et la preuve produite au cours de l'instance, le SCRS n'utilise actuellement la technologie relative aux ESB qu'à deux fins qui font l'objet de la partie V des présents motifs. En premier lieu, elle sert à attribuer un appareil cellulaire à une cible dont l'identité, souvent, est déjà connue; c'est ce qui s'est produit dans l'affaire impliquant [\*\*\*] Pour ce

obtaining, through CSS technology, the IMSI associated with a subject of investigation's SIM [subscriber identity module] card, as well as the IMEI that is associated with a specific mobile device. Based on the information available to SIRC at the time it prepared its report, SIRC concluded that this activity alone does not require a warrant from this Court. However, SIRC added that any change to the uses of the information captured by the use of CSS technology would require further legal consideration.

[13] The second use that CSIS makes of CSS technology is to “geo-locate” a subject of investigation's cellular device. SIRC observed, and CSIS has since conceded, that this use of CSS technology must be sanctioned by a warrant issued by this Court.

[14] Before receiving SIRC's report in February 2016, Justice Mosley inquired about CSIS's use of the “Stingray” technology in the context of an *ex parte* hearing that took place on [\*\*\*] and that concerned proposed changes to the template language of certain of this Court's warrants. However, CSIS's legal counsel was not in a position to provide a response to his general inquiry at that time.

[15] Shortly after having had an opportunity to review SIRC's above-mentioned report, Justice Mosley again inquired about the use of CSS technology. The affiant in that hearing [\*\*\*] testified that the technology had been used in the investigation that led to that application for warrants, and explained how the technology had been used. The affiant undertook to confirm that data from the mobile devices of third parties which is collected at the time of a CSS operation is destroyed by CSIS. That confirmation ultimately was provided on [\*\*\*] and again by a senior employee of CSIS, [\*\*\*] during the evidentiary hearing in this application.

[16] A similar inquiry was made by Justice Mosley, and a similar response was provided by another affiant, during the hearing of another application [\*\*\*]

faire, le SCRS utilise la technologie relative aux ESB pour obtenir l'IMSI liée à la carte SIM [*subscriber identity module*, ou module d'identité d'abonné] de la cible ainsi que l'IMEI liée à un appareil mobile. Se fondant sur les informations auxquelles il avait accès au moment de préparer son rapport, le CSARS a conclu que cette activité en elle-même ne nécessite pas de mandat de la Cour. Il a toutefois ajouté qu'il y aurait lieu de soumettre à un examen juridique tout changement à l'utilisation des informations obtenues au moyen de cette technologie.

[13] En second lieu, le SCRS utilise la technologie relative aux ESB pour géolocaliser l'appareil cellulaire de la cible. Le CSARS a fait remarquer que cette utilisation doit être autorisée par un mandat décerné par la Cour, ce que le SCRS a reconnu depuis.

[14] Avant de recevoir le rapport du CSARS en février 2016, le juge Mosley s'était renseigné sur l'utilisation de la technologie «Stingray» par le SCRS lors d'une audience *ex parte* tenue le [\*\*\*] qui portait sur des modifications proposées au libellé des modèles de certains mandats de la Cour. Cependant, à ce moment, l'avocat du SCRS n'était pas en mesure de fournir une réponse à cette question de nature générale.

[15] Peu après avoir eu l'occasion d'examiner le rapport du CSARS susmentionné, le juge Mosley a de nouveau posé des questions sur l'utilisation de la technologie relative aux ESB. Lors de cette audience [\*\*\*] le déposant a témoigné que cette technologie avait été utilisée au cours de l'enquête qui avait mené à la demande de mandat et a expliqué de quelle manière elle l'avait été. Le déposant s'est engagé à confirmer que le SCRS détruit les données provenant d'appareils mobiles de tiers qu'il recueille au cours d'une opération fondée sur des ESB. Cette confirmation a finalement été apportée le [\*\*\*] par [\*\*\*] un employé de niveau supérieur du SCRS, à l'audition de la preuve relative à la présente demande.

[16] Le [\*\*\*] lors de l'audition d'une autre demande [\*\*\*] le juge Mosley a posé une question semblable à laquelle un autre déposant a donné une réponse semblable.

[17] At a subsequent case management meeting that I co-presided with Justice Noël on [\*\*\*] Justice Noël inquired about the “Stingray” technology, how it operates, and whether it was being used under this Court’s warrants.<sup>i</sup> In response to Justice Noël’s request, the Deputy Director Operations (DDO) of CSIS, Mr. Jeff Yaworski, undertook to obtain the relevant details and to provide them to the Court. It was only as a result of information subsequently provided by CSIS that the Court began to gain a more fulsome appreciation of the nature and extent of CSIS’s use of CSS technology.

[18] On [\*\*\*] counsel to CSIS confirmed in a letter to the Court that there were no other instances, apart from those mentioned above, in which references were made to CSS or similar technology, in exchanges between the Court and CSIS or its counsel. At the end of that letter, the Court was informed that [\*\*\*] This was the first time that the Court had been informed that CSIS was using CSS or similar technology pursuant to its warrants.

[19] [\*\*\*]

[\*\*\*]

[\*\*\*]

[20] On [\*\*\*] Justice Noël directed CSIS and the Attorney General “to provide information and evidence regarding the nature, scope, usage and minimization of the investigative technique called Stingray.” Justice Noël’s direction added that “[t]he Court requires the information and evidence in order to fully and clearly understand the investigative technique; and, to assess whether [\*\*\*] or any other warrant provides lawful authority for the technique”. Ultimately, CSIS decided to provide that information and evidence in the context of this proceeding.

[17] Par la suite, lors d’une conférence de gestion d’instance [\*\*\*] que j’ai coprésidée le [\*\*\*] avec le juge Noël, ce dernier a posé des questions sur la technologie «Stingray», sur son fonctionnement et sur son utilisation éventuelle dans l’exécution des mandats décernés par la Cour<sup>i</sup>. M. Jeff Yaworski, sous-directeur des Opérations (SDO) du SCRS, s’est engagé à fournir à la Cour les informations permettant de répondre aux questions du juge Noël. Ce n’est qu’après avoir pris connaissance des informations ensuite fournies par le SCRS que la Cour a commencé à bien comprendre la nature et la portée de l’utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS.

[18] Le [\*\*\*] dans une lettre adressée à la Cour, un avocat du SCRS a confirmé que les ESB ou des technologies similaires avaient uniquement été invoqués dans les échanges entre la Cour et le SCRS ou ses avocats dans le cadre des instances susmentionnées. À la fin de la lettre, le SCRS a informé la Cour que [TRADUCTION] [\*\*\*] Ainsi, la Cour a appris que le SCRS utilisait des ESB ou des technologies similaires dans l’exécution de ses mandats.

[19] [\*\*\*]

[\*\*\*]

[\*\*\*]

[20] Le [\*\*\*] le juge Noël a émis une directive à l’endroit du SCRS et de la procureure générale pour qu’ils [TRADUCTION] «fournissent des informations et des éléments de preuve concernant la nature, la portée, l’utilisation et la minimisation de la technique d’enquête appelée “Stingray”». Le juge Noël a ajouté que [TRADUCTION] «la Cour a besoin des informations et des éléments de preuve pour comprendre parfaitement la technique d’enquête et pour évaluer si le [\*\*\*] ou tout autre mandat accorde le pouvoir légitime d’y recourir». En fin de compte, le SCRS a décidé de fournir ces informations et éléments de preuve dans le cadre de la présente instance.

<sup>i</sup> Justice Noël is the Coordinator of the Court’s Designated Proceedings Unit.

<sup>i</sup> Le juge Noël coordonne les Procédures désignées de la Cour.

### III. This Proceeding

[21] In this proceeding, CSIS sought a number of warrants from the Court pursuant to sections 12 and 21 of the Act to permit it to continue to investigate the activities of [\*\*\*] in connection with Islamist terrorism. As explained below, I granted those warrants with two amendments, for the period commencing on [\*\*\*] and ending on [\*\*\*]

[22] [\*\*\*]

[23] The IMSI and IMEI numbers that were obtained from [\*\*\*] wireless devices in [\*\*\*] assisted CSIS to execute interception powers that this Court authorized in [\*\*\*] by ensuring that those powers were exercised against the wireless devices described in this Court's warrants.

[24] In support of its application for warrants in this proceeding, CSIS relied on two affidavits, provided by [\*\*\*] affidavit) and [\*\*\*] affidavit). In addition, CSIS and the *amici* submitted a number of documents, including responses to undertakings given to me during the proceeding, that were marked as exhibits.

[25] [\*\*\*]

[26] With two exceptions, the operative language of the warrants granted in this proceeding was identical to the language of the warrants that had previously been granted by Justice [\*\*\*] in respect of [\*\*\*] and that had been scheduled to expire on [\*\*\*] The first exception was that I included language which prohibits the use of CSS [\*\*\*] in paragraph [\*\*\*] warrant. That prohibition has been included in several other warrants since the Court learned that CSIS had been relying on paragraph [\*\*\*] in using CSS [\*\*\*] against targets of the Court's warrants. In including that prohibition, I made it clear to CSIS and the Attorney General that this amendment to the warrant should not be taken as any pronouncement by the Court with respect to the legality of the CSS technology, whether or not used pursuant to a warrant, as these remained "live" issues in this application [\*\*\*]

### III. La présente instance

[21] Dans le cadre de la présente instance, le SCRS a demandé à la Cour de lui décerner des mandats en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS pour lui permettre de poursuivre son enquête sur les activités liées au terrorisme islamiste que mène [\*\*\*] Comme je l'explique plus loin, j'ai décerné les mandats en question, avec deux modifications, pour la période du [\*\*\*] au [\*\*\*]

[22] [\*\*\*]

[23] Les IMSI et les IMEI obtenues des appareils sans fil de [\*\*\*] en [\*\*\*] ont aidé le SCRS à exercer les pouvoirs d'interception accordés par la Cour en [\*\*\*] [\*\*\*] contre les appareils sans fil expressément visés par les mandats décernés par la Cour.

[24] En appui à sa demande de mandat en l'espèce, le SCRS a présenté deux affidavits, ceux de [\*\*\*] (affidavit [\*\*\*] et de [\*\*\*] (affidavit [\*\*\*]. En outre, le SCRS et les *amici* ont présenté des documents, dont les réponses à des engagements pris avec moi en cours d'instance. Ces documents constituent des pièces.

[25] [\*\*\*]

[26] À deux exceptions près, le libellé des mandats décernés dans le cadre de la présente instance était identique à celui des mandats qui avaient été décernés par le juge [\*\*\*] contre [\*\*\*] qui devaient expirer [\*\*\*] En premier lieu, j'ai ajouté un passage interdisant le recours aux ESB [\*\*\*] au paragraphe [\*\*\*] du mandat [\*\*\*] Cette interdiction a été ajoutée à plusieurs autres mandats depuis que la Cour a appris que le SCRS s'appuyait sur le paragraphe [\*\*\*] pour utiliser les ESB et [\*\*\*] contre des cibles de mandats décernés par la Cour. J'ai bien précisé au SCRS et à la procureure générale que cette modification ne signifiait pas que la Cour se prononçait sur la légalité de la technologie relative aux ESB, qu'elle soit utilisée en vertu d'un mandat ou sans mandat, car ces questions n'ont pas encore été réglées dans le cadre de la présente demande [\*\*\*]

[27] The second amendment that I made to the warrant powers sought in this proceeding was to delete the requested authorization to obtain [\*\*\*] That amendment was made after I determined that the evidence adduced by CSIS did not establish reasonable grounds to believe that [\*\*\*]

[28] On [\*\*\*] at the end of the evidentiary hearing in this proceeding, I granted the warrants sought by CSIS, with the two amendments described above. I did so after satisfying myself that, among other things, CSIS had established that there were reasonable grounds to believe that [\*\*\*] activities constitute a threat to the security of Canada, as defined in paragraph 2(c) of the Act, and that CSIS required the warrants to investigate that threat.

[29] In making my decision to grant those warrants, I relied on the evidence provided by [\*\*\*] which included considerable information obtained in the course of CSIS's investigation of Islamist terrorism as well as more specific information concerning [\*\*\*] That information was obtained through various methods of investigation, including physical surveillance and warranted intercepts involving [\*\*\*] Additional information was also collected from human sources, interviews, open information, government agencies in Canada and foreign agencies that are investigating Islamist terrorism. I did not rely on the very limited information that was obtained by CSIS using CSS technology against [\*\*\*] without a warrant. That information was obtained through the use of the technology during a two-day period, and simply consisted of the attribution of three devices to [\*\*\*] namely, [\*\*\*] According to one of the affiants in this proceeding, that information has now been destroyed. For greater certainty, I also did not rely on any information that was derived from the IMSI and IMEI numbers obtained through CSIS's use of CSS technology, including communications over any of those devices that were subsequently intercepted by CSIS.

[30] In issuing the most recent warrants against [\*\*\*] I made it clear that I would remain seized of this

[27] La seconde modification que j'ai apportée aux mandats demandés en l'espèce a été d'éliminer l'autorisation demandée d'obtenir des [\*\*\*] J'ai pris cette mesure après avoir déterminé que les éléments de preuve présentés par le SCRS ne permettaient pas d'établir des motifs raisonnables de croire que [\*\*\*]

[28] Le [\*\*\*] à la fin de l'audition de la preuve en l'espèce, j'ai décerné au SCRS les mandats demandés, avec les modifications susmentionnées, et ce, après avoir acquis la conviction que le SCRS avait notamment démontré qu'il existait des motifs raisonnables de croire que les activités de [\*\*\*] représentaient une « menace envers la sécurité du Canada », au sens de l'alinéa c) de la définition qui est donnée de cette expression à l'article 2 de la Loi sur le SCRS, et que les mandats étaient nécessaires pour enquêter sur cette menace.

[29] J'ai fondé ma décision sur les éléments de preuve fournis par [\*\*\*] qui faisaient état d'une très grande quantité d'informations obtenues au cours de l'enquête du SCRS sur le terrorisme islamiste ainsi que d'informations concernant particulièrement [\*\*\*] Pour les obtenir, le SCRS a utilisé différentes méthodes d'enquête, dont la filature et la réalisation d'interceptions en vertu de mandats contre [\*\*\*] D'autres informations ont été obtenues auprès de sources humaines, au cours d'entrevues, grâce à des recherches dans les sources ouvertes ainsi qu'auprès d'organismes gouvernementaux au Canada et de services étrangers qui enquêtent aussi sur le terrorisme islamiste. Je ne me suis pas appuyé sur le peu d'informations obtenues sans mandat par le SCRS au moyen de la technologie relative aux ESB eu égard à [\*\*\*] Ces informations ont été recueillies pendant deux jours et consistent uniquement en l'attribution de trois appareils à [\*\*\*] à savoir [\*\*\*] Selon l'un des déposants dans cette affaire, ces informations ont été détruites. Pour plus de précision, de plus, je ne me suis pas appuyé sur les informations découlant des numéros des IMSI et des numéros des IMEI obtenus au moyen de la technologie relative aux ESB, dont les communications effectuées au moyen de ces appareils que le SCRS a interceptées par la suite.

[30] En décernant les derniers mandats contre [\*\*\*] j'ai bien précisé que je restais saisi de la demande afin

application in order to (i) take notice of the amendments to this Court's warrant templates that are ultimately made as a result of the decision that Justice Simon Noël issued on October 4, 2016, in *X (Re)*, above, (ii) make corresponding amendments to the warrants that I have provisionally issued in this proceeding, and (iii) make any further amendments to those warrants that I consider appropriate, after having had an opportunity to consider the legal submissions made in this proceeding.

[31] As an aside, and for completeness, it is relevant to note that the Attorney General confirmed in a letter dated [\*\*\*] that the only instances in which the language of [\*\*\*] was relied on were [\*\*\*] geo-location CSS operations. The Attorney General added that CSIS did not rely on any warrants issued by this Court to conduct any of its other past CSS operations, because it does not consider that it requires a warrant to capture IMSI and IMEI numbers for the purposes of attributing a device to a subject of investigation.

[32] This proceeding was organized as an *en banc* hearing because it involves the first application to the Court in which CSIS has (i) explicitly stated that it had resorted to CSS technology in the course of investigating the activities of its subject of investigation, (ii) made submissions on the lawfulness of its use of the technique in that investigation, and (iii) provided evidence regarding its use of that technology. I considered it appropriate to convene the other designated judges of the Court to join me on the bench, so that they would have the benefit of the evidence provided by [\*\*\*] including on cross-examination by the *amici*. I also considered it to be important that they have the benefit of responses provided by [\*\*\*] to questions that any of them, or I, might pose. This should assist each of the designated judges of the Court in future applications involving CSS technology, and may reduce the need for similar evidence in such applications.

[33] Notwithstanding the presence of other designated judges of this Court in this proceeding, I assured CSIS and representatives of the Attorney General at the outset of the hearing that was held on [\*\*\*] that my judicial independence would not thereby be compromised in any way. I, and I alone, have decided the issues that have been raised in this application.

i) de prendre note des modifications aux modèles des mandats découlant de la décision rendue par le juge Noël le 4 octobre 2016 dans *X (Re)*, ii) d'apporter les modifications correspondantes aux mandats que j'ai décernés provisoirement en l'espèce et iii) d'apporter aux mandats toute autre modification que je juge nécessaire après avoir eu l'occasion de prendre en considération les représentations légales soumises en cours d'instance.

[31] Parallèlement, par souci d'exhaustivité, il est utile de souligner que, dans une lettre datée du [\*\*\*] la procureure générale a confirmé que le libellé du [\*\*\*] a uniquement été invoqué dans [\*\*\*] instances, soit [\*\*\*] opérations de géolocalisation effectuées au moyen d'ESB. Elle a ajouté que, par le passé, le SCRS ne s'est fondé sur aucun mandat décerné par la Cour pour effectuer ses opérations au moyen d'ESB, car il estime ne pas avoir besoin d'un mandat pour recueillir des IMSI et des IMEI en vue d'attribuer un appareil à une cible.

[32] L'instance a fait l'objet de séances plénières parce qu'il s'agit de la première demande présentée à la Cour dans laquelle le SCRS i) a énoncé explicitement avoir utilisé la technologie relative aux ESB pour enquêter sur les activités d'une cible, ii) a présenté des observations sur la légalité du recours à cette technique dans le cadre de l'enquête et iii) a fourni des éléments de preuve relatifs à l'utilisation de cette technologie. J'ai estimé qu'il était utile d'inviter les autres juges désignés de la Cour à siéger avec moi afin qu'ils puissent prendre connaissance des éléments de preuve fournis par [\*\*\*] notamment lors du contre-interrogatoire par les *amici*. À mon avis, il était aussi important qu'ils profitent des réponses de [\*\*\*] à leurs questions ou aux miennes. Cela devrait aider chacun d'eux à traiter les futures demandes ayant trait à la technologie relative aux ESB, sans compter qu'il pourrait être moins nécessaire d'y présenter des éléments de preuve similaires.

[33] Le [\*\*\*] en conclusion de l'audience, j'ai assuré le SCRS et les représentants de la procureure générale que la présence d'autres juges désignés en cours d'instance ne compromettrait en rien mon indépendance judiciaire. Moi seul me suis prononcé sur les questions soulevées en l'espèce.

[34] Given the importance of the legal issues raised in this application, the Court retained Mr. Gordon Cameron and Mr. Owen Rees to act as *amici curiae*.

#### IV. Preliminary Issue Regarding the Openness of the Hearing on the Legal Arguments

[35] During the evidentiary hearing on [\*\*\*] I learned that there is more information in the public domain regarding CSS technology and its use by law enforcement agencies than I had previously appreciated. With that in mind, and having regard to the recent significant increase in public interest concerning the oversight of CSIS's activities by the Court, I invited the Attorney General's views as to whether it was necessary for the hearing of legal arguments concerning the CSS technology to be held *in camera*.

[36] Counsel to the Attorney General undertook to seek instructions and get back to the Court on this matter. However, she observed that CSIS likely would be reluctant to participate in a public hearing on this issue, given that its use of CSS technology had never been publicly acknowledged.

[37] Subsequently, in a letter dated [\*\*\*] the Attorney General took the position that a public hearing of the legal submissions in this hearing would not be suitable. In brief, the Attorney General submitted that such a public hearing would be contrary to section 27 of the Act and could cause serious injury to Canada's national security interests. Among other things, the Attorney General maintained that a public hearing would adversely impact [\*\*\*] Instead of a public hearing, the Attorney General proposed that a public decision be issued, subject to appropriate redactions.

[38] Section 27 of the Act states:

*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23

##### Hearing of applications

27 An application under section 21, 21.1 or 23 for a warrant, an application under section 22 or 22.1 for the

[34] Compte tenu de l'importance des questions juridiques soulevées en l'espèce, la Cour a demandé à M. Gordon Cameron et à M. Owen Rees d'agir à titre d'*amici curiae*.

#### IV. Question préliminaire sur la publicité de l'audition des observations

[35] Le [\*\*\*] lors de l'audition de la preuve, j'ai appris qu'il existait dans la sphère publique davantage d'informations sur la technologie relative aux ESB et sur son utilisation par les organismes d'application de la loi que ce que j'imaginai. Considérant cela ainsi que l'accroissement récent de l'intérêt du grand public envers la supervision des activités du SCRS par la Cour, j'ai demandé à la procureure générale si, à son avis, il était nécessaire que l'audition des observations relatives à cette technologie se déroule à huis clos.

[36] L'avocate de la procureure générale s'est engagée à demander des directives et à en faire part à la Cour. Elle a toutefois fait remarquer que le SCRS serait probablement réticent à prendre part à une audience publique à ce propos, puisqu'il n'a jamais été reconnu publiquement qu'il fait usage de cette technologie.

[37] Dans une lettre datée du [\*\*\*] la procureure générale a pris position : selon elle, l'audition publique des observations en l'espèce ne serait pas appropriée. En bref, elle a estimé que la tenue d'une audience publique contreviendrait à l'article 27 de la Loi sur le SCRS et pourrait être très préjudiciable aux intérêts du Canada en matière de sécurité nationale. Entre autres, la procureure générale a soutenu qu'une audience publique nuirait [\*\*\*] Elle propose qu'en lieu et place d'une audience publique, une décision dûment caviardée soit publiée.

[38] Voici l'article 27 de la *Loi sur le SCRS* :

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23

##### Audition des demandes

27 Une demande de mandat faite en vertu des articles 21, 21.1 ou 23, de renouvellement de mandat faite en vertu des

renewal of a warrant or an application for an order under section 22.3 shall be held in private in accordance with regulations made under section 28. [Emphasis added.]

[39] In support of its position that a public hearing of the legal arguments in this proceeding would be contrary to the explicit terms of section 27, the Attorney General relied on the following passage from Justice Noël's decision in *Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, 2008 FC 300, [2008] 3 F.C.R. 477, at paragraph 34:

Section 27 provides that applications for warrant “shall be heard in private” (“*huis clos*” in French). “Private” is defined as “[c]onfidential; secret” in Brian A. Garner, *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (St-Paul: Thomson West, 2004), s.v. “private”. In Hubert Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien: avec lexique anglais-français*, (Montréal: Wilson & Lafleur, 1994), s.v. “*huis clos*”, the expression “*huis clos*” is described as being “une exception au principe de la publicité des débats, qui consiste à interdire au public l'accès à la salle d'audience.” Again, the main aims of the privacy of applications for a warrant are to preserve the secrecy of sensitive information in general and to ensure the execution of warrant [sic]. The interested person(s) (targets) must not be present or aware of the warrant application; otherwise its purpose would become academic. The public should not have access to the information because it is related to national security and because of the effectiveness of the CSIS depends on the secrecy of its methods and operations. Finally, third party information is often transmitted under the caveat that it would not be released. If warrants were debated in public, sensitive information would likely be released advertently or inadvertently. It would prevent CSIS from being informed about threats to Canada's security, would render useless the investigation, would be dangerous to human sources involved and could endanger Canada's relationship with allied countries.

[40] However, the Attorney General failed to note that Justice Noël proceeded to observe, at paragraph 46 of his decision, that “issues that are ‘collateral’ to a warrant application, such as jurisdictional issues, could be heard in open courts in some circumstances.” In this regard, Justice Noël emphasized that “each case turns on its facts keeping in mind the clear wording of section 27 of the [Act] and the necessary balance between national security and fundamental rights” (paragraph 47). Ultimately, Justice Noël concluded that the issues of law

articles 22 ou 22.1 ou d'ordonnance présentée au titre de l'article 22.3 est entendue à huis clos en conformité avec les règlements d'application de l'article 28. [Soulignement ajouté.]

[39] La procureure générale a fondé sa position selon laquelle l'audition publique des observations en l'espèce contreviendrait explicitement à l'article 27 sur l'extrait suivant de la décision rendue par le juge Noël dans *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2008 CF 300, [2008] 3 R.C.F. 477, au paragraphe 34.

En vertu de l'article 27, la demande de mandat «est entendue à huis clos» («*private*», dans la version anglaise). Par «*private*», on entend «*confidential; secret*» dans le *Black's Law Dictionary*, 8<sup>e</sup> éd., (Brian A. Garner, St Paul : Thomson West, 2004), et par «*private*» et «huis clos» dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec lexique anglais-français* (Hubert Reid, Montréal : Wilson & Lafleur, 1994), «une exception au principe de la publicité des débats, qui consiste à interdire au public l'accès à la salle d'audience». Une fois de plus, la confidentialité d'une demande de mandat a pour but de garantir le secret des informations sensibles en général et l'exécution du mandat. La personne visée (cible) ne doit pas être présente ou ne doit pas être au courant de la demande de mandat; autrement, l'objet d'une telle demande n'a aucune utilité pratique. Le public ne doit pas avoir accès à l'information parce que celle-ci se rapporte à la sécurité nationale et que l'efficacité des méthodes et des activités du SCRS reposent sur le secret. Enfin, l'information fournie par des tiers est souvent communiquée à condition qu'elle ne soit pas divulguée. Si les mandats étaient l'objet d'un examen public, des informations sensibles seraient probablement divulguées consciemment ou par inadvertance. Ce qui empêcherait le SCRS d'être informé des menaces qui pèsent sur la sécurité du Canada, rendrait l'enquête inutile, serait dangereux pour les informateurs concernés et risquerait de mettre en péril les relations du Canada avec les pays alliés.

[40] Toutefois, la procureure générale n'a pas remarqué qu'au paragraphe 46 de sa décision, le juge Noël avait souligné que «les questions “incidentes” liées à une demande de mandat, notamment les questions de compétence, pourraient être examinées en audience publique dans certaines circonstances». À cet égard, a insisté le juge Noël au paragraphe 47, «en gardant à l'esprit le libellé précis de l'article 27 de la Loi sur le SCRS et l'équilibre à maintenir entre la sécurité nationale et les droits fondamentaux, je crois que chaque cas est un

and of fact in the particular case that was before him were so intertwined that the jurisdiction issue that had been raised could not be dealt with in public.

[41] In the present proceeding, it was not initially apparent to me that the factual and legal issues were similarly intertwined. However, it subsequently transpired that the factual evidence adduced was critical to the findings I ultimately made in respect of the issue of whether CSIS's use of CSS technology constituted a search, as well as the issue of whether that search was "unreasonable", within the meaning of section 8 of the Charter.

[42] The Attorney General's stated reasons for opposing a public hearing were significantly undermined by two important developments that occurred between the time of the evidentiary hearing and the hearing of the parties' legal submissions. The first of those developments was that the Minister was reported to have publicly confirmed the use of CSS technology by CSIS and the RCMP, but only "within the four corners of the law" ("RCMP, CSIS launch investigations into phone spying on Parliament Hill after CBC story", *CBC News* (April 4, 2017) online: <www.cbc.ca>.) The Attorney General confirmed this fact in a letter to the Court dated April 5, 2017, yet continued to maintain that "the hearing [of the legal] submissions concerning the Service's use of CSS must continue to be held in camera in order to comply with section 27 of the [Act] and to avoid serious injury to national security interests".

[43] The second important intervening development consisted of a CBC news article, published the day before the hearing of the legal submissions in this proceeding, in which CSIS was reported to have "confirmed [that] it has used the cellphone identification and tracking technology in recent years, both with and without a warrant" ("Spies' use of cellphone surveillance technology suspended in January, pending review", *CBC News* (May 3, 2017) online: <www.cbc.ca>.)

cas d'espèce». Le juge Noël a conclu que, dans l'affaire dont il était saisi, les questions de droit et de faits étaient si étroitement liées que la question de compétence qui avait été soulevée ne pouvait pas être réglée en public.

[41] En l'espèce, d'emblée, il ne m'est pas apparu évident que les questions de droit et de faits étaient aussi étroitement liées. Toutefois, il a été su plus tard que la preuve factuelle qui a été présentée a été essentielle aux conclusions auxquelles j'en suis arrivé pour déterminer si l'utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS constituait une fouille et si cette fouille était abusive au sens de l'article 8 de la Charte.

[42] Les motifs invoqués par la procureure générale pour s'opposer à la tenue d'une audience publique ont été grandement ébranlés par deux éléments importants qui ont surgi entre l'audition de la preuve et l'audition des observations des parties. Premièrement, le ministre aurait confirmé publiquement que le SCRS et la Gendarmerie royale du Canada (GRC) utilisaient la technologie relative aux ESB, mais seulement [TRADUCTION] «dans le cadre législatif» («RCMP, CSIS launch investigations into phone spying on Parliament Hill after CBC story» (La GRC et le SCRS enquêtent sur l'espionnage des téléphones sur la Colline du Parlement à la suite d'un reportage de la CBC), *CBC News*, 4 avril 2017, en ligne : <www.cbc.ca>). La procureure générale a confirmé cet état de fait dans une lettre adressée à la Cour le 5 avril 2017, mais elle a maintenu que «l'audition des observations relatives à l'utilisation d'ESB par le SCRS doit se poursuivre à huis clos, conformément à l'article 27 de la [Loi sur le SCRS], pour éviter un grave préjudice aux intérêts en matière de sécurité nationale».

[43] L'autre élément important est la publication d'un reportage de la CBC la veille de l'audition des observations en l'espèce. Selon ce reportage, le SCRS aurait «confirmé avoir utilisé la technologie permettant de repérer et de suivre des téléphones cellulaires au cours des dernières années, avec et sans mandat» («Spies' use of cellphone surveillance technology suspended in January, pending review» (Depuis janvier, les espions ont cessé d'utiliser la technologie permettant de surveiller des téléphones cellulaires pendant que la question fait l'objet d'un examen), *CBC News*, 3 mai 2017, en ligne : <www.cbc.ca>).

[44] In light of that reported confirmation by CSIS of its use of CSS technology, the *amici* sent a short letter to the Court suggesting that the circumstances were such that the hearing of the legal submissions in this proceeding should be made open to the public. While recognizing the requirement in section 27 that warrant applications be heard in private, they observed that certain statements made by the Supreme Court of Canada in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat*), “would support a decision by the Court to make the legal argument on the Service’s use of cell site simulators open to the public.” At paragraph 25 of that decision, the Supreme Court observed that the issues in that case did “not turn on confidential information and could have been debated fully in public without any serious risk of disclosure, supplemented where necessary by brief closed written submissions and by the closed record.” The Court proceeded to add, at paragraph 26, that the content of the closed part of the hearing in that case did not assist the Court in deciding the issues before it, and “served only to foster an appearance of opacity of these proceedings, which runs contrary to the fundamental principles of transparency and accountability.” The *amici* did not address the differences between the case that was before the Supreme Court and the application that is before this Court in the current proceeding.

[45] In response to the *amici*’s suggestion, the Attorney General sent a short letter to the Court later that day in which she agreed to discuss the possibility of holding a public hearing. However, the Attorney General noted that an adjournment might be required in order to identify which elements could be heard in a public hearing and which would require consideration *in camera*. The Attorney General also “urge[d] consideration of section 27 of the [Act]”.

[46] At the outset of the hearing of the legal arguments in this application the following morning, the *amici* once again suggested that the Court adjourn the hearing to permit them to work with the Attorney General to devise a means to have at least part of the oral legal submissions made in a public forum.

[44] Étant donné que le SCRS aurait confirmé qu’il utilisait la technologie relative aux ESB, les *amici* ont envoyé à la Cour une courte lettre laissant entendre que, partant, l’audition des observations en l’espèce devrait être publique. Tout en reconnaissant que l’article 27 exige que les demandes de mandats soient entendues à huis clos, ils ont fait remarquer que des déclarations de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat*) appuieraient la décision de la Cour de tenir publiquement l’audition des observations sur l’utilisation d’ESB par le Service. Au paragraphe 25 de l’arrêt *Harkat*, la Cour suprême fait remarquer que les questions soulevées dans le dossier « ne port[ai]ent pas sur des renseignements confidentiels [et qu’elles] auraient donc pu être débattues totalement en public sans risque réel de divulgation, et [que] ces débats [auraient pu] être complétés, au besoin, de brèves observations confidentielles par écrit et du dossier confidentiel ». Au paragraphe 26, la Cour ajoute que la teneur de l’audience à huis clos ne l’a pas aidé à trancher les questions dont elle était saisie, et que l’audience à huis clos « n’a servi qu’à entretenir l’apparente opacité de l’instance, ce qui contrevient aux principes fondamentaux de transparence et de responsabilisation ». Les *amici* n’ont pas abordé les différences entre l’affaire dont était saisie la Cour suprême et la demande en l’espèce.

[45] Le même jour, en réaction à la suggestion des *amici*, la procureure générale a envoyé une courte lettre à la Cour dans laquelle elle a accepté de discuter de la possibilité de tenir une audience publique. Toutefois, elle a fait remarquer qu’un ajournement pourrait être nécessaire pour permettre de déterminer quels éléments seraient susceptibles de faire l’objet d’une audience publique et ceux qui devraient être étudiés à huis clos. En outre, elle a vivement recommandé de tenir compte de l’article 27 de la Loi sur le SCRS.

[46] Le lendemain matin, à la fin de l’audition des observations relatives à la présente demande, les *amici* ont de nouveau suggéré que la Cour ajourne l’audience pour leur permettre, de concert avec la procureure générale, de trouver une manière pour qu’au moins une partie des observations orales soient entendues en public.

[47] However, given the last-minute nature of the *amici*'s suggestion, and in the absence of additional submissions from the *amici* and the Attorney General as to how a public hearing could occur given the express language of section 27, I decided to proceed with the hearing, as previously scheduled.

[48] In reaching that decision, I was cognizant of the decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraphs 57–58, where the Supreme Court of Canada observed that it was not open to the parties, even on consent, to bypass the mandatory *in camera* requirement set forth in paragraph 51(2)(a) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21. The Court added that, constitutional issues aside, it was also not open to a judge to conduct an open hearing, even if only in respect of legal issues, in direct contradiction of the statute, regardless of the proposal put forth by the parties. (For constitutional reasons, the Court then proceeded to “read down” certain provisions of the *Privacy Act* to apply only to certain types of *ex parte* submissions, thereby permitting a court to conduct other parts of a hearing in public (*Ruby*, above, at paragraphs 58–60).)

[49] I also considered the practical difficulty that would have been associated with reconvening an appropriate number of the Court's designated judges any time prior to October or November of this year. In addition, I was sensitive to the fact that the Attorney General's legal submissions had already been filed with the Court when I initially expressed an interest in the possibility of having an open hearing of all or part of the oral legal submissions in this proceeding. I was also mindful of the fact that it would have been unprecedented to have such an open hearing in respect of an application for warrants under section 21 of the Act. Assuming that section 27 does not preclude the holding of a public hearing in some circumstances, I considered that it would be preferable for such a hearing to be held in a proceeding that had been better planned for that purpose. Finally, at

[47] Toutefois, en raison du caractère tardif de la suggestion des *amici* ainsi que de l'absence d'autres observations de leur part et de celle de la procureure générale quant à la manière dont une audience publique pourrait être tenue, considérant le libellé précis de l'article 27, j'ai décidé de procéder comme prévu.

[48] J'ai pris cette décision sans perdre de vue l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3 (*Ruby*), aux paragraphes 57 et 58, dans lequel la Cour suprême du Canada souligne qu'il n'est pas loisible aux parties, même si elles y consentent toutes, d'écarter les dispositions impératives de l'alinéa 51(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui portent sur le huis clos. La Cour suprême ajoute qu'à moins qu'il y ait un enjeu constitutionnel, il n'est pas non plus loisible au juge de tenir une audience publique et, de ce fait, de contrevenir directement à cette loi, même s'il ne s'agit que de points de droit, quoi que puissent proposer les parties à cet égard. (Plus loin, la Cour affirme que, pour des motifs de nature constitutionnelle, il y a lieu de donner une interprétation atténuante de certaines dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* de façon à ce qu'elles ne s'appliquent qu'à certains types d'observations présentées *ex parte*, ce qui permet au tribunal de procéder à des parties de l'audition en audience publique. *Ruby*, précité, aux paragraphes 58 à 60.)

[49] J'ai aussi tenu compte du fait qu'en pratique, il aurait été difficile de réaffecter un nombre adéquat de juges désignés à une date quelconque avant octobre ou novembre de cette année. En outre, j'étais conscient du fait que la procureure générale avait déjà présenté ses observations à la Cour lorsque, pour la première fois, j'ai manifesté de l'intérêt envers la possibilité de tenir une audience publique pour entendre, en tout ou en partie, les observations orales en l'espèce. J'étais conscient que cela aurait été la première audience publique tenue dans le cadre d'une demande de mandat présentée en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS. Présumant que, dans certaines circonstances, l'article 27 n'interdit pas la tenue d'une audience publique, j'ai considéré qu'il serait préférable qu'une telle audience ait lieu dans le cadre d'une instance ayant fait l'objet d'une meilleure

the time I was not entirely convinced that the factual and legal issues were intimately linked. As I have already noted, it subsequently became apparent that they were indeed so linked.

[50] In the meantime, I considered it appropriate to considerably reduce the opacity that otherwise would be associated with this proceeding by issuing public redacted versions of both this decision and the written versions of the parties' arguments. In my view, those measures, taken together, will represent an important additional step by this Court to foster greater openness with respect to the *ex parte* proceedings that are brought before it under the Act. Stated differently, these measures will increase the principles of transparency and accountability to which the Supreme Court referred in *Harkat*, above, at paragraph 26.

#### V. CSS Technology

[51] Information regarding the manner in which the CSS technology functions was provided to the Court by [\*\*\*] both through the [\*\*\*] affidavit and orally during the evidentiary hearing on [\*\*\*]

[52] [\*\*\*] is employed by CSIS as a [\*\*\*] He did not testify on what was done specifically in the case of [\*\*\*] but rather spoke of the CSS technique generally. Among other things, he described himself as a subject-matter expert with respect to the CSS technology. [\*\*\*] His evidence was provided for the purpose of assisting the Court to determine whether information obtained without a warrant that specifically sanctioned the use of a CSS, had been obtained lawfully and may be relied upon in an application by CSIS for warrants under section 21 of the Act.

[53] [\*\*\*] explained that CSS is an umbrella term that encompasses both generic terms that are sometimes used, such as "IMSI grabber" or "IMSI catcher", as well as manufacturer or vendor-based names such as Stingray, [\*\*\*]

[54] [\*\*\*] confirmed that CSIS utilizes CSS technology solely for the two purposes that were previously

planification à cet égard. Enfin, à ce moment, je n'étais pas entièrement convaincu que les questions de faits et de droit étaient intimement liées. Comme je l'ai déjà souligné, il est ensuite devenu apparent que cela était bel et bien le cas.

[50] Entre-temps, il m'a semblé judicieux de réduire considérablement l'opacité qui entourerait normalement l'instance, c'est-à-dire de publier des versions caviardées de la présente décision et des observations écrites des parties. À mon avis, grâce à ces mesures, la Cour fera un grand pas vers une ouverture accrue relativement aux instances *ex parte* dont elle est saisie au titre de la Loi sur le SCRS. Autrement dit, ces mesures accroîtront la transparence et la responsabilisation, principes auxquels la Cour suprême a fait allusion dans l'arrêt *Harkat*, précité, au paragraphe 26.

#### V. Technologie relative aux ESB

[51] Les informations sur le fonctionnement de la technologie relative aux ESB ont été fournies à la Cour par [\*\*\*] dans son affidavit et de vive voix le [\*\*\*] lors de l'audition de la preuve.

[52] [\*\*\*] est [\*\*\*] au SCRS. Son témoignage ne traitait pas du cas de [\*\*\*] en particulier, mais plutôt de la technique en général. Il se décrit entre autres comme un spécialiste de la technologie relative aux ESB. [\*\*\*] Les éléments de preuve qu'il a fournis étaient destinés à aider la Cour à déterminer s'il était légal d'obtenir des informations sans qu'un mandat autorise précisément l'utilisation d'un ESB et si, partant, la Cour peut se fonder sur ces informations dans le cadre d'une demande de mandat présentée par le SCRS en vertu de l'article 21 de la Loi sur le SCRS.

[53] [\*\*\*] a expliqué que le terme «ESB» est un générique qui englobe à la fois les termes parfois utilisés, comme «intercepteur d'IMSI» ou «capteur d'IMSI», et les appellations du fabricant ou du fournisseur, comme Stingray, [\*\*\*]

[54] [\*\*\*] a confirmé que le SCRS utilise la technologie relative aux ESB uniquement aux deux fins recensées

identified by SIRC, and discussed at paragraph 12 above, namely, (i) to attribute a cellular device to a known subject of investigation and, (ii) once attributed, to geo-locate a subject of investigation's cellular device at some later date, when the subject's precise whereabouts are no longer known by CSIS.

[55] [\*\*\*] noted that, when CSIS uses a CSS for the first purpose, it already knows the location of the individual, but not the IMSI or IMEI of the individual's mobile device(s). In addition, the identity of the subject of investigation is also typically known. In describing this use of the CSS technology, [\*\*\*] stated: "Our goal is to identify cellular devices and attribute them to subjects of investigation. This would be a clear investigative requirement in order to be able to determine [\*\*\*] and communication patterns [\*\*\*]"

[56] In contrast to the facts that are known by CSIS at the time it conducts a CSS operation for the purpose described above, when CSIS uses a CSS to geo-locate an individual, it knows one or more of that person's IMSI or IMEI identifiers, but not the individual's location. [\*\*\*] specified that CSIS does not seek to geo-locate individuals through the use of CSS operations without a warrant.

[57] According to [\*\*\*] TSPs are able to identify mobile devices that are allowed access to their services through two unique pieces of information that are provided by such devices, namely, the IMSI and the IMEI. [\*\*\*] described those identifiers in his affidavit as follows:

13. An IMSI is a 15 digit string that uniquely associates to a TSP a subscriber account. It is comprised of three parts; a 3 digit Mobile Country Code (MCC) identifying the country of the IMSI subscriber; a 2 or 3 digit Mobile Network Code (MNC) identifying the home network of the IMSI subscriber; and the remaining digits ascribed to a Mobile Subscriber Identification Number (MSIN) which is associated by the service provider to uniquely identify a user's account within a provider's system.

précédemment par le CSARS, et discuté ci-dessus au paragraphe 12, c'est-à-dire i) attribuer un appareil cellulaire à une cible connue et, une fois l'attribution effectuée, ii) géolocaliser l'appareil cellulaire de la cible à une date ultérieure, lorsque le SCRS ne saura plus exactement où se trouve cette dernière.

[55] [\*\*\*] a souligné que, lorsqu'il utilise un ESB pour attribuer un appareil, le SCRS sait où se trouve la personne, mais ignore l'IMSI ou l'IMEI de ses appareils mobiles. En outre, il connaît habituellement l'identité de la cible. Lorsqu'il a décrit cette utilisation de la technologie relative aux ESB, [\*\*\*] a déclaré que [TRADUCTION] « nous cherchons à reconnaître les appareils cellulaires et à les attribuer aux cibles. Aux fins de l'enquête, cela nous est manifestement nécessaire pour esquisser les [\*\*\*] et les habitudes de communication [\*\*\*]"

[56] Comparativement aux faits qu'il connaît au moment de procéder à une opération fondée sur des ESB pour le motif susmentionné, le SCRS, lorsqu'il utilise un ESB pour géolocaliser une personne, connaît une ou plusieurs IMSI ou IMEI liées à cette personne, mais ne sait pas où elle se trouve. [\*\*\*] a précisé que le SCRS ne cherche pas à géolocaliser quiconque sans mandat au moyen d'une opération fondée sur des ESB.

[57] Selon [\*\*\*] les FST sont capables de reconnaître les appareils mobiles autorisés à accéder à leurs services grâce à deux éléments d'information uniques que ces appareils fournissent, c'est-à-dire l'IMSI et l'IMEI, que [\*\*\*] a décrit ainsi dans son affidavit.

[TRADUCTION]

13. L'IMSI est une série de 15 chiffres permettant d'établir un lien unique entre un compte d'abonné et un FST. Il comporte trois parties : l'indicatif du pays de l'abonné (*Mobile Country Code* ou MCC) à trois chiffres, le code de réseau local de l'abonné (*Mobile Network Code* ou MNC) à deux ou trois chiffres, le reste des chiffres constituant le numéro d'identification unique de l'abonné (*Mobile Subscriber Identification Number* ou MSIN) permettant au fournisseur de service de repérer le compte de l'utilisateur dans son système.

14. An IMEI is a 15 digit string that uniquely identifies a cellular device, the actual hardware, to a TSP [...]. The first 8 digits of an IMEI is comprised of a Type Allocation code (TAC) which identifies the make and model of the equipment. The following 7 digits are the serial number which uniquely identifies the device.

[58] By way of example, [\*\*\*] gave the following IMSI number 302720123456789. In this sequence, the digits “302” represent the MCC (country code of the subscriber); the digits “720” represent the MNC (network code of the subscriber’s TSP); and the remaining digits represent the MSIN (unique subscriber identifying number). This information is stored on the SIM cards of mobile devices.

[59] By way of further example, [\*\*\*] gave the following IMEI number: 353778081234560. In this sequence, the numbers “35377808” represent the TAC (device make and model), while the numbers “1234560” represent the unique device serial number. The Court understands that this information is stored on the device itself, rather than on its SIM card.

[60] [\*\*\*]

[61] [\*\*\*]

[62] To facilitate the provision of telecommunications services by TSPs, each TSP is licensed to operate and broadcast on frequencies that are different from those licensed to other TSPs. [\*\*\*]

[63] [\*\*\*]

[64] By mimicking a TSP’s cell tower, CSS devices induce cellular devices to interact with them as if they were a *bona fide* cell tower. In essence, a CSS is a “false” tower that requests devices to authenticate themselves to something that is posing as a TSP’s tower.

[65] [\*\*\*]

[66] To then identify the IMSI and IMEI identifiers that correspond to the device used by the subject of the CSS operation, [\*\*\*]

14. L’IMEI est une série de 15 chiffres permettant au FST de reconnaître l’appareil lui-même [...]. Les huit premiers chiffres (*Type Allocation Code* ou TAC) renvoient à la marque et au modèle de l’appareil. Les sept autres chiffres constituent le numéro de série unique de l’appareil.

[58] [\*\*\*] a proposé l’IMSI 302720123456789 à titre d’exemple. Dans ce numéro, le segment «302» représente l’indicatif de pays de l’abonné (MCC) et le segment «720» représente le code de réseau mobile (MNC) du FST. Les autres chiffres constituent le numéro d’identification unique de l’abonné (MSIN). Ces informations sont stockées sur la carte SIM de l’appareil mobile.

[59] En outre, toujours à titre d’exemple, [\*\*\*] a proposé l’IMEI 353778081234560. Dans ce numéro, le segment «35377808» permet d’établir la marque et le modèle de l’appareil (TAC) tandis que la séquence «1234560» représente le numéro de série unique de l’appareil. Selon la compréhension de la Cour, ces informations sont stockées dans l’appareil lui-même, pas sur la carte SIM.

[60] [\*\*\*]

[61] [\*\*\*]

[62] Pour faciliter la prestation de services de télécommunication, chaque FST se voit attribuer des fréquences qui lui sont propres et sur lesquelles il peut diffuser et mener ses activités. [\*\*\*]

[63] [\*\*\*]

[64] Essentiellement, l’ESB imite une tour de téléphonie cellulaire d’un FST. Il amène ainsi les appareils cellulaires à interagir avec lui et à s’authentifier auprès de lui comme s’il était une tour véritable.

[65] [\*\*\*]

[66] Pour pouvoir reconnaître l’IMSI et l’IMEI qui correspondent à l’appareil qu’utilise la cible de l’opération menée au moyen d’un ESB, [\*\*\*]

[67] [\*\*\*]

[68] [\*\*\*]

[69] [\*\*\*]

[70] [\*\*\*]

[71] [\*\*\*]

[72] [\*\*\*] CSIS operates its CSS equipment in a manner that does not degrade or otherwise affect in any perceptible way the quality of service experienced by the user of a mobile device that is in the vicinity of a CSS. [\*\*\*]

[73] [\*\*\*] further assured the Court that, with one exception, the CSS technology used by CSIS does not have any capacity to capture either the content of any communications made by users of mobile devices, or the information stored on their mobile devices. [\*\*\*]<sup>ii</sup> [\*\*\*]

[74] Finally, [\*\*\*] stressed that the IMEI and IMSI identifiers that are captured by CSS equipment is not encrypted, but rather is “in the open”.

#### VI. CSIS’s Policy Regarding the Collection and Retention of Electronic Identifiers

[75] On [\*\*\*] CSIS DDO issued a Directive relating to the collection and retention of electronic identifiers. According to [\*\*\*] that Directive was issued as a result of Justice Noël’s decision in *X (Re)*, above, where he decided, among other things, that the words “strictly necessary” in section 12 of the Act apply to both the collection and the retention of information by CSIS.

[76] For the purposes of the Directive, electronic identifiers include IMSI and IMEI numbers, [\*\*\*]

<sup>ii</sup> [\*\*\*] testified that there is some CSS technology that is capable of intercepting the content of telephone calls, however, CSIS does not possess or use such technology. I expect that if CSIS ever acquires such technology, it will seek a warrant from the Court prior to using it, as the interception of such content clearly requires prior judicial authorization.

[67] [\*\*\*]

[68] [\*\*\*]

[69] [\*\*\*]

[70] [\*\*\*]

[71] [\*\*\*]

[72] [\*\*\*] le SCRS utilise les ESB d’une manière qui ne nuit d’aucune façon perceptible à la qualité du service dont bénéficient les utilisateurs d’appareils mobiles qui se trouvent à proximité. [\*\*\*]

[73] [\*\*\*] a en outre assuré la Cour qu’à une exception près, la technologie relative aux ESB utilisée par le SCRS ne permet aucunement de recueillir le contenu des communications des utilisateurs d’appareils mobiles ni les informations stockées sur les appareils. [\*\*\*]<sup>ii</sup>[\*\*\*]

[74] Enfin [\*\*\*] a souligné que les IMEI et IMSI recueillies par les ESB ne sont pas cryptées et sont libres d’accès.

#### VI. Politique du SCRS sur la collecte et la conservation d’identificateurs électroniques

[75] Le [\*\*\*] le SDO du SCRS a donné une directive sur la collecte et la conservation d’identificateurs électroniques. Selon [\*\*\*] cette directive fait suite à la décision rendue par le juge Noël dans *X (Re)*, dans laquelle il a statué que l’expression «strictement nécessaire» qui figure à l’article 12 de la Loi sur le SCRS s’applique aussi bien à la collecte qu’à la conservation d’informations par le SCRS.

[76] Aux fins de la directive, s’entend par «identificateurs électroniques» l’IMSI, l’IMEI [\*\*\*]

<sup>ii</sup> [\*\*\*] a témoigné qu’il existe des technologies relatives aux ESB qui permettent d’intercepter le contenu d’appels téléphoniques, mais que le SCRS ne possède ni n’utilise aucun appareil de ce type. Je m’attends à ce que le SCRS présente une demande de mandat à la Cour s’il acquiert un jour une telle technologie, car il est manifeste que l’interception de ce genre de contenu nécessite préalablement une approbation judiciaire.

[77] Pursuant to the Directive, a moratorium was imposed on the use of technical means for the purpose of collecting electronic identifiers. [\*\*\*]

[78] According to [\*\*\*] all of those electronic identifiers previously obtained by CSIS pursuant to CSS operations, including those for which an operational report has been written, have now been destroyed in accordance with the Directive. [\*\*\*]

[79] By way of further background, the Attorney General explained during the evidentiary hearing in this application that, given Justice Noël's decision in *X (Re)*, above, and given CSIS's view that the retention of IMSI and IMEI identifiers cannot be said to be "strictly necessary" once an operational report of the collection exercise has been finalized, those identifiers are generally deleted at that time. [\*\*\*] testified that the operational reports are usually prepared "within [\*\*\*] days". However, he added that, once CSS operations have been resumed following the issuance of these judgment and reasons, CSIS is considering requesting up to [\*\*\*] months within which to determine whether IMSI and IMEI identifiers that it has collected can be attributed to a subject of investigation. That is the period of time within which Justice Noël determined, in *X (Re)*, above, at paragraph 253, that "information that is evidently not threat-related and that does not involve the target" must be destroyed. [\*\*\*]

## VII. Assessment of Legal Submissions

[80] The Attorney General submits that CSIS's use of CSS technology solely to capture IMSI and IMEI identifiers does not contravene either the *Radiocommunication Act*, the *Criminal Code*, or the Charter. I agree, subject to the reasons set forth below.

[81] The Attorney General's submissions in respect of each of those laws will be addressed separately below.

[77] Conformément à la directive, un moratoire a été imposé relativement à l'utilisation de moyens techniques servant à recueillir des identificateurs électroniques. [\*\*\*]

[78] Selon [\*\*\*] tous les identificateurs électroniques obtenus par le SCRS dans le cadre d'opérations fondées sur des ESB, y compris ceux qui ont fait l'objet d'un rapport opérationnel, ont été détruits conformément à la directive. [\*\*\*]

[79] Ajoutons à ces informations contextuelles que, pendant l'audition de la preuve en l'espèce, la procureure générale a expliqué que les identificateurs sont généralement supprimés dès que le rapport opérationnel concernant l'activité de collecte a été rédigé, et ce, en raison de la décision du juge Noël dans *X (Re)* et de l'opinion du SCRS voulant que la conservation de l'IMSI et de l'IMEI ne saurait être, à ce moment, considérée comme «strictement nécessaire». Selon [\*\*\*] les rapports opérationnels sont généralement préparés dans [\*\*\*] jours suivants. Il a toutefois ajouté que, lorsqu'il aura repris les opérations fondées sur des ESB après la publication des présents motifs, le SCRS envisage de demander une période maximale de [\*\*\*] mois pour déterminer si les IMSI et les IMEI qu'il a recueillies peuvent être attribuées à une cible. Il s'agit de la période pour laquelle le juge Noël a déterminé dans la décision *X (Re)*, précitée, au paragraphe 253, que «les informations qui ne sont manifestement pas liées à la menace et qui n'impliquent pas la cible» doivent être détruites. [\*\*\*]

## VII. Évaluation des observations

[80] La procureure générale soutient que l'utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS à la seule fin de recueillir des IMSI et des IMEI n'enfreint ni la *Loi sur la radiocommunication*, ni le *Code criminel*, ni la Charte. Je suis d'accord, pour les motifs ci-dessous.

[81] Les observations de la procureure générale ayant trait à chacune de ces lois sont abordées de façon distincte ci-dessous.

### A. The Radiocommunication Act

[82] The *Radiocommunication Act* governs the use of radio apparatus and radio-sensitive equipment to ensure the orderly development and efficient operation of radiocommunications in Canada. To this end, paragraph 5(1)(a) of that legislation allows the Minister of Industry (now the Minister of Innovation, Science and Economic Development) to issue licences and certificates to govern radio apparatus, including “any other authorization relating to radiocommunication that the Minister considers appropriate.”

[83] Among other things, paragraph 9(1)(b) of the *Radiocommunication Act* prohibits anyone from interfering with or obstructing any radiocommunication “without lawful excuse.”

[84] The Attorney General concedes that a CSS device is a “radio apparatus” within the meaning of the *Radiocommunication Act*. However, she maintains that CSIS’s use of a CSS complies with that legislation because CSIS holds an Authority to Use Radio (Authority), which was issued on September 1, 1992. She further maintains that, by virtue of that Authority and section 12 of the Act, CSIS’s use of CSS technology does not contravene paragraph 9(1)(b) of the *Radiocommunication Act*.

[85] For the present purposes, the provisions in the Authority which are most relevant are the following:

1) In accordance with subparagraph 5(1)(a)(v) of the Radiocommunication Act, this constitutes authorization for the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) in respect of any and all types of specialty designed radio apparatus used for the purpose specified in paragraph 2, for which a radio licence, under subparagraph 5(1)(a)(i) of the Radiocommunication Act, is not appropriate.

2) This authorization applies to radio apparatus specified in paragraph 1 only when it is being tested, used for training, or used for operations, solely in relation to investigations under sections 12 and 16 of the Canadian Security Intelligence Services Act, R.S.C. 1985, c. C-23.

### A. Loi sur la radiocommunication

[82] La *Loi sur la radiocommunication* régit l’utilisation d’appareils radio et de matériel radiosensible pour assurer le développement ordonné et l’exploitation efficace de la radiocommunication au Canada. À cette fin, l’alinéa 5(1)a) de cette loi permet au ministre de l’Industrie (maintenant le ministre de l’Innovation, des Sciences et du Développement économique) de décerner les licences et les certificats régissant les appareils radio, dont « toute autre autorisation relative à la radiocommunication qu’il estime indiquée ».

[83] Entre autres, l’alinéa 9(1)b) de cette loi interdit, « sans excuse légitime, de gêner ou d’entraver la radiocommunication ».

[84] La procureure générale reconnaît qu’un ESB est un « appareil radio » au sens de la *Loi sur la radiocommunication*. Elle soutient toutefois que le SCRS l’utilise légalement, parce qu’il détient une autorisation relative à l’utilisation d’appareils radio (Autorisation) émise le 1<sup>er</sup> septembre 1992. Elle soutient en outre qu’au titre de l’Autorisation et de l’article 12 de la Loi sur le SCRS, l’utilisation que fait le SCRS de la technologie relative aux ESB ne contrevient pas à l’alinéa 9(1)b) de la *Loi sur la radiocommunication*.

[85] Aux fins des présents motifs, voici les dispositions les plus utiles de l’Autorisation.

1) Aux termes du sous-alinéa 5(1)a)(v) de la *Loi sur la radiocommunication*, la présente constitue une autorisation pour le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) relativement à tous les types d’appareils radio spécialement conçus aux fins indiquées au paragraphe 2, à l’égard desquels une licence radio, délivrée en vertu du sous-alinéa 5(1)a)(i) de la *Loi sur la radiocommunication*, n’est pas indiquée.

2) La présente autorisation s’applique aux appareils radio décrits au paragraphe 1 seulement quand ils sont mis à l’essai ou quand ils sont utilisés à des fins de formation ou à des fins d’activités opérationnelles dans le cadre des enquêtes menées en vertu des articles 12 et 16 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, LRC (1985), ch C-23.

...

[...]

7) All radio apparatus covered by this authorization shall not cause harmful interference to other authorized or licensed radio apparatus.

7) Aucun appareil radio visé par la présente autorisation ne devra causer une interférence nuisible à d'autres appareils radio faisant l'objet d'une autorisation ou d'une licence.

...

[...]

9) This authorization is valid unless withdrawn by the Department of Communications or the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) indicates in writing that it is no longer required. [Emphasis added.]

9) La présente autorisation est valide à moins d'être retirée par le ministère des Communications ou à moins que le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) indique par écrit qu'elle n'est plus nécessaire. [Non souligné dans l'original.]

[86] The full text of the Authority is set forth in Appendix I to these judgment and reasons.

[86] Le texte complet de l'Autorisation figure à l'annexe I des présents motifs.

[87] The *amici* note that CSIS was not “exposed to” CSS technology [\*\*\*] They maintain that it cannot reasonably have been in the Minister’s contemplation in 1992, at the dawn of cellular technology, that the Authority would be interpreted to authorize the use of CSS equipment for the purpose of obtaining IMSI and IMEI identifiers. They add that, had CSIS sought authorization from the present Minister, the Minister would likely have circumscribed its use of CSS technology, as he did in the authorization that was provided to the RCMP on March 13, 2017. The full text of that authorization is set forth in Appendix II to these judgment and reasons.

[87] Les *amici* soulignent que le SCRS n’a pas eu accès à la technologie relative aux ESB [\*\*\*] Ils soutiennent qu’il n’est pas raisonnablement concevable qu’en 1992, à l’aube de la technologie cellulaire, le ministre ait envisagé que l’Autorisation puisse être interprétée comme une permission d’utiliser du matériel en vue d’obtenir des IMSI et des IMEI. Selon eux, si le SCRS avait demandé l’autorisation au ministre actuel, celui-ci aurait vraisemblablement mis des balises à l’utilisation de la technologie relative aux ESB, comme il l’a fait dans l’autorisation délivrée le 13 mars 2017 à la GRC. Le texte complet de cette autorisation figure à l’annexe II des présents motifs.

[88] The foregoing may all very well be true. However, it fails to come to grips with the fact that, on its face, the wording of the Authority is sufficiently broad to cover the use of CSS equipment by CSIS.

[88] Les arguments susmentionnés sont peut-être empreints de vérité, mais ils ne tiennent pas compte du fait qu’à première vue, le libellé de l’Autorisation est assez général pour inclure l’utilisation d’ESB et du matériel connexe par le SCRS.

[89] Specifically, the use of such equipment would clearly fall within the scope of the words “in respect of any and all types of specially designed radio apparatus used for the purposes specified in paragraph 2”, as they appear in paragraph 1 of the Authority. I am inclined to agree with CSIS that those words appear to have contemplated that the Authority would be used in respect of radio apparatus that was not yet in existence in 1992, when the Authority was issued.

[89] En particulier, la portée du segment «relativement à tous les types d’appareils radio spécialement conçus aux fins indiquées au paragraphe 2», qui figure au paragraphe 1 de l’Autorisation, englobe clairement l’utilisation de ce genre de matériel. Je suis enclin à me ranger à l’avis du SCRS, selon qui ce segment semble indiquer qu’il a été envisagé, lorsque l’Autorisation a été délivrée, qu’elle allait être invoquée à l’endroit d’appareils radio qui n’existaient pas en 1992.

[90] In any event, those words have the effect of allowing the Authority to be used in respect of such radio apparatus. Until the Minister withdraws the Authority, as provided for in paragraph 9, the Authority will remain sufficient authorization, for the purposes of the *Radiocommunication Act*, for CSIS to use CSS equipment. The evidence adduced in this proceeding is that the Minister has not taken any such action.

[91] I pause to observe that the Attorney General noted that, prior to obtaining the above-mentioned authorization in March of this year, the RCMP had been relying upon a different authorization pertaining to “jammers”, to conduct its CSS operations.

[92] The *amici* added that the use of a CSS to obtain IMSI and IMEI identifiers associated with cellular devices clearly does cause some interference with those devices and has the potential to cause harmful interference, within the meaning of paragraph 7 of the Authority. In this regard, they note that “harmful interference” is defined in section 2 of the *Radiocommunication Act* to mean:

*Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2

**Definitions**

2 ...

***harmful interference*** ... an adverse effect of electromagnetic energy from any emission, radiation or induction that

(a) endangers the use or functioning of a safety-related radiocommunication system, or

(b) significantly degrades or obstructs, or repeatedly interrupts, the use or functioning of radio apparatus or radio-sensitive equipment.

[93] The *amici* further note that the potential to cause harmful interference, including interfering with emergency calls to 911, formed part of the record before Justice Code of the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII), at paragraphs 34, 38, 51–52. However, the passages from that decision that were cited by the *amici* simply described

[90] Quoi qu’il en soit, en raison de ce segment, l’Autorisation peut être invoquée à l’endroit de tels appareils radio. Comme il est prévu au paragraphe 9 de l’Autorisation, celle-ci suffit à permettre au SCRS, aux fins de la *Loi sur la radiocommunication*, d’utiliser des ESB et le matériel connexe, et ce, jusqu’à ce que le ministre la retire. Selon la preuve présentée en l’espèce, le ministre n’a pas entrepris une telle démarche.

[91] Je fais remarquer au passage que la procureure générale a souligné qu’avant d’obtenir l’autorisation susmentionnée en mars de cette année, la GRC s’appuyait sur une autorisation distincte, relative aux brouilleurs, pour mener ses opérations fondées sur des ESB.

[92] Les *amici* ont ajouté que l’utilisation d’un ESB pour obtenir des IMSI et des IMEI cause manifestement du brouillage à l’endroit des appareils cellulaires visés et est susceptible d’être la source de brouillage préjudiciable, au sens du paragraphe 7 de l’Autorisation. À ce propos, ils soulignent que la *Loi sur la radiocommunication* donne la définition suivante de «brouillage préjudiciable».

*Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2

**Définitions**

2 [...]

***brouillage préjudiciable*** Effet non désiré d’une énergie électromagnétique due aux émissions, rayonnements ou inductions qui compromet le fonctionnement d’un système de radiocommunication relié à la sécurité ou qui dégrade ou entrave sérieusement ou interrompt de façon répétée le fonctionnement d’appareils radio ou de matériel radiosensible.

[93] Les *amici* soulignent en outre que la possibilité d’être à l’origine de brouillage préjudiciable, notamment à l’endroit des appels d’urgence adressés au 911, est un élément du dossier dont a été saisi le juge Code de la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans la décision *R. v. Brewster*, 2016 ONSC 4133 (CanLII), aux paragraphes 34, 38, 51 et 52. Toutefois, les extraits de

(i) measures that the RCMP adopt, in operating its CSS equipment, to minimize the potential to cause unreasonable interference with mobile telephones, (ii) the capacity of *that* equipment to interrupt calls for up to two minutes (when configured in a rarely used mode), and (iii) arguments regarding alleged deficiencies in the RCMP's warrant, which Justice Code did not accept. Moreover, it bears underscoring that Justice Code's observations were made based on the specific evidence that was adduced in that case.

[94] The evidence in this case is that the equipment used by CSIS [\*\*\*] In my view, [\*\*\*] do not constitute significant degradations or obstructions, and do not constitute repeated interruptions, as contemplated by the above-quoted language from section 2 of the *Radiocommunications Act*.

[95] Given the foregoing, I am satisfied that CSIS's use of CSS technology does not contravene the *Radiocommunication Act*.

#### B. The Criminal Code

[96] Part VI [ss. 183 to 196.1] of the *Criminal Code* provides a scheme that governs the interception of private communications. Among other things, section 184 of the *Criminal Code* prohibits the wilful interception of private communications by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, where done without consent or prior judicial authorization.

[97] CSIS maintains that its use of a CSS without prior judicial authorization does not contravene section 184 of the *Criminal Code* because its CSS equipment does not intercept any private communications. [\*\*\*]

[98] Pursuant to section 183 of the *Criminal Code*, *private communication* is defined to mean:

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

cette décision cités par les *amici* traitent simplement i) de mesures adoptées par la GRC relativement à la manipulation de *ses* ESB et du matériel connexe en vue de minimiser la possibilité de causer un brouillage préjudiciable à des téléphones mobiles, ii) de la capacité de *ce* matériel d'interrompre les appels pendant une durée maximale de deux minutes (lorsqu'il est configuré d'une manière rarement utilisée) et iii) d'arguments relatifs à des lacunes présumées aux mandats de la GRC qu'a rejetés le juge Code. En outre, il y a lieu de souligner que le juge Code a fondé ses observations sur la preuve qui avait été présentée lors de cette instance.

[94] En l'espèce, selon la preuve, le matériel utilisé par le SCRS [\*\*\*] À mon avis, [\*\*\*] ne constituent pas de sérieuses dégradations ou entraves ni des interruptions répétées, au sens de l'article 2 de la *Loi sur la radiocommunication* cité ci-dessus.

[95] Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que l'utilisation que fait le SCRS de la technologie relative aux ESB ne contrevient pas à la *Loi sur la radiocommunication*.

#### B. Code criminel

[96] La Partie VI [articles 183 à 196.1] du *Code criminel* prévoit un régime régissant l'interception des communications privées. Entre autres, l'article 184 du *Code criminel* interdit d'intercepter volontairement une communication privée au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre en l'absence de consentement ou d'autorisation judiciaire.

[97] Le SCRS soutient qu'il n'a pas contrevenu à l'article 184 du *Code criminel* en utilisant des ESB et le matériel connexe sans avoir obtenu d'autorisation judiciaire au préalable parce que les appareils en question n'interceptent aucune communication privée. [\*\*\*]

[98] L'article 183 du *Code criminel* donne la définition suivante de « communication privée ».

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

## Definitions

## 183 ...

*private communication* ... any oral communication, or any telecommunication, that is made by an originator who is in Canada or is intended by the originator to be received by a person who is in Canada and that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it, and includes any radio-based telephone communication that is treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception by any person other than the person intended by the originator to receive it.

[99] Pursuant to section 183 of the *Criminal Code*, the word *intercept* “includes [to] listen to, record or acquire a communication or acquire the substance, meaning or purport thereof.” It is common ground between CSIS and the *amici* that obtaining IMSI and IMEI identifiers through the use of CSS equipment does not do any of these things, or otherwise capture any content of communications made by the mobile devices that are targeted by that equipment.

[100] Accordingly, the *amici* agree that in the absence of any interception of the content of communications, CSIS’s use of CSS technology to attribute IMSI and IMEI identifiers to a subject of investigation does not contravene Part VI of the *Criminal Code*.

[101] However, the *amici* maintained that CSIS’s use of a CSS without a warrant contravenes the mischief provisions in section 430 of the *Criminal Code*, and that neither section 12 of the Act nor the Authority discussed at paragraphs 84–90 above provide a lawful exemption from section 430. I disagree.

[102] Subsection 430(1) states:

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

## Mischief

**430 (1)** Every one commits mischief who wilfully

## Définitions

## 183 [...]

*communication privée* Communication orale ou télécommunication dont l’auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s’y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s’attendre à ce qu’elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition vise également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d’empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine.

[99] Toujours selon l’article 183 du *Code criminel*, « intercepter » « [s]’entend notamment du fait d’écouter, d’enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d’une communication ou de sa substance, son sens ou son objet ». Le SCRS et les *amici* s’entendent pour dire que l’obtention d’IMSI et d’IMEI au moyen d’ESB ne saurait être assimilée à l’une de ces actions ni à la capture de tout contenu de communications effectuées au moyen des appareils mobiles visés.

[100] Ainsi, les *amici* conviennent qu’en l’absence de toute interception du contenu de communications, l’utilisation que fait le SCRS de la technologie relative aux ESB en vue d’attribuer des IMSI et des IMEI à une cible ne contrevient pas à la Partie VI du *Code criminel*.

[101] Cependant, les *amici* ont soutenu que l’utilisation d’un ESB sans mandat par le SCRS enfreint les dispositions de l’article 430 du *Code criminel* sur les méfaits et que ni l’article 12 de la Loi sur le SCRS ni l’Autorisation dont il est question aux paragraphes 84 à 90 ci-haut ne fournissent d’exemptions légitimes à l’article 430. Je ne suis pas d’accord.

[102] Voici le paragraphe 430(1).

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

## Méfait

**430 (1)** Commet un méfait quiconque volontairement, selon le cas :

(a) destroys or damages property;

(b) renders property dangerous, useless, inoperative or ineffective;

(c) obstructs, interrupts or interferes with the lawful use, enjoyment or operation of property; or

(d) obstructs, interrupts or interferes with any person in the lawful use, enjoyment or operation of property.

a) détruit ou détériore un bien;

b) rend un bien dangereux, inutile, inopérant ou inefficace;

c) empêche, interrompt ou gêne l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien;

d) empêche, interrompt ou gêne une personne dans l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien.

[103] Pursuant to section 429 of the *Criminal Code*, “[n]o person shall be convicted of an offence under sections 430 to 446 where he proves that he acted with legal justification or excuse and with colour of right.”

[103] Aux termes de l'article 429 du *Code criminel*, «Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée aux articles 430 à 446 s'il prouve qu'il a agi avec une justification ou une excuse légale et avec apparence de droit».

[104] For the reasons set forth in Part VII.A. immediately above, I do not accept the *amici*'s position that the Authority does not provide such legal justification.

[104] Pour les raisons exposées à la Partie VII.A des présents motifs, je rejette la position des *amici*, selon qui l'autorisation ne procure pas une telle justification légale.

[105] For the reasons that are provided in Part VII.C.(2)(b)(ii) below, I do not accept the *amici*'s position with respect to section 12.

[105] Pour les raisons exposées à la Partie VII.C.(2)(b)(ii) des présents motifs, je rejette la position des *amici* à l'égard de l'article 12.

[106] I will simply add in passing that, in their oral submissions, the *amici* conceded that if I find that section 12 provides sufficient authorization for the capture of IMSI and IMEI identifiers through the use of CSS technology, that would be sufficient to bring that activity within the scope of the defence afforded by section 429 of the *Criminal Code*.

[106] J'ajoute simplement au passage que, dans leurs observations orales, les *amici* ont reconnu que, si je statue que l'article 12 suffit à autoriser la collecte de l'IMSI et de l'IMEI au moyen de la technologie relative aux ESB, cette activité pourrait être visée par une défense fondée sur l'article 429 du *Code criminel*.

### C. Section 8 of the Charter

#### (1) *Legal Principles*

[107] Section 8 of the Charter provides: “Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

[108] It follows that there are two distinct issues to be assessed in determining whether there has been a violation of section 8, namely (i) whether there has been a “search or seizure”, and (ii), if so, whether that search or

### C. Article 8 de la Charte

#### 1) *Principes juridiques*

[107] Suivant l'article 8 de la Charte, «[c]hacon a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives».

[108] Partant, deux questions distinctes doivent être étudiées pour déterminer s'il y a eu infraction à l'article 8 : i) la possibilité qu'il y ait eu une fouille, une perquisition ou une saisie et, dans l'affirmative ii), la possibilité qu'elle

seizure was “unreasonable”, (*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211 (*Gomboc*), at paragraph 20).

[109] In approaching these issues, courts must adopt “a purposive approach that emphasizes the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society” (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 (*Spencer*), at paragraph 15).

(a) What Constitutes a Search or Seizure?

[110] A “seizure” has been defined as “the taking of a thing from a person by a public official without that person’s consent” as well as the compelled production of information, for example, pursuant to a regulatory statute (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425 (*Thomson Newspapers*), at page 505; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627 (*McKinlay*), at page 642).

[111] By contrast, a “search” occurs when an individual who is the object of intrusive state activity has a reasonable expectation of privacy in the subject matter of the alleged search. If so, then the activity in question constitutes a “search” and section 8 is engaged (*Spencer*, above, at paragraph 16; *Gomboc*, above, at paragraph 20).

[112] In assessing whether an individual had a reasonable expectation of privacy in relation to the subject matter of an alleged search, the totality of the circumstances to be assessed include various factors directly related to the individual’s expectation of privacy, both subjectively and objectively viewed. These include:

- i. the subject matter of the alleged search;

ait été abusive (*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211 (*Gomboc*), au paragraphe 20).

[109] Pour aborder ces questions, les tribunaux doivent adopter «une approche téléologique axée principalement sur la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l’épanouissement personnel et à l’autonomie ainsi qu’au maintien d’une société démocratique prospère» (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 (*Spencer*), au paragraphe 15).

a) Qu’est-ce qu’une fouille, une perquisition ou une saisie?

[110] Il y a *saisie* «lorsque les autorités prennent quelque chose appartenant à une personne sans son consentement». À titre d’exemple, une ordonnance de production de document rendue en vertu d’un règlement constitue une saisie (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425 (*Thomson Newspapers*), à la page 505 et *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 (*McKinlay*), à la page 642).

[111] En revanche, il y a *fouille* ou *perquisition* lorsqu’une personne visée par une activité envahissante menée par l’État s’attend raisonnablement au respect de sa vie privée quant à l’objet de la fouille ou de la perquisition présumée. Dans l’affirmative, l’activité en question constitue une fouille ou une perquisition pour les fins de l’article 8 (*Spencer*, précité, au paragraphe 16 et *Gomboc*, précité, au paragraphe 20).

[112] L’ensemble des circonstances à évaluer lorsqu’il s’agit de déterminer si la personne visée s’attendait raisonnablement au respect de sa vie privée quant à l’objet de la fouille ou de la perquisition présumée comprend divers facteurs directement liés aux attentes de la personne en matière de respect de la vie privée, d’un point de vue tant subjectif qu’objectif. Il s’agit :

- i. de l’objet de la fouille ou de la perquisition présumée;

- |  |  |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>ii. the individual's interest in the subject matter;</li> <li>iii. the individual's subjective expectation of privacy in the subject matter; and</li> <li>iv. whether the individual's subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>ii. du droit de la personne à l'égard de l'objet;</li> <li>iii. de l'attente subjective de la personne en matière de respect de la vie privée relativement à l'objet;</li> <li>iv. de la question de savoir si cette attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l'ensemble des circonstances.</li> </ul> |
|--|--|

(*Spencer*, above, at paragraph 18.)

(*Spencer*, précité, au paragraphe 18.)

[113] With respect to the first of the four factors listed above, an assessment must be made of both the subject matter of the alleged search or seizure, as well as any inferences that can reasonably be made from that subject matter regarding private activities or other private information of the individual (*Spencer*, above, at paragraphs 26–31). Put differently, when the subject matter of an alleged search is information, a court must consider the significance of the information obtained as a result of the search (*R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569 (*A.M.*), at paragraph 38).

[113] En ce qui a trait au premier des quatre facteurs susmentionnés, il est nécessaire d'évaluer non seulement l'objet de la fouille ou de la perquisition présumée, mais aussi les conclusions qu'il est raisonnable d'en tirer quant aux activités privées ou à d'autres informations privées de la personne (*Spencer*, précité, aux paragraphes 26 à 31). Autrement dit, lorsque des informations sont l'objet d'une fouille ou d'une perquisition, la Cour doit tenir compte de l'importance des informations ainsi obtenues (*R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569 (*A.M.*), au paragraphe 38).

[114] The protection afforded by section 8 of the Charter does not extend to all matters that the individual may wish to keep out of the hands of agents of the state (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432 (*Tessling*), at paragraph 26). Rather, that protection is limited to a "biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state [including] information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual" (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281 (*Plant*), at page 293 (emphasis added); *Spencer*, above, at paragraph 27).

[114] La protection garantie par l'article 8 de la Charte ne s'applique pas à tout ce qu'une personne pourrait vouloir garder hors de la portée des agents de l'État (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 (*Tessling*), au paragraphe 26). Cette protection se limite plutôt à «un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu» (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281 (*Plant*), à la page 293 et *Spencer*, précité, au paragraphe 27; non souligné dans l'original).

[115] In evaluating the second of the above-listed factors (the individual's interest in the subject matter of the alleged search), the focus is upon the extent to which that interest may be said to be direct (*Tessling*, above, at paragraph 32; *Spencer*, above, at paragraph 19; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579 (*Patrick*), at paragraph 27).

[115] L'évaluation du deuxième facteur susmentionné (le droit de la personne à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition présumée) porte essentiellement sur la mesure dans laquelle ce droit peut être considéré comme direct (*Tessling*, précité, au paragraphe 32; *Spencer*, précité, au paragraphe 19; et *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579 (*Patrick*), au paragraphe 27).

[116] With respect to the third of those factors (the individual's subjective expectation of privacy in the subject matter), this may be established by direct evidence demonstrating such an expectation, or by inference from the circumstances (*Spencer*, above, at paragraph 19; *Tessling*, above, at paragraph 38). For example, a subjective expectation of privacy can be presumed in respect of activities that take place in a person's home (*Patrick*, above, at paragraph 37; *Gomboc*, above, at paragraph 25). However, section 8 of the Charter "does not cloak the home in an impenetrable veil of privacy", and where there is no direct search of the home itself, "the informational privacy interest should be the focal point of the analysis" (*Gomboc*, above, at paragraphs 46, 49). In this latter regard, the fact that the home may have been involved "should be subsidiary to what the investigative technique was capable of revealing about the home and what information was actually disclosed" (*Gomboc*, above, at paragraph 50).

[117] Turning to the fourth of the factors (whether the individual's subjective expectation of privacy was objectively reasonable), the degree of privacy a citizen can reasonably expect may vary significantly depending upon the activity that brings him or her into contact with the state (*Thomson Newspapers*, above, at pages 506–507).

[118] The considerations to be assessed in evaluating this factor include:

- i. the nature of the privacy interest at stake;
- ii. the circumstances in which the search occurred;
- iii. the place in which it occurred;
- iv. whether the information has already been abandoned or disclosed to third parties;

[116] L'attente subjective de la personne en matière de respect sa vie privée relativement à l'objet, qui constitue le troisième facteur, peut être établie grâce à des éléments de preuve directs qui la démontrent ou au moyen d'une inférence relative aux circonstances (*Spencer*, précité, au paragraphe 19 et *Tessling*, précité, au paragraphe 38). À titre d'exemple, il existe une présomption relative à l'existence d'une telle attente quant aux activités qui se déroulent dans un domicile (*Patrick*, précité, au paragraphe 37 et *Gomboc*, précité, au paragraphe 25). Toutefois, l'article 8 de la Charte « n'enveloppe pas la maison dans un voile impénétrable de confidentialité » et, lorsqu'aucune fouille ou perquisition n'a été effectuée dans le domicile lui-même, « l'analyse devrait être axée sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels » (*Gomboc*, précité, aux paragraphes 46 et 49). À cet égard, le fait que la fouille ou la perquisition a pu avoir trait au domicile « doit être considéré comme accessoire par rapport aux renseignements que la technique d'enquête pouvait révéler et a révélés au sujet de la maison » (*Gomboc*, précité, au paragraphe 50).

[117] En ce qui a trait au quatrième facteur (la question de savoir si l'attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable), « le degré de vie privée auquel le citoyen peut raisonnablement s'attendre peut varier considérablement selon les activités qui le mettent en contact avec l'État » (*Thomson Newspapers*, précité, aux pages 506 et 507).

[118] Pour évaluer ce facteur, il est nécessaire de prendre en considération :

- i. la nature du droit au respect de la vie privée qui est en jeu;
- ii. les circonstances de la fouille ou de la perquisition présumée;
- iii. l'endroit où la fouille ou la perquisition présumée a eu lieu;
- iv. la possibilité que les informations aient déjà été abandonnées ou communiquées à des tiers;

- v. the purpose of the intrusion;
- vi. the extent to which the search technique that was used was intrusive in relation to the identified privacy interest;
- vii. the relevant statutory and contractual framework, if any; and
- viii. whether the use of the search or surveillance technology that was used was itself objectively unreasonable.

(*Spencer*, above, at paragraph 20; *Tessling*, above, at paragraph 32; *Patrick*, above, at paragraph 38)

[119] The Supreme Court has also held the view in the past that the nature of the state's interest in conducting a particular type of intrusive activity can also be considered in determining whether that activity constitutes a "search" (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8 (*Evans*), at paragraph 40; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20 (*Colarusso*), at page 53). However, it has since stated that it is more logical to consider this factor when considering whether a search was unreasonable (*Tessling*, above, at paragraph 64, discussing the seriousness of the offence).

[120] Insofar as the nature of the privacy interest at stake is concerned, privacy interests can be primarily territorial, personal or informational in nature. These are not strict or mutually exclusive categories (*Spencer*, above, at paragraph 35; *Tessling*, above, at paragraph 20). The analysis of these categories "turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not on the legal or illegal nature of the items sought" (*Spencer*, above, at paragraph 36).

[121] Territorial privacy includes an individual's privacy in an area or place, such as his or her home, hotel room or place of work. Personal privacy connotes a person's bodily integrity, and in particular the right not to have his or her body touched, explored or sampled to

- v. les objectifs de l'intrusion;
- vi. le degré auquel la technique utilisée pour mener la fouille ou la perquisition a porté atteinte au droit au respect de la vie privée qui est en jeu;
- vii. le cadre législatif et contractuel applicable, s'il y a lieu;
- viii. la possibilité qu'en soi-même, le recours à la technologie utilisée pour effectuer la fouille, la perquisition ou la surveillance ait été déraisonnable d'un point de vue objectif.

(*Spencer*, précité, au paragraphe 20; *Tessling*, précité, au paragraphe 32; et *Patrick*, précité, au paragraphe 38).

[119] Même si elle a déjà soutenu que la nature de l'objectif de l'État lorsqu'il mène une activité envahissante peut aussi être prise en considération quand il s'agit de déterminer si cette activité constitue une fouille ou une perquisition (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8 (*Evans*), au paragraphe 40 et *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20 (*Colarusso*), à la page 53), la Cour suprême a statué depuis qu'il est plus logique de tenir compte de ce facteur lorsqu'il s'agit de déterminer si une fouille ou une perquisition était abusive (*Tessling*, précité, au paragraphe 64, quant à la gravité de l'infraction).

[120] La nature du droit au respect de la vie privée a surtout trait aux lieux, à la personne et aux informations. Ces catégories ne sont pas figées ni mutuellement exclusives (*Spencer*, précité, au paragraphe 35 et *Tessling*, précité, au paragraphe 20). L'analyse de ces catégories « porte sur le caractère privé du lieu ou de l'objet visé par la fouille ou la perquisition ainsi que sur les conséquences de cette dernière pour la personne qui en fait l'objet, et non sur la nature légale ou illégale de la chose recherchée » (*Spencer*, précité, au paragraphe 36).

[121] L'aspect spatial du droit d'une personne au respect de sa vie privée englobe des endroits comme son domicile, sa chambre d'hôtel ou son lieu de travail. L'aspect personnel de ce droit se rapporte à l'intégrité physique de la personne, en particulier son droit de ne

disclose objects or information an individual may wish to conceal. Informational privacy includes privacy in information that an individual may want to keep secret or to be kept in confidence, information over which an individual may wish to maintain control, and information that has been provided to others on an anonymous basis or that is related to activities in which the individual has engaged on an anonymous basis (*Spencer*, above, at paragraphs 38–44).

[122] The factors to be considered in determining the parameters of the protection afforded by section 8 with respect to informational privacy include the nature of the information in question, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the state interest in question (*Plant*, above, at page 293). Additional factors that must be considered include:

- i. whether the subject matter of the search was in public view;
- ii. whether the subject matter had been abandoned;
- iii. whether the use of surveillance technology was itself objectively unreasonable; and
- iv. whether any intimate details of the individual's lifestyle, or core biographical information of the individual, were obtained.

(*Tessling*, above, at paragraph 32.)

[123] With respect to the relevant statutory framework referred to at paragraph 118 above, the objective reasonableness of a person's privacy expectation will vary according to the nature of that framework, for example, whether it is criminal, administrative, regulatory or national security legislation. In brief, the objective privacy expectations will be much greater in a criminal context than they often will be in an administrative or regulatory context (*Thomson Newspapers*, above, at pages 505–508; *Colarusso*, above, at pages 37–38 and 40; *R. v.*

pas se faire toucher ou palper ou de ne pas subir de prélèvements en vue de dévoiler des objets ou des informations qu'elle souhaite dissimuler. L'aspect informationnel de ce droit touche aux informations que la personne souhaite voir demeurer secrètes ou confidentielles, à celles dont elle veut garder le contrôle et à celles qu'elle a communiquées de façon anonyme ou qui concernent des activités qu'elle mène dans l'anonymat (*Spencer*, précité, aux paragraphes 38 à 44).

[122] Au moment de déterminer les paramètres de la protection accordée par l'article 8 de la Charte quant à l'aspect informationnel du droit au respect de la vie privée, il est nécessaire de prendre en considération la nature des informations, le lieu où elles ont été obtenues, la méthode utilisée pour les obtenir ainsi que l'importance de l'objectif de l'État en la matière (*Plant*, précité, à la page 293). Il faut également tenir compte de la possibilité :

- i. que l'objet de la fouille ou de la perquisition ait été à la vue du public;
- ii. que l'objet de la fouille ou de la perquisition ait été abandonné;
- iii. qu'en soi-même, le recours à la technologie utilisée pour effectuer la surveillance ait été déraisonnable d'un point de vue objectif;
- iv. que des détails intimes sur le mode de vie de la personne ou des renseignements d'ordre biographique la concernant aient été obtenus.

(*Tessling*, précité, au paragraphe 32.)

[123] En ce qui a trait au cadre législatif et contractuel applicable dont il est question au paragraphe 118 ci-haut, le caractère raisonnable de l'attente d'une personne en matière de vie privée, d'un point de vue objectif, varie en fonction de la nature de ce cadre, par exemple s'il s'agit d'une disposition législative de nature pénale, administrative ou réglementaire ou qui concerne la sécurité nationale. Bref, d'un point de vue objectif, l'attente en matière de vie privée sera bien plus élevée dans un contexte pénal que, bien souvent, dans un contexte

*Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757 (*Jarvis*), at paragraph 62). Stated differently, intrusion by the state that may constitute a search or a seizure in a criminal context may not constitute either of these things in a non-criminal context (*McKinlay*, above, at pages 641–642 and 647–648; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at pages 226–227).

[124] Finally, where there is a relevant contractual framework, it will be appropriate to consider the nature of the relationship between the parties to the framework, whether the person in receipt of the information in question was contractually bound to keep the information confidential, and whether the relationship between that person and the individual whose privacy interests are at issue is one of confidence (*Plant*, above, at pages 294–295).

(b) What Constitutes an Unreasonable Search or Seizure?

[125] Section 8 of the Charter does not afford protection against all searches, only against *unreasonable* ones.

[126] Broadly speaking, a determination of whether a search is unreasonable requires assessing “whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals” (*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 (*Hunter*), at pages 159–160). In conducting such assessments, a court is often called upon to weigh the privacy interests of one or more individuals against the interests of public safety, including the right to life, liberty and security of persons who may be in danger of serious harm (*R. v. Tse*, 2012 SCC 16, [2012] 1 S.C.R. 531 (*Tse*), at paragraph 21).

[127] In brief, “[w]here the constitutional line of ‘reasonableness’ will be drawn [is] a function of both the importance of the state objective and the degree of impact

administratif ou réglementaire (*Thomson Newspapers*, précité, aux pages 505 à 508; *Colarusso*, précité, aux pages 37, 38 et 40; et *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757 (*Jarvis*), au paragraphe 62). Autrement dit, une intrusion étatique peut constituer une fouille, une perquisition ou une saisie dans un contexte pénal, mais ne correspondre à aucune de ces trois réalités dans un autre contexte (*McKinlay*, précité, aux pages 641, 642, 647 et 648 et *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, aux pages 226 et 227).

[124] Enfin, lorsqu’il existe un cadre législatif et contractuel applicable, il est nécessaire de tenir compte de la nature de la relation entre les parties à ce cadre, de la possibilité que le dépositaire des informations ait été tenu, par contrat, d’en maintenir la confidentialité ainsi que de la possibilité qu’une relation de confiance unisse cette personne et celle dont le droit au respect de la vie privée est en jeu (*Plant*, aux paragraphes 294 à 295).

b) Qu’est-ce qu’une fouille ou une perquisition abusive?

[125] L’article 8 de la Charte ne protège pas contre toute fouille et perquisition, seulement contre celles qui sont abusives.

[126] De façon générale, pour déterminer si une fouille ou une perquisition est abusive, il faut déterminer si, « dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins » (*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (*Hunter*), aux pages 159 et 160). Pour ce faire, le tribunal doit souvent prendre en compte le droit au respect de la vie privée d’une ou de plusieurs personnes par rapport aux intérêts liés à la sécurité publique, dont le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes qui risquent de subir de graves dommages (*R. c. Tse*, 2012 CSC 16, [2012] 1 R.C.S. 531 (*Tse*), au paragraphe 21).

[127] En bref, l’endroit « où se situe la ligne de démarcation constitutionnelle entre ce qui est abusif et ce qui ne l’est pas [...] dépend de l’importance de l’objectif

on the individual's privacy interest" (*R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554 (*Rodgers*), at paragraph 27; *A.M.*, above, at paragraphs 36–37).

[128] It follows that, "if a person has but a minimal expectation with respect to informational privacy, this may tip the balance in the favour of the state interest" (*Jarvis*, above, at paragraph 71).

[129] In any event, the state's intrusion on an individual's privacy rights will only be upheld where it does not extend beyond what is necessary to achieve the state's legitimate objective (*Thomson Newspapers*, above, at page 495).

[130] Given that the underlying purpose of section 8 is to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy, prior authorization of any such intrusions is presumptively required *before* they occur. Put differently, a search will be presumed to be unreasonable if it has not been pre-authorized by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual (*Spencer*, above, at paragraph 68; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250 (*Goodwin*), at paragraph 56; *Hunter*, above, at pages 160–162).

[131] In addition, the neutral arbiter must be satisfied that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that the relevant statutory or other conditions to be met before the search power may be exercised have indeed been met (*Hunter*, above, at pages 166–168). In some contexts, including the national security context, this "reasonable grounds to believe" standard may be flexible (*Hunter*, above, at page 168; *Rodgers*, above, at paragraph 35; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220 (*Chehil*), at paragraph 23). For example, a high degree of accuracy may justify the imposition of a lower evidentiary standard—such as reasonable suspicion—to trigger the availability of the search power (*Goodwin*, above, at

de l'État et de l'incidence de la mesure sur le droit à la vie privée de l'intéressé» (*R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554 (*Rodgers*), au paragraphe 27 et *A.M.*, précité, aux paragraphes 36 et 37).

[128] Partant, « si une personne n'a qu'une attente minimale pour ce qui est des aspects informationnels de sa vie privée, cela pourrait faire pencher la balance en faveur de l'intérêt de l'État » (*Jarvis*, précité, au paragraphe 71).

[129] Quoi qu'il en soit, l'intrusion de l'État dans la vie privée d'une personne ne saurait être justifiée que si elle n'outrepasse pas les besoins de ce dernier quant à l'atteinte de son objectif légitime (*Thomson Newspapers*, précité, à la page 495).

[130] Puisque l'objectif fondamental de l'article 8 est de protéger les personnes contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée, toute autorisation relative à une telle intrusion doit, en principe, être obtenue *au préalable*. Autrement dit, sera présumée abusive une fouille ou une perquisition qui n'a pas été autorisée au préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'exercer des fonctions judiciaires en établissant un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la personne (*Spencer*, précité, au paragraphe 68; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 (*Goodwin*), au paragraphe 56; et *Hunter*, précité, aux pages 160 à 162).

[131] En outre, l'arbitre neutre doit être convaincu que la personne qui demande l'autorisation a des motifs raisonnables de croire, déclarés sous serment, que les conditions applicables qui ont trait à la loi, entre autres, et qui sont préalables à l'exercice du pouvoir de fouille ou de perquisition ont effectivement été réunies (*Hunter*, précité, aux pages 166 à 168). Dans certains contextes, dont celui de la sécurité nationale, le critère des « motifs raisonnables de croire » peut avoir une certaine souplesse (*Hunter*, précité, à la page 168; *Rodgers*, au paragraphe 35 et *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220 (*Chehil*), au paragraphe 23). À titre d'exemple, un degré élevé de fiabilité peut justifier l'imposition d'une norme judiciaire moins rigoureuse, par

paragraph 67). This is particularly so where the intrusion is minimal and narrowly targeted (*A.M.*, above, at paragraphs 13 and 42; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456 (*Kang-Brown*), at paragraphs 25, 60, 210 and 213; and *Chehil*, above, at paragraph 28). In such circumstances, the person who conducted the search after having satisfied the reasonable suspicion test may not require pre-authorization by a neutral arbiter at all (*Kang-Brown*, above; *Mahjoub (Re)*, 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1 (*Mahjoub*), at paragraph 35).

[132] Where pre-authorization is presumptively required, it will fall to the person who conducted a warrantless search to justify why it was not feasible to obtain such pre-authorization (*Kang-Brown*, above, at paragraph 59).

[133] Alternatively, that person may overcome the presumption of unlawfulness that applies to warrantless searches by demonstrating that the search was authorized by law, that the law in question is reasonable, and that the manner in which the search was carried out was reasonable (*Goodwin*, above, at paragraph 48; *Wakeling v. United States of America*, 2014 SCC 72, [2014] 3 S.C.R. 549 (*Wakeling*), at paragraph 41; *Rodgers*, above, at paragraph 25; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at page 278).

[134] In assessing whether a law which authorizes a warrantless search is reasonable, factors to be assessed include its nature and purpose, the degree of intrusiveness that it authorizes, the mechanism of intrusion authorized, the extent to which it provides for judicial supervision, and any other accountability measures or “checks and balances” that it contains to constrain the extent of the state’s intrusion on an individual’s privacy interests (*Goodwin*, above, at paragraphs 57 and 71–72; *Thomson Newspapers*, above, at pages 596–597; *Wakeling*, above, at paragraph 77). Depending upon the circumstances and the legislative scheme, the availability of after-the-fact oversight may assist to overcome

exemple « motifs raisonnables de soupçonner », pour octroyer le pouvoir de procéder à une fouille ou à une perquisition (*Goodwin*, précité, au paragraphe 67). Cela est particulièrement vrai lorsque l’intrusion est minimale et très ciblée (*A.M.*, précité, aux paragraphes 13 et 42; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456 (*Kang-Brown*), aux paragraphes 25, 60, 210 et 213; et *Chehil*, précité, au paragraphe 28). En de telles circonstances, la personne chargée de procéder à la fouille ou à la perquisition après avoir satisfait au critère de soupçons raisonnables n’a pas à demander une autorisation préalable à un arbitre neutre (*Kang-Brown* et *Mahjoub (Re)*, 2013 CF 1096 (*Mahjoub*), au paragraphe 35).

[132] Lorsqu’il y a exigence présumée d’une autorisation préalable, il incombe à la personne qui a procédé à la fouille ou à la perquisition sans mandat de démontrer qu’il n’était pas possible d’obtenir une telle autorisation (*Kang-Brown*, précité, au paragraphe 59).

[133] Par ailleurs, cette personne peut surmonter l’apparence d’illégalité relative aux fouilles et aux perquisitions effectuées sans mandat, c’est-à-dire qu’elle peut démontrer que l’activité était autorisée par la loi, que la disposition législative l’autorisant est raisonnable et que la fouille ou la perquisition n’a pas été effectuée de manière abusive (*Goodwin*, précité, au paragraphe 48; *Wakeling c. États-Unis d’Amérique*, 2014 CSC 72, [2014] 3 R.C.S. 549 (*Wakeling*), au paragraphe 41; *Rodgers*, précité, au paragraphe 25; et *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, à la page 278).

[134] Pour évaluer le caractère raisonnable d’une disposition législative autorisant la réalisation de fouilles ou de perquisitions sans mandat, il est nécessaire de prendre en considération la nature et l’objet de cette disposition, l’ampleur de l’intrusion qu’elle autorise, le mécanisme d’intrusion qu’elle permet d’utiliser, la supervision judiciaire qu’elle prévoit ainsi que toute autre mesure de responsabilisation ou de contrôle qu’elle comporte pour limiter la portée de l’empiètement de l’État sur le droit d’une personne au respect de sa vie privée (*Goodwin*, précité, aux paragraphes 57, 71 et 72; *Thomson Newspapers*, précité, aux pages 596 et 597; et *Wakeling*, précité, au paragraphe 77). En fonction des circonstances

the presumptive unlawfulness of a warrantless search (*Goodwin*, above, at paragraph 71).

[135] With respect to the manner in which a search is carried out, factors to be assessed include the reliability or accuracy of the search mechanism, and the extent to which it may intrude on the privacy of innocent individuals. In this latter regard, “[a] method of searching that captures an inordinate number of innocent individuals cannot be reasonable” (*Goodwin*, above, at paragraph 67, quoting *Chehil*, above, at paragraph 51).

[136] In any event, a court must assess what the search mechanism or technology is currently capable of doing, as opposed to what it may be capable of doing in the future (*A.M.*, above, at paragraphs 39–40; *Gomboc*, above, at paragraph 40; *Tessling*, above, at paragraph 29).

(2) *Application of the Legal Principles to the Facts of this Application*

(a) Did CSIS’s Use of CSS Technology Constitute a “Search”?

[137] In this case, CSIS used its CSS technology solely to intercept the IMSI and IMEI numbers from [\*\*\*] mobile devices, so that it could then identify those specific devices and attribute them to him. CSIS did not use CSS technology to geo-locate [\*\*\*] Indeed, the Attorney General concedes that a warrant would be required to use CSS technology in that manner. Accordingly, the following assessment will be confined to assessing the use of CSS technology to capture the IMSI and IMEI numbers pertaining to [\*\*\*] wireless devices, and thereby enable CSIS to identify those devices and attribute them to him.

[138] According to [\*\*\*] the individual or individuals who are the subject of a CSS operation ordinarily are known [\*\*\*] Therefore, it is important to keep in mind

et du régime législatif, la disponibilité d’une surveillance a posteriori peut aider à surmonter l’apparence d’illégalité relative aux fouilles et aux perquisitions effectuées sans mandat (*Goodwin*, précité, au paragraphe 71).

[135] En ce qui a trait à la manière dont s’effectue la fouille ou la perquisition, il est nécessaire d’évaluer la fiabilité ou la précision des mécanismes utilisés et le possible degré d’intrusion dans la vie privée de personnes innocentes. À cet égard, «[u]ne méthode de fouille qui aurait pour effet de viser un nombre démesuré de personnes innocentes ne saurait être jugée non abusive» (*Goodwin*, précité, au paragraphe 67, citant *Chehil*, précité, au paragraphe 51).

[136] Quoi qu’il en soit, le tribunal doit évaluer ce que permet de faire à l’heure actuelle la technologie ou le mécanisme utilisé pour procéder à la fouille ou à la perquisition, pas ce qu’il pourrait un jour permettre de faire (*A.M.*, précité, aux paragraphes 39 et 40; *Gomboc*, précité, au paragraphe 40; et *Tessling*, précité, au paragraphe 29).

2) *Application des principes juridiques aux faits en l’espèce*

a) L’utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS constitue-t-elle une «fouille» ou une «perquisition»?

[137] En l’espèce, le SCRS a utilisé la technologie relative aux ESB dans l’unique objectif d’intercepter les IMSI et les IMEI des appareils mobiles de [\*\*\*] afin d’être en mesure, par la suite, de reconnaître ces appareils et de les lui attribuer. Le SCRS n’a pas utilisé cette technologie pour géolocaliser [\*\*\*] La procureure générale reconnaît qu’un mandat serait nécessaire pour en faire une telle utilisation. Partant, l’évaluation ci-dessous portera uniquement sur l’utilisation de la technologie relative aux ESB pour recueillir les IMSI et les IMEI ayant trait aux appareils mobiles de [\*\*\*] afin de permettre au SCRS de reconnaître ces appareils et de les lui attribuer.

[138] Selon [\*\*\*] les cibles d’une opération fondée sur des ESB sont habituellement connues [\*\*\*] Il est donc important de garder à l’esprit qu’en général, le SCRS

that CSIS will ordinarily already know certain things about such individuals at the time the CSS operation is conducted. Those things include their location [\*\*\*] even though their [\*\*\*] may not yet be known.

[139] In passing, I will pause to recall that, with one exception, the CSS equipment currently operated by CSIS is not capable of intercepting the content of any communications. [\*\*\*] The evidence on the record is that CSIS has a policy of not capturing such content. In my view, any such activity would require a warrant.

[140] The Attorney General submits that CSIS's use of CSS technology to obtain the IMSI and IMEI identifiers pertaining to an individual's mobile device does not engage section 8 of the Charter because individuals generally do not have a reasonable expectation of privacy in respect of those identifiers. I disagree. In my view, a consideration of the totality of the circumstances, which are addressed below, and taking a purposive approach to section 8 of the Charter, suggests that individuals do have a reasonable expectation of privacy in respect of those numbers. This is because of the nature of the information that those numbers permit CSIS to obtain or infer. Therefore, the use of CSS technology constitutes a "search" and the first of the two elements in section 8 is met.

**(i) The Subject Matter of the Intrusive Activity**

[141] The Attorney General maintains that the IMSI and IMEI identifiers obtained through the use of CSS technology are "just mundane numbers" that simply reveal the country code of the subscriber, the identity of the subscriber's TSP, the subscriber's unique identifying number, the mobile device's make and model, and the device's serial number. The Attorney General adds that this information reveals nothing about an individual's biographical core or private life, and does not tend to reveal any intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. For example, in this application, the CSS operation revealed [\*\*\*]

possède déjà des informations sur ces personnes à ce moment. Par exemple, il sait où elles se trouvent, [\*\*\*] même s'il ignore peut-être leurs [\*\*\*]

[139] Je rappelle au passage qu'à une exception près, les ESB et le matériel connexe qu'utilise actuellement le SCRS ne peuvent pas intercepter le contenu des communications. [\*\*\*] Selon la preuve au dossier, le SCRS s'est donné comme politique de ne pas recueillir du contenu de ce type. À mon avis, pour ce faire, il lui faudrait un mandat.

[140] Selon la procureure générale, l'article 8 de la Charte ne s'applique pas à l'utilisation de la technologie relative aux ESB par le SCRS pour obtenir l'IMSI et l'IMEI d'un appareil mobile parce qu'en général, les particuliers n'ont pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à l'endroit de ces indicateurs. Je ne suis pas d'accord. Selon moi, la prise en considération de l'ensemble des circonstances, tel que discuté ci-dessous, et l'adoption d'une approche téléologique à l'égard de l'article 8 de la Charte donnent à penser que les particuliers ont bel et bien une attente raisonnable en matière de vie privée à l'endroit de ces numéros et des informations qu'ils permettent au SCRS d'obtenir ou d'inférer. Partant, l'utilisation de la technologie relative aux ESB constitue une fouille, ce qui vient répondre au premier des deux critères ayant trait à l'article 8.

**i) Objet de l'intrusion**

[141] La procureure générale soutient que les IMSI et les IMEI obtenues au moyen de la technologie relative aux ESB ne sont que des numéros anodins qui révèlent simplement l'indicatif de pays de l'abonné, l'identité de son FST et son numéro d'identification unique ainsi que la marque, le modèle et le numéro de série de l'appareil mobile. Elle ajoute que ces informations ne révèlent rien sur les données biographiques ou sur la vie privée de la personne et n'ont pas tendance à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. À titre d'exemple, en l'espèce, l'opération fondée sur des ESB a [\*\*\*] révélé [\*\*\*]

[142] In support of its position that this information does not engage section 8 of the Charter, the Attorney General places significant reliance on *Tessling*, *Gomboc* and *Plant*, above, where the Supreme Court of Canada concluded that the capture of information pertaining to the amount of heat emanating from a home, the amount of electricity flowing into a home, and records pertaining to the amount of electricity consumed in a home, respectively, did not engage section 8.

[143] However, a senior employee of CSIS, [\*\*\*] stated in an affidavit that “[o]ver time, the IMSI and IMEI numbers of a specific subject of investigation may reveal patterns” (emphasis added). [\*\*\*]

[144] Although [\*\*\*] did not mention it, another example of information that could well be revealed through the capture of a subject of investigation’s IMSI or IMEI numbers could be that individual’s pattern [\*\*\*] This may well have been what [\*\*\*] was referring to when he testified that IMSI and IMEI information is required “in order to be able to determine [\*\*\*] and communication patterns and a bunch of other additional elements in regards to undergoing national security investigations.” [\*\*\*] the capture of IMSI and IMEI identifiers can be distinguished from what was at issue in *Tessling*, *Gomboc* and *Plant*, above.

[145] In addition, in a report that was entered as Exhibit 16 in this proceeding, it was noted that “IMSI/IMEI identifiers can also be used to identify digital activities such as web browsing [...] without any need to ever match a compiled profile to an individual’s specific name or address” (Tamir Israel and Christopher Parsons, *Gone Opaque? An Analysis of Hypothetical IMSI Catcher Overuse in Canada*, (Ottawa: Telecom Transparency Project & Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic, 2016 (*Gone Opaque*), at page 15).

[142] Pour appuyer son opinion, selon laquelle l’article 8 de la Charte ne s’applique pas à ces informations, la procureure générale accorde beaucoup de crédit aux arrêts *Tessling*, *Gomboc* et *Plant*, précités, dans lesquels la Cour suprême du Canada a statué que l’article 8 de la Charte ne s’appliquait pas à la collecte d’informations relatives à la quantité de chaleur qui émane d’une maison, à la quantité d’électricité qu’y achemine le réseau ni aux documents portant sur la quantité d’électricité qu’on y consomme, respectivement.

[143] Toutefois, [\*\*\*] employé de niveau supérieur du SCRS, [\*\*\*] a affirmé dans un affidavit [TRADUCTION] «[qu’]au fil du temps, les IMSI et les IMEI d’une cible peuvent permettre de dégager des habitudes» (non souligné dans l’original). [\*\*\*]

[144] Même si [\*\*\*] n’en a pas parlé, l’obtention de l’IMSI ou de l’IMEI d’une cible pourrait fort bien mener au dévoilement d’autres informations, par exemple les habitudes de communications de cette personne [\*\*\*] Il est possible que ce soit ce dont parlait [\*\*\*] lorsqu’il a témoigné que l’IMSI et l’IMEI sont nécessaires «pour déterminer les [\*\*\*] les habitudes de communication et de nombreux autres éléments relatifs à des enquêtes en cours en matière de sécurité nationale». [\*\*\*] la collecte de l’IMSI et de l’IMEI se distingue des questions soulevées dans les arrêts *Tessling*, *Gomboc* et *Plant*, précités.

[145] En outre, dans un rapport déposé en l’espèce à titre de pièce n° 16, il est souligné que [TRADUCTION] «l’IMSI et l’IMEI peuvent aussi servir à recenser des activités numériques comme la navigation Web [...] sans même qu’il soit nécessaire d’établir une correspondance entre un profil établi et le nom ou l’adresse d’une personne» (Tamir Israel et Christopher Parsons, *Gone Opaque? An Analysis of Hypothetical IMSI Catcher Overuse in Canada* (Y a-t-il perte de transparence? Analyse de la surutilisation hypothétique des intercepteurs d’IMSI au Canada), Ottawa, Telecom Transparency Project, Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy et Public Interest Clinic, 2016 (*Gone Opaque*), à la page 15).

[146] It is also significant that [\*\*\*] further noted that, “[l]ike any other type of intelligence the Service collects, an IMSI or IMEI obtained through a CSS device may be shared with foreign agencies where the Service considers it to be appropriate”. He added: “Prior to sharing this information, the Service will assess and examine options to mitigate any potential risks of mistreatment of those persons whose identities are disclosed to the foreign agencies”. In this regard, he stated that he was aware of [\*\*\*] instances where the IMSI and/or IMEI numbers collected by CSIS through the use of CSS technology were shared with foreign agencies. I will address the potential significance of such sharing of information with foreign authorities at paragraph 168 below.

**(ii) Individuals’ Interest in the Subject Matter**

[147] [\*\*\*] clearly has a direct interest in the IMSI and IMEI identifiers associated with the mobile devices that were captured by CSIS’s CSS operation. The same would be true for other subjects of a CSIS investigation, who may be targets of a CSS operation, regardless of whether their identities may be known. The Attorney General did not suggest otherwise.

**(iii) Do Individuals Have a Subjective Expectation of Privacy in the Subject Matter?**

[148] No evidence was tendered in this proceeding with respect to the subjective expectations of [\*\*\*] or others in respect of the IMSI and IMEI identifiers associated with their mobile devices. However, this question does not pose a “high hurdle” (*Patrick*, above, at paragraph 37). I agree with the *amici* that it can be assumed that individuals in general likely have a subjective expectation that any information concerning their mobile devices that may be communicated to the cell towers operated by their TSPs will not be surreptitiously captured by agents of the state, such as CSIS, or indeed by others through the use of “false” cell towers. That said, most individuals likely are not aware that any information that

[146] Je souligne également que [\*\*\*] a noté que [TRANSDUCTION] « le Service peut, s’il l’estime nécessaire, communiquer l’IMSI ou l’IMEI obtenue au moyen d’un ESB à des services étrangers, comme tout autre type de renseignement qu’il recueille ». Il a ajouté « qu’avant de communiquer ces informations, le Service évaluera les possibilités qui s’offrent à lui pour minimiser les risques de mauvais traitement pour les personnes dont il divulgue l’identité à ces services étrangers ». À cet égard, il a affirmé qu’à sa connaissance, le SCRS avait communiqué à [\*\*\*] reprises, à des services étrangers, des IMSI et des IMEI recueillies au moyen de la technologie relative aux ESB. Je vais aborder la possible importance de tels échanges d’informations avec des autorités étrangères au paragraphe 168 ci-dessous.

**ii) Droit de la personne à l’égard de l’objet**

[147] Manifestement, [\*\*\*] bénéficie d’un droit direct à l’égard des IMSI et des IMEI liées à des appareils mobiles et obtenues par le SCRS dans le cadre de l’opération fondée sur des ESB. Il en serait de même pour les IMSI et les IMEI liées aux appareils mobiles d’autres cibles du SCRS, peu importe si leur identité est connue. La procureure générale n’a pas laissé entendre le contraire.

**iii) Les personnes ont-elles une attente subjective en matière de vie privée relativement à l’objet?**

[148] Aucun élément de preuve relatif aux attentes subjectives de [\*\*\*] ou de quiconque à l’égard de l’IMSI et de l’IMEI liées à leurs appareils mobiles n’a été déposé en l’espèce. Cependant, il ne s’agit pas d’un critère très exigeant (*Patrick*, précité, au paragraphe 37). Je conviens avec les *amici* qu’il est possible de présumer qu’en général, les personnes ont vraisemblablement l’attente subjective que toute information relative à leurs appareils mobiles susceptible d’être communiquée aux tours de téléphonie cellulaire relevant de leur FST ne sera pas interceptée subrepticement par des agents de l’État, comme le SCRS, ou par quiconque, au moyen de fausses tours de téléphonie cellulaire. Cela dit, la plupart

has the potential to reveal personal information about them is “offered” by their mobile devices to cell towers, and may be intercepted by agents of the state.

**(iv) If So, Are Such Expectations Objectively Reasonable?**

*The Nature of the Privacy Interest at Stake*

[149] The principal privacy interests implicated by CSIS’s use of CSS technology to capture IMSI and IMEI identifiers are the interests of individuals in their personal information pertaining to their mobile electronic devices and their use of those devices. Those interests are engaged upon CSIS’s initial “grab” of their IMSI and IMEI numbers, and then when CSIS subsequently uses those numbers to build a profile of the individual’s [\*\*\*] and communication patterns”.

[150] To the extent that such technology can reveal information about whom subjects of investigation are communicating with when they are at different locations, [\*\*\*] the use of that technology also implicates an element of territorial privacy. In the particular circumstances of this case, territorial privacy is very much secondary to informational privacy (*Spencer*, above, at paragraph 37; *Gomboc*, above, at paragraph 49). This is because CSIS generally knows the location of its subject of investigation at the time it conducts a CSS operation to capture the IMSI and IMEI identifiers associated with the wireless device(s) carried by that individual.

[151] Within the broad umbrella of informational privacy, the interests that are implicated by CSIS’s capture and subsequent analysis of IMSI and IMEI numbers are the confidentiality of those numbers, the subject of investigation’s control over who has access to those numbers, and that individual’s interest in preserving the anonymity of (i) his links with the people with whom he or she may be communicating, and (ii) the location(s) at which such communications may be taking place [\*\*\*] (*Spencer*, above, at paragraphs 42–49).

des personnes n’ont vraisemblablement pas conscience que leurs appareils mobiles communiquent aux tours de téléphonie cellulaire des informations susceptibles de révéler des renseignements personnels les concernant que des agents de l’État pourraient intercepter.

**iv) Dans l’affirmative, une telle attente est-elle objectivement raisonnable?**

*Nature du droit au respect de la vie privée en l’espèce*

[149] Le droit des personnes à l’égard des renseignements personnels liés à leurs appareils électroniques mobiles et à l’utilisation qu’ils en font constitue les principaux aspects du droit au respect de la vie privée que compromet l’utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB pour intercepter des IMSI et des IMEI, et ce, dès que le Service recueille ces chiffres, puis lorsqu’il les utilise pour établir un profil des [\*\*\*] et des habitudes de communication de la personne.

[150] Dans la mesure où cette technologie peut révéler des informations sur les personnes avec lesquelles communiquent des cibles lorsqu’elles se trouvent à différents endroits, [\*\*\*] l’utilisation de cette technologie touche également à l’aspect spatial du droit au respect de la vie privée. En l’espèce, cet aspect est très secondaire par rapport à l’aspect informationnel (*Spencer*, précité, au paragraphe 37 et *Gomboc*, précité, au paragraphe 49). Cela est attribuable au fait qu’en général, le SCRS sait où se trouve sa cible lorsqu’il mène une opération fondée sur des ESB pour recueillir les IMSI et les IMEI des appareils mobiles qu’elle a en sa possession.

[151] L’aspect informationnel du droit au respect de la vie privée regroupe divers éléments compromis par la collecte et l’analyse subséquente de l’IMSI et de l’IMEI par le SCRS : la confidentialité de ces numéros, le contrôle que la cible exerce sur ceux qui y ont accès ainsi que le droit de la personne à l’anonymat quant i) à ses liens avec ses interlocuteurs éventuels et ii) aux lieux où ces communications peuvent être effectuées, [\*\*\*] (*Spencer*, précité, aux paragraphes 42 à 49).

*The Circumstances in which IMSI and IMEI Identifiers Are Obtained*

[152] According to [\*\*\*] CSIS deploys CSS technology to obtain IMSI and IMEI identifiers for the purposes of attributing a mobile device to a specific subject of an investigation being conducted pursuant to section 12 [of the Act] [\*\*\*] As previously mentioned, at the time CSS operations are conducted, such individuals typically are targets of CSIS, such that various things are already known about them, including their location, [\*\*\*] the personal identities of subjects of investigation are typically already known at the time CSIS conducts its CSS operations.

*The Manner and Place of the Capture of IMSI and IMEI Identifiers*

[153] [\*\*\*]

[154] [\*\*\*]

[155] Regardless of where the subject of investigation may be located, CSIS's capture of the IMSI/IMEI numbers of that individual's mobile device(s) through the use of CSS technology does not reveal anything more about that individual's mobile device or activities within that venue [\*\*\*]

[156] As explained at paragraphs 70–73 and 79 above, the evidence in this proceeding is that the CSS equipment used by CSIS maintains contact with an individual's mobile device [\*\*\*] In addition, CSIS operates its CSS equipment in a manner that does not degrade or otherwise affect in any perceptible way the quality of service experienced by the user of a device that is in the vicinity of a CSS. In addition, with one exception, the CSS equipment does not have the capacity to capture either the content of any communications made by the users of mobile devices, or the information stored on their mobile devices. The one exception relates to the [\*\*\*] Finally, CSIS deletes the information that was captured from the mobile devices of third parties during its CSS operations very quickly, often within [\*\*\*] days, and in any event as soon as an operational report has been written with respect to a given CSS operation.

*Circonstances entourant l'obtention de l'IMSI et de l'IMEI*

[152] Selon [\*\*\*] le SCRS utilise la technologie relative aux ESB pour obtenir l'IMSI et l'IMEI en vue d'attribuer un appareil mobile à la cible d'une enquête menée au titre de l'article 12 [\*\*\*] de la Loi sur le SCRS. Comme il a été mentionné, au moment de l'opération fondée sur des ESB, ces personnes sont généralement des cibles du SCRS. Partant, le SCRS détient différentes informations à leur sujet, notamment où elles se trouvent, [\*\*\*] le SCRS connaît habituellement l'identité de la cible lorsqu'il lance une opération fondée sur des ESB.

*Lieu de la collecte de l'IMSI et de l'IMEI et méthode utilisée*

[153] [\*\*\*]

[154] [\*\*\*]

[155] Peu importe où se trouve la cible, la collecte, par le SCRS, des IMSI et des IMEI des appareils mobiles de l'individu au moyen de la technologie relative aux ESB ne révèle rien de plus concernant ses appareils mobiles ou ses activités sur les lieux [\*\*\*]

[156] Comme expliqué aux paragraphes 70 à 73 et 79 ci-haut, selon la preuve produite en l'espèce, les ESB et le matériel connexe qu'utilise le SCRS gardent le contact avec l'appareil mobile d'un individu [\*\*\*] De plus, le SCRS utilise les ESB d'une manière qui ne nuit d'aucune façon perceptible à la qualité du service dont bénéficient les utilisateurs d'appareils mobiles qui se trouvent à proximité. Également, à une exception près, les ESB et le matériel connexe ne permettent pas d'intercepter le contenu des communications des utilisateurs d'appareils mobiles ni les informations stockées dans ces appareils. L'exception concerne [\*\*\*] Enfin, le SCRS supprime très rapidement les informations provenant des appareils mobiles de tiers qu'il capture dans le cadre de ses opérations fondées sur des ESB, souvent dans un délai de [\*\*\*] jours, et certainement dès qu'un rapport opérationnel a été rédigé.

[157] The manner in which CSS operations are conducted is such that the subject of investigation generally would not be aware that he or she is the target of such an operation, although he or she may suspect that this is the case.

*Whether the IMSI/IMEI Identifiers have been Abandoned or Disclosed to One or More Third Parties*

[158] The Attorney General places significant emphasis upon the fact that the IMSI and IMEI numbers that are obtained through CSS operations are captured from the public airwaves, in a context in which that information is being “offered” to cell towers by the mobile device(s) of the subject of investigation. In this regard, the Attorney General draws a parallel between the IMSI and IMEI identifiers that are “voluntarily” provided to TSPs, and the electricity consumption information that was provided to electricity providers in *Plant*, above. The Attorney General also draws a parallel to cases such as *Patrick*, above, where it was found that a reasonable expectation of privacy did not exist in respect of information that had been “abandoned” in the garbage.

[159] However, in my view, the average person likely would consider his or her IMSI and IMEI identifiers to be more personal and confidential than electricity consumption data, [\*\*\*]

[160] In addition, as with the heat emanating from their home, the average person likely would not consider his or her IMSI and IMEI identifiers to have been “abandoned” when they are disclosed to cell towers by their mobile device(s) (*Tessling*, above, at paragraph 41). In contrast to garbage, which they are aware will eventually find its way to a municipal dump that may be accessible by persons who are not associated with the garbage collection and disposal process, the average person is likely to consider that his or her IMSI and IMEI identifiers will remain confidential as between them and their TSP, unless police obtain a warrant to obtain such information from their TSP. Moreover, in contrast to the implied waiver of privacy rights that may be said to be given to allow members of the general public to approach one’s home for a purpose that would be considered by

[157] Règle générale, les opérations fondées sur des ESB sont menées à l’insu de la cible, bien que celle-ci puisse se douter qu’elle en fait l’objet.

*Possibilité que l’ISMI et l’IMEI aient été abandonnées ou divulguées à un ou à plusieurs tiers*

[158] La procureure générale accorde une grande importance au fait que les IMSI et les IMEI obtenues dans le cadre d’une opération fondée sur les ESB l’ont été sur les ondes publiques, dans un contexte où ces informations sont « offertes » aux tours de téléphonie cellulaire par l’appareil mobile de la cible. À cet égard, la procureure générale établit un parallèle entre les IMEI et les IMSI communiquées « de plein gré » aux SFT et les informations relatives à la consommation d’électricité fournies aux distributeurs d’électricité dans *Plant*, précité. Elle établit également un parallèle avec des affaires comme *Patrick*, précité, où la Cour a statué qu’une attente raisonnable en matière de vie privée n’existe pas à l’égard d’informations qui ont été « abandonnées » à la poubelle.

[159] Toutefois, selon moi, la moyenne des gens considère probablement que l’ISMI et l’IMEI sont plus confidentielles et personnelles que les données sur sa consommation d’électricité, [\*\*\*]

[160] De plus, comme dans le cas de la chaleur qui s’échappe de la maison, la moyenne des gens ne croit vraisemblablement pas avoir « abandonné » l’ISMI et l’IMEI lorsque l’appareil mobile communique ces identificateurs aux tours de téléphonie cellulaire (*Tessling*, précité, au paragraphe 41). Comparativement à des informations jetées à la poubelle, qui aboutissent à la décharge publique où elles peuvent être recueillies par des personnes autres que celles qui travaillent à la collecte des ordures et au processus d’élimination, la moyenne des gens croit que l’ISMI et l’IMEI seront conservées en toute confidentialité par le FST, sauf si les services de police obtiennent un mandat afin de les obtenir. Comparativement à la renonciation implicite aux droits en matière de vie privée qui peut être accordée afin de permettre au public de s’approcher d’une demeure à des

the homeowner to be legitimate (*Evans*, above, at paragraphs 6 and 14), there is no similar implied waiver of a person's privacy rights in his or her IMSI and IMEI identifiers *vis-à-vis* the general public, when their mobile device offers that information to the cellular environment.

*The Extent to which the Search Technique is Intrusive in Relation to the Identified Privacy Interest*

[161] In my view, CSS technology is minimally intrusive in respect of individuals' informational and territorial privacy interests. Initially, all that is obtained are "bare" IMSI and IMEI numbers that simply reveal the identity of an individual's TSP, the individual's Mobile Subscriber Identification Number, the make and model of the mobile device in question, and its serial number. Neither the mobile device nor its contents are accessed in any way. Likewise, no information that that might be available through the device is captured, and, with the one exception [\*\*\*] CSIS cannot access the content of communications made on the mobile device.

[162] [\*\*\*] begin to put together an initial profile of the subject of investigation's [\*\*\*] and communication patterns". It is this very information that may assist CSIS to establish the "reasonable grounds to believe" required to obtain a warrant, as set forth in subsections 21(1), 21(3), 21(3.1), 21.1(1), 21.1(3) and 21.1(4) of the Act, or the renewal of a warrant under section 22. [\*\*\*]

[163] Although CSIS may be able to begin putting together an initial profile of the subject of investigation's [\*\*\*] and communications patterns, it is difficult to see how the inferences that it may be able to draw regarding the individual's personal activities would be particularly strong or invasive. [\*\*\*]

*The Relevant Statutory and Contractual Framework*

[164] The relevant statutory framework within which CSIS conducts CSS operations for the purposes of

finis jugées légitimes par le résidant (*Evans*, précité, aux paragraphes 6 et 14), une telle renonciation n'existe pas à l'endroit du grand public en ce qui a trait à l'IMSI et à l'IMEI lorsque les appareils mobiles communiquent ces informations dans un environnement cellulaire.

*Mesure dans laquelle la technique de fouille ou de perquisition est envahissante à l'égard du droit au respect de la vie privée*

[161] Selon moi, la technologie relative aux ESB est minimalement envahissante en ce qui a trait aux aspects informationnel et spatial du droit au respect de la vie privée. Au départ, tout ce qui est recueilli est une version «simple» des IMSI et des IMEI qui ne révèle que le FST d'une personne, son numéro MSIN ainsi que la marque, le modèle et le numéro de série de l'appareil mobile. Ni l'appareil mobile ni son contenu n'est consulté d'aucune façon. De la même manière, aucune information pouvant se trouver dans l'appareil n'est recueillie et, sauf pour ce qui est [\*\*\*] le SCRS ne peut pas avoir accès au contenu des communications effectuées au moyen de l'appareil mobile.

[162] [\*\*\*] et habitudes de communication de la cible. Il s'agit des informations qui peuvent aider le SCRS à établir «les motifs raisonnables de croire» nécessaires pour obtenir un mandat, tels que l'indiquent les paragraphes 21(1), 21(3), 21(3.1), 21.1(1), 21.1(3) et 21.1(4) de la Loi sur le SCRS, ou faire renouveler un mandat en vertu de l'article 22. [\*\*\*]

[163] Alors que le SCRS peut commencer à dresser un profil initial des [\*\*\*] et des habitudes de communication de la cible, il est difficile de voir comment il pourrait en tirer des conclusions qui seraient particulièrement justes ou auraient un caractère envahissant concernant les activités personnelles de cette personne. [\*\*\*]

*Cadre législatif et contractuel applicable*

[164] Le mandat accordé au SCRS en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS lui sert de cadre législatif

attributing a wireless device to a known subject of investigation is the mandate that it has been accorded by section 12 of the Act. Pursuant to that provision, CSIS is required to collect, to the extent that is strictly necessary, and analyze and retain information and intelligence in respect of activities that may, on reasonable grounds, be suspected of constituting threats to the security of Canada. For the reasons explained at paragraph 119 above, I will consider the state's interest in its security at the second stage of the analysis contemplated by section 8 of the Charter, which is addressed in Part VII.C.(2)(b) below. For now, I will continue to focus solely on the perspective of individuals who may be subject to intrusive activities by CSIS under section 12 of the Act.

[165] The Attorney General maintains that the national security context in which CSS operations may be deployed is closer to the regulatory and administrative contexts than to the criminal law context. In essence, the Attorney General appears to maintain that individuals have a lower expectation of privacy in the national security context than in the criminal context, because the former context often does not result in criminal prosecutions against individuals, thereby engaging individuals' liberty interests. In other words, there is a lower possibility of individuals ultimately being prosecuted in whole or in part on the basis of personal information that CSIS may capture than there is of them being prosecuted on the basis of similar information that the police might capture.

[166] In my view, this alone does not provide a sufficient basis for concluding that individuals have a lower expectation of privacy in the national security context than in the criminal context.

[167] In assessing whether individuals have a reasonable expectation of privacy in respect of any personal information gathered by agents of the state, the relevance of the statutory context in which the information is gathered depends upon the severity of the potential consequences for those individuals (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui I*), at paragraph 53), the nature

pour mener des opérations fondées sur des ESB afin d'attribuer un appareil sans fil à une cible connue. Conformément à cette disposition, le SCRS recueille, dans une mesure strictement nécessaire, analyse et conserve les informations et les renseignements concernant des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent une menace envers la sécurité du Canada. Pour les motifs exposés au paragraphe 119, je tiendrai compte des intérêts de l'État en matière de sécurité à la deuxième étape de l'analyse ayant trait à l'article 8 de la Charte, qui est traitée à la partie VII.C.2)b) des présents motifs. Pour le moment, je continuerai de me pencher uniquement sur le point de vue des personnes qui peuvent faire l'objet d'activités envahissantes par le SCRS en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS.

[165] La procureure générale soutient que le contexte de sécurité nationale dans lequel peuvent se dérouler les opérations du SCRS est plus près des contextes réglementaire et administratif que du contexte du droit pénal. Bref, elle semble affirmer que les individus ont des attentes moindres en matière de vie privée dans un contexte de sécurité nationale que dans un contexte pénal, car ce premier contexte n'entraîne pas souvent des poursuites criminelles contre des particuliers et n'entrave donc pas le droit à la liberté. En d'autres mots, il est moins probable qu'une personne soit poursuivie, en totalité ou en partie, à cause de renseignements personnels recueillis par le SCRS qu'à cause de renseignements de même nature obtenus par les services de police.

[166] Selon moi, à elle seule, cette explication n'est pas suffisante pour conclure qu'un individu a des attentes moindres en matière de vie privée dans le contexte de sécurité nationale que dans le contexte pénal.

[167] Au moment de déterminer si une personne peut avoir une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements personnels recueillis par des agents de l'État, la pertinence du contexte législatif entourant la collecte des informations dépend de la gravité des conséquences potentielles pour cette personne (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui II*), au

of the conduct addressed by the legislation in question, and the purposes for which the legislation was enacted to regulate that conduct (*Thomson Newspapers*, above, at pages 495–496 and 509–510).

[168] Insofar as potential consequences are concerned, CSIS’s investigative activities under section 12 may very well lead to outcomes that are even more severe for individuals than in the criminal context (*Charkaoui II*, at paragraph 54). This includes deportation to countries where they may face death or longer prison terms than they would potentially face in Canada. In addition, information captured by CSIS may not only be shared with law enforcement and other agents of the state in Canada, and ultimately lead to criminal charges, but also with foreign governments. Indeed, as noted at paragraph 146 above, the possibility of this occurring with respect to IMSI and IMEI identifiers was specifically identified by [\*\*\*] Among other things, this may have significant adverse consequences for individuals’ ability to travel outside Canada and for their ability to obtain new employment or maintain their existing employment. Moreover, the stigma associated with being a subject of investigation under the Act is likely closer to that which is associated with being charged and convicted of serious crimes than it is to any stigma that might be associated with being charged and convicted of public welfare, regulatory or economic offences, even where a significant prison sentence is imposed (*Thomson Newspapers*, above, at pages 509–517).

[169] Turning to the nature of the conduct addressed by section 12 of the Act, I consider that most of the types of activities that are included within the definition of “threats to the security of Canada” that is set forth in section 2 of the Act are much closer to the “true” crimes that are the subject of criminal legislation, than to the typical offences that are established by public welfare, regulatory and economic legislation.

[170] Whereas the nature of the conduct addressed by the latter types of legislation is such that individuals can be taken to have accepted certain terms and conditions

paragraphe 53), de la nature du comportement visé par la loi, et des fins auxquelles la loi a été promulguée pour réglementer le comportement (*Thomson Newspapers*, précité, aux pages 495, 496, 509 et 510).

[168] En ce qui a trait aux conséquences possibles, les activités d’enquête menées par le SCRS en vertu de l’article 12 peuvent très facilement entraîner des conséquences plus graves pour les individus que celles qui se déroulent dans un contexte pénal (*Charkaoui II*, précité, au paragraphe 54). Cela comprend le renvoi vers des pays où les individus peuvent être menacés de mort ou subir des peines d’emprisonnement plus longues qu’au Canada. De plus, les informations recueillies par le SCRS peuvent non seulement être communiquées à des organismes d’application de la loi et d’autres agents d’État au Canada et, en fin de compte, entraîner des accusations criminelles, mais elles peuvent également être communiquées à des gouvernements étrangers. En effet, comme le précise le paragraphe 146 ci-haut, [\*\*\*] a expressément soulevé cette possibilité en ce qui a trait à l’IMSI et à l’IMEI. Entre autres, cela peut nuire considérablement à une personne qui cherche à se rendre à l’étranger, à obtenir un nouvel emploi ou à conserver son emploi. De plus, faire l’objet d’une enquête en vertu de la Loi sur le SCRS entraîne probablement un préjugé plus proche de celui qui est associé à une déclaration de culpabilité pour un crime grave que de tout préjugé relatif à une déclaration de culpabilité pour une infraction contre le bien-être public ou de nature réglementaire ou économique, même lorsqu’une lourde peine d’emprisonnement a été imposée (*Thomson Newspapers*, précité, aux pages 509 à 517).

[169] En ce qui a trait à la nature du comportement mentionné à l’article 12 de la Loi sur le SCRS, je crois que la plupart des activités correspondant à la définition de «menaces envers la sécurité du Canada» figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS ressemblent davantage aux «vrais» crimes qui font l’objet des lois pénales qu’aux infractions visées par la législation ayant trait au bien-être public, aux règlements et à l’économie.

[170] Alors que la nature du comportement visé par cette législation est telle qu’il est possible de présumer que les personnes ont accepté certaines conditions au

of entry into the economic/regulatory field, or upon their entry into the country, I do not think that the same can be said, at least not to the same degree, with respect to activities that may attract CSIS's intrusive scrutiny under section 12. While members of the public likely recognize and expect that CSIS will investigate threats to the security of Canada using some intrusive means, they also likely expect that it will do so only subject to safeguards that either protect their rights under the Charter, or that place reasonable limits on intrusions on those rights. That is something that will be assessed in Part VII.C.(2)(b) of these reasons below.

[171] Regarding the purpose of the legislation, again, I consider the investigation of threats to the security of Canada pursuant to section 12 and the collection of information or intelligence pursuant to section 16 of the Act to be closer in nature to the purposes of criminal legislation than to the purposes underlying the types of public welfare, regulatory or economic legislation in respect of which low expectations of privacy have been found to exist (see e.g., *Thomson Newspapers*, above, at pages 505–506, 508–509 and 515–516; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Sélection Milton*, [1994] 2 S.C.R. 406, at pages 443–447; *Colarusso*, above, at pages 37–38 and 40). Nevertheless, I accept that members of the public likely are prepared to accept *some* reduction in their privacy rights to enable CSIS to investigate activities that may, on reasonable grounds, be suspected of constituting threats to the security of Canada. However, in the absence of any submissions from the Attorney General or the *amici* regarding the nature of such reductions of privacy, it is difficult for me to discuss in the abstract what they may be. In my view, these will likely need to be addressed over time, and assessed by reference to the totality of their respective contexts.

[172] Insofar as IMSI and IMEI identifiers are concerned, I am satisfied that those whose activities may be subject to investigation under section 12 of the Act, and whose anonymity interests may be implicated by

moment d'intégrer les domaines économique ou réglementaire ou au moment de leur arrivée au pays, je ne crois pas qu'il en va de même, du moins dans une certaine mesure, pour les activités qui peuvent faire l'objet d'une surveillance accrue de la part du SCRS en vertu de l'article 12. Le public s'attend probablement à ce que le SCRS, dont il reconnaît que c'est le rôle, enquête sur les menaces envers la sécurité du Canada. Par contre, il s'attend probablement aussi à ce que ces enquêtes ne puissent être menées que si elles sont assujetties à des mesures visant à protéger ses droits garantis par la Charte ou à imposer des limites raisonnables à toute intrusion les concernant. Cet élément sera évalué à la partie VII.C.2)b) des présents motifs.

[171] En ce qui a trait à l'objet de la loi, de nouveau, je crois que les enquêtes sur les menaces envers la sécurité du Canada effectuées en vertu de l'article 12 et la collecte d'informations ou de renseignements effectuée en vertu de l'article 16 de la Loi sur le SCRS ont plus de points communs avec l'objet des lois pénales qu'avec l'objet sous-jacent de la législation ayant trait au bien-être public, aux règlements et à l'économie, pour laquelle les attentes en matière de vie privée sont faibles (*Thomson Newspapers*, précité, aux pages 505 à 506, 508 à 509 et 515 à 516; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406, aux pages 443 à 447 et *Colarusso*, précité, aux paragraphes 37, 38 et 40). Par contre, j'admets que le public est probablement prêt à concéder *une partie* de ses droits en matière de vie privée afin de permettre au SCRS d'enquêter sur des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Toutefois, en l'absence d'observations de la procureure générale ou des *amici* concernant la nature de telles concessions, il m'est difficile d'en discuter de façon abstraite. Selon moi, elles feront probablement l'objet de discussions à une date ultérieure et seront évaluées à la lumière de leurs contextes respectifs.

[172] En ce qui a trait à l'IMSI et à l'IMEI, je suis convaincu que les individus dont les activités peuvent faire l'objet d'une enquête en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS et dont le droit à l'anonymat peut être

what CSIS is able to do with that information, are not likely to have a reduced expectation of privacy. This is because of what they would likely believe, if they were fully informed, CSIS may be able to begin learning about their private activities upon capturing that information. As I have mentioned, this can include beginning to build a personal profile on them that may extend to (i) determining “[\*\*\*] or communications patterns” [\*\*\*] (ii) drawing inferences about [\*\*\*] CSIS has tremendous resources available to do these things, including its Operational Data Analysis Centre (ODAC), which was discussed in some detail in *X (Re)*, above, at paragraphs 37 and following. In one passage, Justice Noël observed as follows:

... The ODAC processes and analyzes data such as (but not limited to): [\*\*\*] The end product is intelligence which reveals specific, intimate details on the life and environment of the persons the CSIS investigates. The program is capable of drawing links between various sources and enormous amounts of data that no human being would be capable of [\*\*\*]

(*X (Re)*, above, at paragraph 42).

[173] I agree with the *amici* that these potential encroachments on individuals’ anonymity distinguish the reasonable expectations of those whose activities may be subject to investigation or information gathering by CSIS, from the reasonable expectations of third parties whose IMSI and IMEI numbers are incidentally obtained in the course of a CSS operation and then destroyed before anything further is done with those numbers. As noted by the *amici*, such early destruction of the IMSI and IMEI information of third parties serves to preserve the anonymity of those individuals, including the anonymity that is inherent in people’s use of their mobile devices.

[174] I will observe in passing that the Attorney General did not identify any legislation whatsoever, whether regulatory, economic or otherwise, that permits the surreptitious capture of otherwise inaccessible information about individuals’ telephones without a warrant.

compromis par ce que le SCRS est en mesure de faire avec ces informations n’ont probablement pas d’attentes réduites en matière de vie privée, et ce, parce qu’ils croiraient probablement, s’ils étaient pleinement informés, que le SCRS peut commencer à en apprendre davantage sur leurs activités privées au moyen des informations obtenues. Comme je l’ai mentionné, cela peut comprendre la création d’un profil personnel les concernant qui peut permettre de i) déterminer leurs [\*\*\*] et habitudes de communication» [\*\*\*] ii) tirer des conclusions quant à [\*\*\*] Le SCRS dispose d’immenses ressources à ces fins, dont le Centre d’analyse des données opérationnelles (CADO) qui a fait l’objet de discussions dans la décision *X (Re)*, au paragraphe 37 et suivants. Dans un passage, le juge Noël fait les observations suivantes.

[...] Les processus et les analyses de données du CADO portent, entre autres, [\*\*\*] Le produit final, c’est-à-dire le renseignement, donne un portrait précis et intime de la vie et de l’environnement des personnes sur lesquelles le SCRS enquête. Le programme permet d’établir des liens entre diverses sources et d’énormes quantités de données, ce qu’aucun humain n’arriverait à faire. [\*\*\*]

(*X (Re)*, précitée, au paragraphe 42.)

[173] Je suis d’accord avec les *amici* pour dire que ces empiètements possibles sur le droit à l’anonymat d’une personne peuvent faire une différence entre les attentes de ceux dont les activités peuvent faire l’objet d’une enquête ou d’une collecte d’informations par le SCRS et les attentes raisonnables de tiers dont les IMSI et IMEI ont été obtenues de façon fortuite dans le cadre d’une opération du SCRS, puis détruites avant d’être utilisées plus avant. Comme l’ont remarqué les *amici*, la destruction rapide des IMSI et des IMEI concernant des tiers permet de protéger l’anonymat de ces personnes, dont l’anonymat inhérent à l’utilisation, par des individus, de leur appareil mobile.

[174] Je signale en passant que la procureure générale n’a indiqué aucune mesure législative de nature réglementaire, économique ou autre qui permet, sans mandat, de recueillir subrepticement des informations autrement inaccessibles concernant les téléphones de personnes sans un mandat.

[175] Turning to the relevant contractual framework, no evidence was provided regarding the contractual obligations of TSPs towards their subscribers. However, I agree with the *amici* that if the average person were aware that mobile devices disclose IMSI and IMEI identifiers to the cellular environment when they are in idle mode, he or she likely would believe that such information is only being disclosed to their TSP. This is in part due to the fact that individuals generally consider their phones to be private. This important consideration distinguishes the facts in this case from those in *Plant*, *Tessling* and *Gomboc*, above.

[176] Specifically, one of the factors that was considered to be particularly relevant by the Supreme Court in *Plant* was that members of the public at large could make inquiries to the municipal electricity commission in question concerning the electricity consumption at a particular address (*Plant*, above, at page 294). In *Tessling*, a factor that appears to have been accorded significance was that the heat information that was captured by the police was obtained from the exposed external walls of the accused person's home, and some extent of heat emanating from a home "is obvious to even the most casual observer" (*Tessling*, above, at paragraphs 41 and 46–47). By contrast, the IMSI and IMEI identifiers associated with mobile devices are stored inside those devices, and only released to the cellular environment for the limited purpose of accessing the cellular network of an individual's TSP. Finally, in *Gomboc*, the Court placed considerable significance on the fact that paragraph 10(3)(f) of the *Code of Conduct Regulation* [Alta. Reg. 160/2003] enacted pursuant to the *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1, permitted the disclosure of customer information "to a peace officer for the purpose of investigating an offence if the disclosure is not contrary to the express request of the customer". Accordingly, the Court considered that Mr. Gomboc had been given "express notice that such cooperation might occur", yet failed to request that his customer information be kept confidential (*Gomboc*, above, at paragraphs 31, 33, 82 and 95).

[177] The *amici* also referred to publicly available information, which I agree can be relevant to an assessment

[175] En ce qui a trait au cadre contractuel applicable, aucun élément de preuve n'a été fourni concernant les obligations contractuelles des FST envers leurs abonnés. Toutefois, je conviens avec les *amici* que, si elle avait conscience que ses appareils mobiles divulguent les IMSI et les IMEI dans l'environnement cellulaire lorsqu'ils sont en mode de veille, la personne moyenne croirait probablement que son FST en est le seul destinataire. Cela s'explique en partie par le fait que les personnes jugent, règle générale, que leur téléphone est privé. Ce point important permet de faire une distinction entre les faits en l'espèce et ceux des arrêts *Plant*, *Tessling* et *Gomboc*, précités.

[176] Plus précisément, entre autres facteurs, la Cour suprême a considéré particulièrement pertinents que les membres du public puissent présenter des demandes à la commission municipale de l'électricité concernant la consommation en électricité à une adresse précise (*Plant*, précité, à la page 294). Dans l'arrêt *Tessling*, un facteur qui semble avoir eu de l'importance était que les services de police avaient obtenu des informations sur le chauffage à partir des murs extérieurs du domicile de l'accusé, et qu'il est évident, même pour «l'observateur le moins attentif», qu'une certaine quantité de chaleur émane d'une maison (*Tessling*, précité, aux paragraphes 41, 46 et 47). Par contre, les IMSI et les IMEI liées à des appareils mobiles sont stockées dans ces appareils et ne sont divulguées que dans un environnement cellulaire et uniquement pour avoir accès au réseau cellulaire du FST. Enfin, dans l'arrêt *Gomboc*, la Cour a accordé une importance considérable au fait que l'alinéa 10(3)f) du *Code of Conduct Regulation* [Alta. Reg. 160/2003] adopté en vertu de la *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, ch. E-5.1, permettait la divulgation d'informations sur le client [TRADUCTION] « à un agent de la paix pour les besoins d'une enquête relative à une infraction si la communication ne contrevient pas à une demande expresse du client ». La Cour a estimé que M. Gomboc avait bénéficié d'un «préavis exprès quant à la possibilité d'une telle collaboration», mais n'avait pas demandé la confidentialité des renseignements le concernant (*Gomboc*, précité, aux paragraphes 31, 33, 82 et 95).

[177] Les *amici* ont également mentionné les informations accessibles au public, et je conviens également

of the objective reasonableness of the subjective expectation that individuals likely have that the IMSI and IMEI numbers of their mobile devices will not be intercepted by agents of the state. In my view, the information in question lends support to the view that individuals have an objectively reasonable expectation of privacy in the IMSI and IMEI identifiers associated with their mobile devices.

[178] In particular, the *amici* noted that the *Gone Opaque* publication discussed at paragraph 145 above reports that the protection of the confidentiality of IMSI identifiers was embraced by the European Telecommunications Standards Institute as one of its five security goals in respect of telephones operating on the Global System for Mobile Communications (GSM) system (*Gone Opaque*, above, at page 9). The same page of that report also discusses the assignment of Temporary Mobile Subscriber Identity (TMSI) numbers to further protect the confidentiality of IMSI numbers, although it is not clear whether the use of such numbers is confined to Europe or extends to Canada.

[179] The *amici* further referred to a page on Wikipedia entitled “International mobile subscriber identity,” which states: “To prevent eavesdroppers identifying and tracking the subscriber on the radio interface, the IMSI is sent as rarely as possible and a randomly generated TMSI is sent instead” (Wikipedia, “International Mobile Subscriber Identity”, online: (2017) <[https://en.wikipedia.org/wiki/International\\_mobile\\_subscriber\\_identity](https://en.wikipedia.org/wiki/International_mobile_subscriber_identity)>).

[180] Although there is no evidence regarding [\*\*\*] the *amici* submitted that the evidence of [\*\*\*] regarding the circumstances in which IMSI and IMEI identifiers are released by mobile devices suggests that those circumstances may have been carefully calibrated to make it more difficult for such information to be surreptitiously intercepted. [\*\*\*] However, given [\*\*\*] evidence that [\*\*\*], I do not consider the inference drawn by the *amici* on this point to be strong.

qu’elles peuvent être pertinentes dans le cadre de l’évaluation du caractère raisonnablement objectif de l’attente subjective qu’a probablement une personne que les agents de l’État n’intercepteront pas les IMSI et les IMEI de ses appareils mobiles. Selon moi, ces informations permettent d’étayer le point de vue selon lequel une personne dispose d’une attente raisonnablement objective au sujet du caractère privé des IMSI et des IMEI liées à son appareil mobile.

[178] Plus particulièrement, les *amici* ont noté que la publication *Gone Opaque* dont il est question au paragraphe 145 ci-haut signale que l’Institut européen des normes de télécommunications a fait de la protection de la confidentialité de l’IMSI l’un des cinq objectifs en matière de sécurité en ce qui a trait aux téléphones du système mondial de communications mobiles (GSM) (*Gone Opaque*, à la page 9). À la même page de *Gone Opaque*, il est question d’attribuer des numéros d’identité temporaire d’abonné mobile afin de protéger davantage la confidentialité des IMSI, bien qu’il ne soit pas clair si l’utilisation de tels numéros se limite à l’Europe ou touche le Canada.

[179] Les *amici* ont également fait référence à la page Wikipedia intitulée « International Mobile Subscriber Identity », qui précise que, pour éviter que les abonnés soient reconnus et suivis clandestinement sur l’interface radio, le numéro IMSI est envoyé aussi rarement que possible. Plutôt, un numéro d’identité temporaire d’abonné mobile est généré de façon aléatoire (Wikipedia, « International mobile subscriber identity », en ligne : 2017, <[https://en.wikipedia.org/wiki/International\\_mobile\\_subscriber\\_identity](https://en.wikipedia.org/wiki/International_mobile_subscriber_identity)>).

[180] Bien que rien n’atteste [\*\*\*] les *amici* ont indiqué que les éléments de preuve présentés par [\*\*\*] concernant les circonstances dans lesquelles un appareil mobile communique l’IMSI et l’IMEI permettent de croire que ces circonstances ont été calibrées minutieusement afin qu’il soit encore plus difficile d’intercepter ces informations subrepticement. [\*\*\*] Toutefois, compte tenu des éléments de preuve présentés par [\*\*\*] selon lesquels [\*\*\*], je ne crois pas que la conclusion des *amici* quant à ce point soit solide.

[181] In any event, I am satisfied that the information from the *Gone Opaque* report and Wikipedia discussed above provides some support for the view that individuals' subjective expectation of privacy in the IMSI and IMEI identifiers associated with their mobile devices is objectively reasonable.

*Is the Use of CSS Technology Objectively Unreasonable?*

[182] The *amici* submit that CSS equipment is intrusive technology for which CSIS requires a warrant to operate. In this regard, the *amici* rely on the following passage in *X (Re)*, above, at paragraphs 161–162:

When conventional means of investigation do not allow to meaningfully advance an investigation, subsections 21(1), 21(2), and specifically 21(2)b) (further referred to simply as “section 21”) come into play to allow the CSIS to apply for warrants before the Court. The application must show, on reasonable grounds, that the information sought is factually related to a threat to the security of Canada as referred to in subsections 21(1), 12(1), and as defined in section 2. The affidavit in support of the warrant application and the examination that follows at the hearing are determinative for the designated judge charged with deciding whether to issue the warrant or not. As the Pitfield Report rightly noted when discussing this primary function, the definition of the “threats to the security of Canada” at section 2 of the Act:

... constitutes the basic limit on the agency's freedom of action. It will establish for the CSIS, its Director, and employees the fundamental standard for their activities. It will enter crucially into judicial determination of whether a particular intrusive investigative technique can be used. [Emphasis added.]

Canada. Parliament. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service, *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: Supply and Services Canada (November 1983) (Chair: P.M Pitfield), at page 12, paragraph 31.)

[181] Quoi qu'il en soit, je suis convaincu que les informations susmentionnées tirées du rapport *Gone Opaque* et de Wikipedia souscrivent, dans une certaine mesure, au point de vue selon lequel l'attente subjective d'une personne en matière de vie privée quant aux IMSI et aux IMEI liées à ses appareils mobiles est objectivement raisonnable.

*L'utilisation de la technologie relative aux ESB est-elle objectivement déraisonnable?*

[182] Les *amici* soutiennent que les ESB et le matériel connexe sont une technologie invasive dont l'utilisation nécessite l'obtention d'un mandat par le SCRS. À cet effet, les *amici* citent le passage suivant de la décision *X (Re)*, aux paragraphes 161 et 162.

Lorsque les méthodes traditionnelles ne permettent pas de faire progresser une enquête de façon significative, les paragraphes 21(1), 21(2) et l'alinéa 21(2)b) en particulier (désignés ci-après simplement comme l'article 21) entrent en jeu pour permettre au SCRS de demander la délivrance de mandats à la Cour. La demande doit démontrer qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les informations demandées sont, sur le plan factuel, liées à une menace envers la sécurité du Canada, comme il en est fait mention aux paragraphes 21(1) et 12(1), et au sens de l'article 2. L'affidavit à l'appui de la demande de mandat et l'interrogatoire tenu ensuite à l'audience sont déterminants pour le juge qui doit décider s'il convient de décerner le mandat. Comme il est bien souligné dans le Rapport Pitfield, dans la discussion sur cette première fonction, la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » prévue à l'article 2 de la Loi constitue :

[...] la limite fondamentale qu'on impose à la liberté d'action du Service. Elle précise des normes essentielles que le SCRS, son directeur et ses employés doivent respecter dans l'exercice de leurs fonctions et jouera un rôle déterminant dans l'appréciation judiciaire du bien-fondé de telle ou telle technique d'enquête par intrusion. [Non souligné dans l'original.]

(Canada. Parlement. Sénat. Rapport du comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité, *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada (novembre 1983) (Président : P.M Pitfield), à la page 12, au paragraphe 31.)

Section 21 supports advancing an investigation when conventional means are not sufficient and intrusive methods are necessary. The role of the Court, in such cases, is to ensure all requirements of the legislation are respected in the application for warrants and that the measures sought are justified in light of the facts put forward. Section 21 does not create a separate scheme wholly distinct from the primary function of CSIS as described in subsection 12(1); rather, section 21 complements the primary function of “investigating threats” by establishing procedural requirements when an application for warrants is sought. [Emphasis in original.]

[183] I do not read the foregoing passage as suggesting that CSIS requires a warrant whenever it wishes to gather information through the use of new technology. Indeed, the underlined words in the passage from the Pitfield Report [Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service, *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: Supply and Services Canada (November 1983) (Chair: P.M Pitfield)] that Justice Noël quoted specifically refer to a particular intrusive technique.

[184] In *Tessling*, above, at paragraph 30, the Supreme Court made it clear that there is no “free-standing prohibition on [the use of] electronic or other technologies without a warrant.” (See also, *Kang-Brown*, above, at paragraph 54, and *Gomboc*, above, at paragraph 40.) Rather, the question is: does the technology “in fact intrude on the reasonable sphere of privacy of an individual?” The answer to this question requires an assessment of the “totality of the relevant circumstances”. In that assessment, in this particular case, I do not consider that there is anything about the use of CSS technology *per se* that would justify a conclusion that the use of that technology is objectively unreasonable.

*Conclusion Regarding the Objective Reasonableness of Individuals’ Subjective Expectations of Privacy in Relation to the IMSI and IMEI Identifiers of their Mobile Devices*

L’article 21 s’applique lorsque les méthodes traditionnelles sont insuffisantes pour faire progresser une enquête et qu’il est nécessaire de recourir à des méthodes intrusives. Dans un tel cas, la Cour s’assure que la demande de mandats respecte toutes les exigences de la loi et que les mesures demandées sont justifiées au vu des faits présentés. L’article 21 ne crée pas un régime distinct n’ayant absolument aucun lien avec la première fonction du SCRS comme il est décrit au paragraphe 12(1). Au contraire, l’article 21 vient compléter la première fonction, c’est-à-dire « faire enquête », en établissant des exigences procédurales applicables aux demandes de mandats. [Souligné dans l’original.]

[183] À mon avis, ce passage ne laisse pas entendre que le SCRS doit toujours obtenir un mandat lorsqu’il désire recueillir des informations au moyen d’une nouvelle technologie. En effet, les mots soulignés dans ce passage du Rapport Pitfield [Rapport du comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité, *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Approvisionnement et Services Canada (novembre 1983) (Président : P. M Pitfield)] que cite le juge Noël s’appliquent à une technique envahissante en particulier.

[184] Dans l’arrêt *Tessling*, précité, au paragraphe 30, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué qu’il n’y a pas « d’interdiction distincte visant l’utilisation sans mandat de techniques, électroniques ou autres. » (Voir également *Kang-Brown*, précité, au paragraphe 54 et *Gomboc*, précité, au paragraphe 40.) La question à poser est plutôt : est-ce que la technologie, en fait, « constitue une intrusion dans la sphère raisonnable de vie privée des personnes surveillées? » La réponse à cette question nécessite une évaluation de l’ensemble des circonstances pertinentes. En l’espèce, dans le cadre de cette évaluation, je ne crois pas qu’il ait quoique ce soit relié à l’utilisation de la technologie relative aux ESB en soit qui permette de conclure que cette utilisation est objectivement déraisonnable.

*Conclusion concernant le caractère raisonnable des attentes subjectives d’une personne en matière de vie privée à l’égard des IMSI et des IMEI liées à ses appareils mobiles*

[185] In my view, a purposive consideration of the foregoing factors leads to the conclusion that individuals' subjective expectations of privacy in relation to the IMSI and IMEI information on their mobile devices are objectively reasonable.

[186] The principal factors that support this conclusion include:

- i. The fact that information pertaining to one's mobile telecommunication devices and their use is generally considered to be very personal and private in nature. This includes information that could well be revealed through CSIS's analysis of IMSI and IMEI identifiers, which could assist CSIS to build a profile on the individual in question by (i) "determining [\*\*\*] and communications patterns", [\*\*\*] (ii) drawing inferences about an individual [\*\*\*] Even though CSIS may not know the identity of the individual whose IMSI and IMEI information is obtained through the use of CSS technology, these are not trivial encroachments on that individual's anonymity interests. In a thriving democratic society, it is objectively reasonable that individuals would likely expect that this personal information would remain private, and not be surreptitiously captured by the state.
- ii. The nature of the potentially serious consequences that may be faced by individuals who are subjects of investigation or information gathering under the Act.
- iii. The nature of the conduct addressed by section 12 of the Act—which is frequently closer to "true" crimes than to the types of regulatory offences established by the public welfare, regulatory and economic legislation that has been considered in the jurisprudence with respect to section 8 of the Charter.
- iv. The fact that if the average person were aware that mobile devices emitted IMSI and IMEI identifiers to the cellular environment when they

[185] Selon moi, l'examen téléologique des facteurs qui précèdent permet de conclure au caractère objectivement raisonnable des attentes subjectives d'une personne en matière de vie privée quant aux IMSI et aux IMEI liées à ses appareils mobiles.

[186] Voici les principaux facteurs qui étayent cette conclusion.

- i. Les informations concernant les appareils de télécommunication mobiles et leur utilisation sont habituellement considérées comme très personnelles et de nature privée. Cela comprend les informations que le SCRS peut facilement déceler dans le cadre d'une analyse des IMSI et des IMEI, qui peuvent l'aider à créer un profil de la personne en question i) en déterminant ses [\*\*\*] et ses habitudes de communication, [\*\*\*] ii) en tirant des conclusions sur [\*\*\*] Même si le SCRS ne connaît pas l'identité de la personne dont il a recueilli l'IMSI et l'IMEI au moyen de la technologie relative aux ESB, il ne s'agit pas là d'un empiètement négligeable sur le droit d'une personne à l'anonymat. Au sein d'une société démocratique prospère, il est objectivement raisonnable que les individus s'attendent à ce que leurs renseignements personnels demeurent privés et qu'ils ne soient pas recueillis subrepticement par l'État.
- ii. Une personne qui fait l'objet d'une enquête ou d'une collecte d'informations en vertu de la Loi sur le SCRS peut subir des conséquences qui peuvent être graves.
- iii. Le comportement décrit à l'article 12 de la Loi sur le SCRS ressemble souvent davantage à un « véritable » crime que le type d'infraction visée par la législation relative au bien-être public, aux règlements ou à l'économie dont tient compte la jurisprudence ayant trait à l'article 8 de la Charte.
- iv. Le fait que si elle avait conscience que ses appareils mobiles divulguent les IMSI et les IMEI dans l'environnement cellulaire lorsqu'ils sont en

are in idle mode, he or she would likely believe that such information is being made available only to TSP.

- v. The information in the *Gone Opaque* report, and available on Wikipedia, which suggests that some steps have been taken in at least some quarters of the telecommunications industry to protect the confidentiality of IMSI numbers.

**(v) Conclusion Regarding Whether the Capture of IMSI and IMEI Identifiers Constitutes a “Search”**

[187] Based on all of the foregoing, I conclude that CSIS’s capture of the IMSI and IMEI identifiers associated with [\*\*\*] mobile devices through the use of CSS technology constituted a “search” within the meaning of section 8 of the Charter. In my view, this conclusion is supported by the confidential nature of IMSI and IMEI identifiers, the private and personal nature of the additional information that CSIS may be able to assemble upon obtaining IMSI and IMEI identifiers, the direct nature of [\*\*\*] interest in that information, the subjective expectation of privacy that [\*\*\*] likely had in respect of that information, and the objective reasonableness of that subjective expectation.

[188] It bears underscoring that, in a thriving democratic society, it is objectively reasonable that individuals would likely expect that the personal information that may be revealed to CSIS once it begins to analyze captured IMSI and IMEI identifiers will remain private, and will not become known to agents of the state.

[189] Although intrusions on individuals’ anonymity interests do not always engage section 8 of the Charter, I find that the capture of IMSI and IMEI information does reach this threshold, because of the profiles of individuals that CSIS can begin to build upon acquiring that information. Among other things, those technical and personal profiles can assist CSIS to construct a mosaic that reveals who an individual associates with,

mode de veille, la personne moyenne croirait probablement que son FST en est le seul destinataire.

- v. Les informations figurant dans le rapport *Gone Opaque* et sur Wikipedia donnent à penser que certaines mesures ont été adoptées, du moins dans certains domaines de l’industrie des télécommunications, pour protéger la confidentialité des IMSI.

**v) Conclusion sur la nature de la collecte de l’IMSI et de l’IMEI : s’agit-il d’une « fouille »?**

[187] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la collecte, par le SCRS, des IMSI et des IMEI liées aux appareils mobiles de [\*\*\*] au moyen de la technologie relative aux ESB constitue une « fouille » au sens de l’article 8 de la Charte. Selon moi, cette conclusion est étayée par la nature confidentielle de l’IMSI et de l’IMEI, par la nature personnelle et privée des informations que le SCRS peut être en mesure de rassembler après avoir obtenu ces identificateurs, par la nature directe du droit de [\*\*\*] à l’égard de ces informations, par l’attente subjective en matière de vie privée qu’a probablement [\*\*\*] quant à ces informations ainsi que par le caractère raisonnablement objectif de cette attente subjective.

[188] Il convient de souligner que, dans une démocratie prospère, il est objectivement raisonnable que les personnes s’attendent à ce que les renseignements personnels que le SCRS peut obtenir lorsqu’il entreprend d’analyser les IMSI et les IMEI recueillies demeurent privés et qu’ils ne seront pas communiqués à des agents de l’État.

[189] Alors que les atteintes au droit à l’anonymat d’une personne n’ont pas toujours trait à l’article 8 de la Charte, je crois que c’est le cas de la collecte de l’IMSI et de l’IMEI, et ce, en raison des profils que le SCRS peut commencer à esquisser en se fondant sur ces informations. Entre autres, ces profils personnels et techniques peuvent aider le SCRS à assembler une mosaïque qui peut révéler les relations d’une personne

[\*\*\*] draw inferences regarding the person’s beliefs. As I have previously noted, it is those very profiles that may ultimately assist CSIS to obtain a warrant to acquire subscriber information and engage in even more intrusive activities. However, until CSIS is able to obtain that subscriber data and exercise other warranted powers, its capture of IMSI and IMEI identifiers is only minimally intrusive. This is because neither the mobile device nor its contents, nor anything that might be accessed through the mobile device, can be accessed in any way through CSIS’s CSS operations. Moreover, with the one exception of [\*\*\*] CSIS cannot access the content of communications made on mobile devices; and CSIS has assured the Court that it does not use its CSS equipment to access such content.

(b) Is CSIS’s Interception of IMSI and IMEI Numbers Unreasonable?

[190] Given that CSIS’s capture of the IMSI and IMEI numbers from [\*\*\*] mobile devices constituted a search, and given that CSIS’s searches were conducted without a warrant, they were presumptively unreasonable (*Spencer*, above, at paragraph 68; *Goodwin*, above, at paragraph 56; *Hunter*, above, at pages 160–161).

[191] To overcome that presumption, and in the absence of any suggestion that it was not feasible to seek a warrant before CSIS used CSS technology to capture the IMSI and IMEI identifiers associated with [\*\*\*] mobile devices, the Attorney General must demonstrate that the “searches” were authorized by law, that the law in question is reasonable, and that the manner in which the searches was carried out was reasonable (see jurisprudence cited at paragraph 133 above). These issues will be addressed below.

(i) Was the “Search” Authorized by Law?

[192] The Attorney General submits that CSIS’s use of CSS technology to capture IMSI and IMEI numbers, without a warrant, for the purpose of identifying a subject of investigation’s mobile electronic device(s) is

avec une autre, [\*\*\*] faire des déductions quant aux croyances de la personne. Comme je l’ai déjà indiqué, ce sont ces profils qui peuvent, en fin de compte, aider le SCRS à obtenir un mandat pour obtenir des informations sur l’abonné et entreprendre des activités encore plus envahissantes. Toutefois, jusqu’à ce que le SCRS soit en mesure d’obtenir des informations sur l’abonné et d’exercer d’autres pouvoirs conférés par un mandat, la collecte de l’IMSI et de l’IMEI n’est que minimale-ment envahissante, et ce, parce que les opérations fondées sur des ESB ne permettent pas au SCRS d’avoir accès à l’appareil mobile, à son contenu, ou à ce qu’il permet de consulter. De plus, sauf pour [\*\*\*] le SCRS ne peut pas avoir accès au contenu des communications effectuées à l’aide d’appareils mobiles. En outre, il a assuré la Cour qu’il n’utilise pas ses ESB ni le matériel connexe pour avoir accès à un tel contenu.

b) La collecte de l’IMSI et de l’IMEI par le SCRS est-elle abusive?

[190] Puisque la collecte d’IMSI et d’IMEI liées aux appareils mobiles de [\*\*\*] par le SCRS constitue une fouille, et puisque le Service a procédé à ces fouilles sans mandat, celles-ci sont présumées abusives (*Spencer*, précité, au paragraphe 68; *Goodwin*, précité, au paragraphe 56; et *Hunter*, précité, aux pages 160 à 162).

[191] Pour réfuter cette présomption, et en l’absence de toute suggestion qu’il n’était pas possible d’obtenir un mandat avant que le SCRS n’utilise la technologie relative aux ESB pour recueillir les IMSI et les IMEI liées aux appareils mobiles de [\*\*\*] la procureure générale doit démontrer que les fouilles étaient autorisées par la loi, que la disposition législative les autorisant est raisonnable et qu’elles n’ont pas été effectuées de manière abusive (voir la jurisprudence citée au paragraphe 133 ci-haut). Ces questions seront traitées ci-dessous.

i) La fouille était-elle autorisée par la loi?

[192] La procureure générale soutient que l’utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB pour recueillir des IMSI et des IMEI sans mandat en vue de reconnaître les appareils mobiles d’une cible est autorisée

authorized by section 12 of the Act. As has been noted, that provision states as follows:

*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23

**Collection, analysis and retention**

**12 (1)** The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

**No territorial limit**

**(2)** For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.

[193] The *amici* disagree with that assertion for several reasons, some of which I will discuss in the next section below, when I address whether the framework established by sections 12 and 21 of the Act can be considered to be a “reasonable law” for the present purposes.

[194] The *amici* state that section 12 is not a freestanding power to search once section 8 of the Charter has been engaged. They maintain that this would be inconsistent with the words of sections 12 and 21, when “read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 602, at paragraph 10). More specifically, they assert that section 12 simply identifies CSIS’s duties and functions and does not confer on CSIS the power to conduct searches that engage section 8 of the Charter. In this regard, they draw an analogy to the policing context, where the police have a duty to investigate crime, but do not have an unfettered power to search. The *amici* maintain that the power to search must be granted by statute or by the common law. However, this begs the question of whether section 12 confers such a power.

par l’article 12 de la Loi sur le SCRS. Comme il en a été question plus haut, cette disposition précise ceci.

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23

**Informations et renseignements**

**12 (1)** Le Service recueille, au moyen d’enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

**Aucune limite territoriale**

**(2)** Il est entendu que le Service peut exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l’extérieur du Canada.

[193] Les *amici* ne sont pas d’accord avec cette affirmation pour plusieurs raisons, et je traiterai de certaines d’entre elles dans la prochaine section, lorsque j’aborderai la possibilité que le régime établi par les articles 12 et 21 de la Loi sur le SCRS puisse être considéré comme une «disposition législative raisonnable» aux présentes fins.

[194] Selon les *amici*, l’article 12 ne constitue pas un pouvoir distinct d’effectuer une fouille une fois l’article 8 de la Charte invoqué. Ils affirment que cela ne correspondrait pas au libellé des articles 12 et 21, alors qu’«il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur» (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 602, au paragraphe 10). Plus précisément, ils affirment que l’article 12 précise simplement les fonctions du SCRS et ne l’autorise pas à effectuer des fouilles qui entraînent l’application de l’article 8 de la Charte. À cet effet, ils font une analogie avec le contexte policier, où les services policiers ont le devoir d’enquêter sur les crimes, mais n’ont pas de pouvoir absolu pour effectuer des fouilles. Les *amici* soutiennent que le pouvoir de procéder à une fouille doit être conféré par une loi ou la common law. Toutefois, cela soulève la question de savoir si l’article 12 confère un tel pouvoir.

[195] The *amici* submit that interpreting section 12 as conferring powers on CSIS personnel to conduct a search when section 8 of the Charter has been engaged is inconsistent with the manner in which this Court has previously interpreted section 12 of the Act. In this regard, they note that in *X (Re)*, above, Justice Noël observed that “[w]hen conventional means of investigation do not allow [CSIS] to meaningfully advance an investigation, subsections 21(1), 21(2), and specifically paragraph 21(2)b ... come into play to allow the CSIS to apply for warrants before the Court” (*X (Re)*, above, at paragraph 161). As discussed above at paragraphs 182–183, I do not interpret Justice Noël’s use of the term “conventional means of investigation” as suggesting that a warrant is required any time any new technology that cannot be characterized as “conventional” is used by CSIS. This would be contrary to the express teaching of the Supreme Court in *Tessling*, above, at paragraph 30; and in *Kang-Brown*, above, at paragraph 54.

[196] The plain language of section 12 requires CSIS to collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and to analyze and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada. This provides CSIS with the explicit authority to investigate such threats in those circumstances.

[197] The provisions in section 21, while linked to sections 12 and 16, simply describe the circumstances in which a warrant may be sought and issued, when (i) the Director of CSIS or any employee designated by the Minister for the purpose, believes, on reasonable grounds, that a warrant is required to enable CSIS to investigate a threat to the security of Canada, or to perform the duties and functions set forth in section 16 of the Act, and (ii) a judge of this Court is satisfied of that fact, and of the matters described in paragraphs 21(2)(a) and (b) (*Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, 387 C.R.R. (2d) 1 (*Mahjoub FCA*), at paragraph 178). It is implicit that such belief on the part of the Director or a Minister’s designate, and such determination by this Court, would be informed by the

[195] Les *amici* affirment qu’interpréter l’article 12 de la *Loi sur le SCRS* comme une autorisation, pour le personnel du SCRS, d’effectuer des fouilles lorsque l’article 8 de la Charte a été invoqué ne correspond pas à l’interprétation qu’a faite la Cour de cet article. À cet égard, ils soulignent que, dans la décision *X (Re)*, le juge Noël a fait remarquer que « [l]orsque les méthodes traditionnelles ne permettent pas de faire progresser une enquête de façon significative, les paragraphes 21(1), 21(2) et l’alinéa 21(2)b [...] entrent en jeu pour permettre au SCRS de demander la délivrance de mandats à la Cour » (*X (Re)*, précitée, au paragraphe 161). Comme il en est question aux paragraphes 181 et 183 ci-haut, je ne crois pas que le juge Noël, en utilisant l’expression « méthodes traditionnelles d’enquête », veut dire que le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois qu’il a recours à une nouvelle technologie ne pouvant pas être qualifiée de « traditionnelle ». Cela irait à l’encontre des enseignements exprès de la Cour suprême dans l’arrêt *Tessling*, précité, au paragraphe 30 et dans l’arrêt *Kang-Brown*, précité, au paragraphe 54.

[196] Selon le libellé simple de l’article 12, le SCRS recueille, au moyen d’une enquête ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et les renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Cela donne au SCRS le pouvoir explicite d’enquêter sur de telles menaces dans ces circonstances.

[197] Les dispositions de l’article 21, qui est lié aux articles 12 et 16, décrivent simplement les circonstances dans lesquelles un mandat peut être demandé et décerné, soit, i) lorsque le directeur du SCRS ou un employé désigné par le ministre à cette fin a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au SCRS d’enquêter sur une menace envers la sécurité du Canada ou d’exercer les fonctions décrites à l’article 16 de la *Loi sur le SCRS*, et ii) lorsqu’un juge de la Cour est convaincu de ce fait et de ceux qui sont visés aux alinéas 21(2)a) et b) (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157 (*Mahjoub CAF*), au paragraphe 178). Il est sous-entendu qu’une telle décision de la part du directeur du SCRS ou de l’employé désigné par le ministre et qu’une telle détermination par la Cour

requirements of the common law as to when warrants are required for those purposes.

[198] In my view, there is nothing in the language of section 21, or elsewhere in the Act, that would support the view that CSIS is required to obtain a warrant anytime that it engages in a minimally intrusive “search” within the meaning of the Charter. The language of section 12, as limited in the manner discussed at paragraphs 212–216 below, provides CSIS with all the authority it requires to investigate activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada, without a warrant, unless a warrant is required at common law.

[199] The view that CSIS requires a warrant every time that a person’s reasonable expectation of privacy is engaged would conflate the two elements in section 8 of the Charter into a single element, by effectively reading out the requirement that a search be “unreasonable” before it may be found to be contrary to section 8.

[200] The *amici* further suggest that requiring a warrant before seeking to obtain IMSI and IMEI identifiers through the use of CSS technology would be consistent with the implicit requirement that the police must obtain a general warrant under section 487.01 of the *Criminal Code*, or a transmission data recorder warrant under section 492.2, before they may use a CSS to obtain and attribute IMSI and IMEI numbers to a suspect. However, the fact that Parliament *may* have determined that *police* require a warrant to use a CSS to attribute IMSI and IMEI numbers to an individual would not provide a sufficient basis for inferring that CSIS is also required to obtain a warrant in such circumstances. Among other things, police do not have available to them the powers conferred by section 12 of the Act.

[201] The *amici* also maintain that it is for Parliament to decide whether to allow CSIS to use a CSS to intercept and attribute the IMSI and IMEI numbers of a mobile device to a subject of investigation, based on

reposit sur les exigences de la common law en ce qui a trait au moment où des mandats sont requis à ces fins.

[198] Selon moi, ni le libellé de l’article 21 ni les autres dispositions de la Loi sur le SCRS n’appuient le point de vue selon lequel le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois qu’il effectue une fouille ou une perquisition, au sens de la Charte, qui est minimalement envahissante. Le libellé de l’article 12, conformément à ce qui est établi aux paragraphes 212 à 216 des présents motifs, confère au SCRS toute la latitude nécessaire pour enquêter sans mandat sur des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada, sauf si la common law l’exige.

[199] Considérer que le SCRS doit obtenir un mandat chaque fois que les attentes raisonnables d’une personne en matière de vie privée sont en jeu confondrait les deux éléments de l’article 8 de la Charte en un seul, c’est-à-dire que cela rendrait inopérante l’exigence voulant qu’une fouille doit être abusive pour enfreindre l’article 8.

[200] Les *amici* suggèrent en outre que le fait d’exiger un mandat avant de tenter d’obtenir des IMSI et des IMEI au moyen de la technologie relative aux ESB correspondrait à l’exigence implicite selon laquelle les services de police doivent obtenir un mandat général, en vertu de l’article 487.01 du *Code criminel*, ou un mandat pour un enregistreur de données de transmission, en vertu de l’article 492.2, avant de pouvoir utiliser un ESB pour obtenir des IMSI et des IMEI et les attribuer à un suspect. Toutefois, le fait que le Parlement *peut* avoir déterminé que les *services de police* doivent avoir un mandat pour utiliser un ESB et attribuer une IMSI et une IMEI à une personne ne suffit pas à conclure que le SCRS doit également obtenir un mandat dans de telles circonstances. Entre autres, les services de police ne disposent pas des pouvoirs conférés par l’article 12 de la Loi sur le SCRS.

[201] Les *amici* soutiennent également qu’il incombe au Parlement de décider de permettre au SCRS d’utiliser un ESB pour intercepter l’IMSI et l’IMEI d’un appareil mobile pour attribuer celui-ci à une cible selon des

“reasonable grounds to suspect”. I agree, and I find that Parliament implicitly did so when it passed section 12 of the Act. Therefore, CSIS’s use of a CSS for that particular purpose is “authorized by law”, as contemplated by the jurisprudence cited at paragraph 133 above.

**(ii) Is Section 12 of the Act a Reasonable Law?**

[202] As discussed at paragraph 134 above, the factors to be considered in assessing whether a law which authorizes a search is reasonable include the nature and purpose of the law, the degree of intrusiveness that it authorizes, the mechanism of intrusion authorized, the extent to which it provides for judicial supervision, and any other safeguards or “checks and balances” that it contains to constrain the extent of the state’s intrusion on individuals’ privacy interests. Depending upon the circumstances and the legislative scheme, the availability of oversight may assist to overcome the presumptive unlawfulness of a warrantless search. These factors will be addressed below.

*The Nature and Purpose of Section 12*

[203] Section 12 gives CSIS a critical, central and arguably essential role in Canada’s national security apparatus. It does this by *requiring* CSIS to collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyze and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada, and in relation thereto, to report to and advise the Government of Canada.

[204] The *amici* maintain that the “reasonable grounds to suspect” standard set forth in section 12 is not sufficient to justify a warrantless search by CSIS. I disagree.

[205] The Supreme Court explicitly recognized very early on in its consideration of section 8 of the Charter that the “reasonable grounds to believe” standard may

« motifs raisonnables de soupçonner ». Je suis d’accord, et je crois que c’est ce qu’a fait le Parlement lorsqu’il a adopté l’article 12 de la Loi sur le SCRS. Donc, l’utilisation, par le SCRS, d’un ESB à cette fin précise est « autorisée par la loi », conformément à la jurisprudence citée au paragraphe 133 des présents motifs.

**ii) L’article 12 de la Loi sur le SCRS est-il une disposition législative raisonnable?**

[202] Comme il en a été question au paragraphe 134 ci-haut, les facteurs dont il faut tenir compte pour évaluer le caractère raisonnable d’une disposition législative autorisant une fouille comprennent la nature et l’objet de cette disposition, l’ampleur de l’intrusion qu’elle autorise, le mécanisme d’intrusion qu’elle permet d’utiliser, la supervision judiciaire qu’elle prévoit ainsi que toute autre mesure de responsabilisation ou de contrôle qu’elle comporte pour limiter la portée de l’empiètement de l’État sur le droit des particuliers au respect de leur vie privée. Selon les circonstances et le régime législatif, la présence d’une supervision peut permettre de surmonter l’apparence d’illégalité relative à une fouille sans mandat. Ces facteurs seront abordés plus loin.

*La nature et l’objet de l’article 12*

[203] L’article 12 confère au SCRS un rôle central et, sans doute, essentiel, au sein de l’appareil de sécurité nationale du Canada. Il le fait en *exigeant* du SCRS qu’il recueille, au moyen d’enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et les renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada, qu’il en fasse rapport au gouvernement du Canada et qu’il le conseille à cet égard.

[204] Les *amici* affirment que le critère des « motifs raisonnables de soupçonner » prévu à l’article 12 ne suffit pas à justifier que le SCRS effectue une fouille sans mandat. Je ne suis pas d’accord.

[205] Dans le cadre de son analyse de l’article 8 de la Charte, la Cour suprême a rapidement reconnu explicitement que le critère des « motifs raisonnables de croire »

not be required “where state security is involved” (*Hunter*, above, at pages 167–168).

[206] The Court has subsequently reiterated that the “balancing of interests can justify searches on a lower standard where privacy interests are reduced, or where state objectives of public importance are predominant” (*Chehil*, above, at paragraph 23). In brief, the standard required to withstand scrutiny under section 8 “may vary depending on the context” (*Rodgers*, above, at paragraph 35).

[207] In addition to circumstances in which privacy interests are reduced or state objectives of public importance are predominant, the Supreme Court has recognized that a standard that is lower than “reasonable grounds to believe” may be justified where the search method is highly accurate (*Goodwin*, above, at paragraph 67), particularly where the search is minimally intrusive and narrowly targeted (*A.M.*, above, at paragraphs 13 and 42; *Kang-Brown*, above, at paragraphs 25, 60, 210 and 213).

[208] In each of *Chehil*, *A.M.* and *Kang-Brown*, above, the Supreme Court found that the “reasonable grounds to suspect” standard did not contravene section 8, notwithstanding the absence of judicial pre-authorization. The Court reached similar findings in respect of customs searches (*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495 (*Simmons*), at pages 527–529; *R. v. Monney*, [1999] 1 S.C.R. 652, at paragraphs 37 and 48) and a search for drugs on a student in a high school by a vice-principal (*R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, at paragraph 50).

[209] Applying the foregoing to CSIS’s use of CSS technology to intercept the IMSI and IMEI identifiers of [\*\*\*] mobile electronic devices, each of the factors identified above is present. That is to say, state objectives of public importance (i.e., national security) are predominant, the intrusive nature of the search was minimal, and the method of the search was both highly accurate and narrowly targeted, given that the IMSI and IMEI

pouvait ne pas être requis lorsqu’il était question de sécurité nationale (*Hunter*, précité, à la page 168).

[206] La Cour a alors réitéré qu’un «exercice de pondération des intérêts en jeu peut justifier une fouille en application d’une norme moins rigoureuse lorsque les droits à la vie privée sont réduits ou lorsque les objectifs d’ordre public de l’État sont prédominants» (*Chehil*, précité, au paragraphe 23). Bref, le critère requis pour résister à un examen approfondi en vertu de l’article 8 peut varier selon le contexte (*Rodgers*, précité, au paragraphe 35).

[207] En plus des circonstances dans lesquelles les droits au respect de la vie privée sont réduits ou les objectifs d’importance publique sont prédominants, la Cour suprême a reconnu qu’un critère plus faible que des «motifs raisonnables de croire» peut être justifié lorsque la méthode utilisée est très précise (*Goodwin*, précité, au paragraphe 67), surtout si la fouille ou la perquisition est minimalement envahissante et étroitement ciblée (*A.M.*, précité, aux paragraphes 13 et 42 et *Kang-Brown*, précité, aux paragraphes 25, 60, 210 et 213).

[208] Dans les arrêts *Chehil*, *A.M.* et *Kang-Brown*, précités, la Cour suprême a conclu que le critère des «motifs raisonnables de soupçonner» ne contrevient pas à l’article 8, malgré l’absence d’une autorisation judiciaire préalable. La Cour en est arrivée à des conclusions semblables en ce qui a trait aux fouilles aux douanes (*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495 (*Simmons*), aux pages 527 à 529 et *R. c. Monney*, [1999] 1 R.C.S. 652, aux paragraphes 37 et 48) et à une fouille visant à trouver des stupéfiants sur un élève de niveau secondaire effectuée par un directeur adjoint (*R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, au paragraphe 50).

[209] Chacun des facteurs susmentionnés est présent en ce qui a trait à l’utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB pour intercepter les IMSI et les IMEI des appareils électroniques mobiles de [\*\*\*] En effet, les objectifs de l’État (c.-à-d. la sécurité nationale) sont prédominants, la fouille est minimalement envahissante, et la méthode utilisée est très précise et étroitement ciblée, puisque les IMSI et les IMEI de tiers

information that was captured from third parties was not used for any purpose, and was quickly destroyed.

[210] Accordingly, the fact that section 12 authorized CSIS to engage in that minimally intrusive search of [\*\*\*] mobile devices on a “reasonable grounds to suspect” standard, and without prior judicial authorization, does not, in and of itself, render either section 12 or the search unreasonable (*Mahjoub FCA*, above, at paragraphs 176–177).

[211] Indeed, I consider that the national security objectives permeating section 12 will generally be sufficient to tip the balance in favour of the state interest, when searches conducted by CSIS are minimally intrusive (*Jarvis*, above, at paragraph 71; *Mahjoub FCA*, above). As the Supreme Court has recognized, “[o]ne of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its citizens” (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paragraph 1). One need look no further than the recent terrorist attacks in Barcelona, London, Paris and Berlin, and the October 2014 attack on our very own Parliament, to appreciate why the interests of the state will generally predominate when the state’s interest in national security collides with an individual’s interest not to be subject to a minimally intrusive search. In such circumstances, the right to life, liberty and security of the person of individuals who may be in danger of serious harm (*Tse*, above, at paragraph 21), namely, innocent victims of terrorist attacks, will typically prevail over the interests that are engaged when a minimally intrusive search is conducted by CSIS.

[212] Another factor that is important to consider in assessing the reasonableness of section 12 is whether it is overbroad or vague. The Attorney General submits that section 12 is neither, because it imposes objective standards and strict limits on the collection of information by CSIS. I agree.

[213] In particular, CSIS may collect, analyze and retain information for the purposes of an investigation, only in respect of activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting “threats to the

n’ont pas été utilisées pour quelque fin que ce soit et ont été détruites rapidement.

[210] Partant, le fait que l’article 12 ait autorisé le SCRS à effectuer une fouille minimalement envahissante des appareils mobiles de [\*\*\*] parce qu’il avait des « motifs raisonnables de soupçonner » et sans obtenir d’autorisation judiciaire au préalable, ne rend pas, en soi, l’article 12 déraisonnable ou la fouille abusive (*Mahjoub CAF*, précité, aux paragraphes 176 et 177).

[211] En effet, je crois que les objectifs relatifs à la sécurité nationale qui figurent à l’article 12 suffiront habituellement à faire pencher la balance en faveur des intérêts de l’État, lorsque les fouilles menées par le SCRS sont minimalement envahissantes (*Jarvis*, précité, au paragraphe 71 et *Mahjoub CAF*, précité). Comme la Cour suprême l’a reconnu, « [l]’une des responsabilités les plus fondamentales d’un gouvernement est d’assurer la sécurité de ses citoyens ». Il suffit de penser aux récentes attaques terroristes à Barcelone, à Londres, à Paris ou à Berlin, et à l’attaque perpétrée en octobre 2014 contre notre propre parlement, pour prendre conscience des raisons pour lesquelles les intérêts de l’État prédominent généralement lorsque ces intérêts en matière de sécurité nationale entrent en conflit avec le désir d’une personne de ne pas faire l’objet d’une fouille minimalement envahissante. Dans de telles circonstances, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes qui peuvent subir des dommages sérieux (*Tse*, précité, au paragraphe 21), soit les victimes innocentes d’un attentat terroriste, l’emporte habituellement sur les intérêts en jeu lorsque le SCRS effectue une fouille minimalement envahissante.

[212] Lors de l’évaluation du caractère raisonnable de l’article 12, il est en outre important d’établir si celui-ci a une portée excessive ou s’il est vague. La procureure générale soutient que ce n’est pas le cas de l’article 12, car il impose des critères objectifs et des limites strictes à la collecte d’informations par le SCRS. Je suis d’accord.

[213] Plus particulièrement, le SCRS peut recueillir, analyser et conserver des informations à des fins d’enquête, uniquement sur des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent

security of Canada”. The latter is defined in detail in section 2 of the Act, while the “reasonable grounds to suspect” requirement is a “robust” standard that is well known in Canadian law (*Chehil*, above, at paragraphs 3 and 26–37; *Kang-Brown*, above, at paragraph 75). These objective parameters are further reinforced and narrowed by the fact that the scope of information that may be collected by CSIS is explicitly limited to that which “is strictly necessary”.

[214] In *X (Re)*, above, at paragraph 185, Justice Noël found that this limitation also implicitly applies to the retention of information collected by CSIS. I consider it important to invoke judicial comity and follow Justice Noël’s position on this, without any further analysis, given the importance of consistency by this Court in respect of this very important issue. I will simply pause to note that neither the Attorney General nor the *amici* took any issue with this interpretation of section 12 in this proceeding.

[215] Taken together, these limitations ensure that section 12 is neither overbroad nor vague and that the information collected by CSIS is rationally connected to the fulfillment of the mandate that section 12 has conferred upon CSIS. These limitations also ensure that section 12 “strikes the appropriate balance between the public interest in investigating threats to the security of Canada and [a subject of investigation’s] privacy rights” in respect of activities that are only minimally intrusive (*Mahjoub*, above, at paragraph 35; affd *Mahjoub FCA*, above, at paragraphs 176–177).

[216] In the presence of these clearly ascertainable and understandable limitations, it cannot be said that section 12 “so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate” (*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at page 643; *Wakeling*, above, at paragraph 62). On the contrary, section 12, read together with the definition of “threats to the security of Canada” set forth in section 2 of the Act, clearly articulates the scope of activities that may be investigated by CSIS.

des «menaces envers la sécurité du Canada». Ce concept est défini précisément à l’article 2 de la Loi sur le SCRS, alors que l’exigence des «motifs raisonnables de soupçonner» est un critère «solide» qui est bien connu en droit canadien (*Chehil*, précité, aux paragraphes 3, 26 à 37 et *Kang-Brown*, précité, au paragraphe 75). Ces paramètres objectifs sont davantage renforcés et restreints par le fait que la portée des informations qui peuvent être recueillies par le SCRS est explicitement limitée à ce qui «est strictement nécessaire».

[214] Dans la décision *X (Re)*, précitée, au paragraphe 185, le juge Noël a conclu que cette limite s’applique également de façon implicite à la conservation des informations recueillies par le SCRS. Je crois qu’il est important, par courtoisie judiciaire, d’adopter sans autre analyse la position du juge Noël sur le sujet, puisque la Cour se doit de prendre une position cohérente quant à cet enjeu très important. Je prendrai simplement le temps de souligner qu’en l’espèce, ni la procureure générale ni les *amici* n’ont contesté cette interprétation de l’article 12.

[215] Ensemble, ces limites permettent de s’assurer que l’article 12 n’a pas une portée ni excessive, ni trop vague et que les informations recueillies par le SCRS ont un lien rationnel avec l’exécution du mandat conféré au Service par l’article 12. Ces limites assurent également que l’article 12 «atteint le juste équilibre entre l’intérêt du public à ce que l’on fasse enquête sur les menaces envers la sécurité du Canada et les droits à la vie privée de la cible en question» (*Mahjoub*, précité, au paragraphe 35, conf. par *Mahjoub CAF*, aux paragraphes 176 et 177).

[216] Compte tenu de ces limites facilement vérifiables et compréhensibles, on ne saurait affirmer que l’article 12 «manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire» (*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la page 643 et *Wakeling*, précité, au paragraphe 62). Au contraire, l’article 12, examiné en corrélation avec la définition de «menaces envers la sécurité du Canada» figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS, formule clairement la portée des activités qui peuvent faire l’objet d’une enquête par le SCRS.

[217] Having regard to the foregoing, I find that the nature and purpose of section 12 support the view that section 12 is a reasonable law.

*The Degree of Intrusiveness Authorized by Section 12*

[218] The limitations discussed above ensure that CSIS does not have a mandate to engage in intrusive investigations in relation to persons whose activities fall outside of those limitations. In other words, CSIS has no mandate under section 12 to investigate persons whose activities do not give rise to reasonable grounds to suspect that they constitute threats to the security of Canada. The investigative powers provided to it under section 12 are confined to those whose activities meet this robust threshold, and then are further confined to the collection of information that “is strictly necessary”, as well as to the four categories of activities articulated in the definition of “threats to the security of Canada” provided in section 2 of the Act.

[219] For the narrowly circumscribed scope of remaining activities that fall within the purview of section 12, CSIS may collect, analyze and retain information that ranges from non-intrusive to highly intrusive. However, once it moves beyond minimally invasive collection activities, it will require a warrant. In brief, by including the provisions of section 21 pertaining to warrants in the Act, Parliament implicitly contemplated that CSIS would not conduct collection activities under section 12 that are more than minimally intrusive, without first obtaining judicial pre-authorization under section 21. It can be inferred from this framework that, in the absence of a warrant, section 12 only provides CSIS with the ability to engage in non-intrusive or minimally intrusive activities.

*The Extent to Which the Act Provides for Judicial Supervision*

[220] The *amici* submit that section 12 is not a reasonable law because it does not fall within any of the few exceptions that have been recognized to the general

[217] Compte tenu de ce qui précède, je crois que la nature et l’objet de l’article 12 soutiennent l’opinion selon laquelle il s’agit d’une disposition législative raisonnable.

*Degré d’intrusion autorisé par l’article 12*

[218] Les limites susmentionnées permettent de s’assurer que le SCRS n’a pas pour mandat d’effectuer des enquêtes envahissantes sur des personnes dont les activités se déroulent à l’extérieur de ces limites. En d’autres termes, l’article 12 n’autorise pas le SCRS à enquêter sur des personnes qui mènent des activités dont il n’existe pas de motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Les pouvoirs d’enquête prévus à l’article 12 visent uniquement les personnes dont les activités respectent ce critère rigoureux. En outre, ils ne concernent que la collecte d’informations dans la mesure « strictement nécessaire » ayant trait aux quatre catégories d’activités comprises dans la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS.

[219] Le SCRS peut recueillir, analyser et conserver des informations obtenues de façon non envahissante ou très envahissante au sujet de quelques activités qui s’inscrivent dans le cadre très étroit qu’établit l’article 12. Toutefois, lorsqu’il passe à des activités de collecte plus envahissantes, le Service doit obtenir un mandat. En bref, en ajoutant les dispositions de l’article 21 concernant les mandats à la Loi sur le SCRS, le législateur prévoyait implicitement que le SCRS ne mènerait pas, en vertu de l’article 12, d’activités de collecte plus que minimalement envahissantes sans obtenir une autorisation judiciaire préalable au titre de l’article 21. Il peut être inféré de ce cadre qu’en l’absence d’un mandat, l’article 12 permet au SCRS de mener uniquement des activités non envahissantes ou minimalement envahissantes.

*Mesure dans laquelle la Loi sur le SCRS prévoit une supervision judiciaire*

[220] Les *amici* soutiennent que l’article 12 n’est pas une disposition législative raisonnable, car il ne fait pas partie des quelques exceptions apportées à l’exigence

requirement that searches by agents of the state must be judicially pre-authorized on a standard of “reasonable grounds to believe”. In this regard, they assert that exceptions to the requirement of judicial pre-authorization have only been recognized in exigent circumstances (e.g., *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223, at page 243), the customs context (e.g., *Simmons*, above, at page 528), “sniffer dog” searches (e.g., *Kang-Brown*, above, at paragraph 60) and searches incident to detention and arrest (e.g., *R. v. Mann*, 2004 SCC 52, [2004] 3 S.C.R. 59, at paragraphs 38–40).

[221] The *amici* maintain that in each of these cases, the existence of after-the-fact judicial control was an important factor in the absence of judicial pre-authorization of the search. They add that no after-the-fact method of judicial control exists in respect of either warrantless or warranted searches under section 21 of the Act, because the individual who was the subject of the search may never learn that the search occurred.

[222] In my view, the Supreme Court’s teachings in respect of judicial supervision of warrantless searches are more nuanced than suggested by the *amici*.

[223] The jurisprudence relied upon by the *amici* does not support the proposition that a minimally invasive search necessarily contravenes section 8 of the Charter in the absence of prior judicial authorization or after-the-fact judicial control. As I have already discussed the absence of prior judicial authorization at paragraphs 207–210 above, I will confine the discussion below to after-the-fact judicial control.

[224] The Supreme Court has consistently maintained that assessment of a warrantless search under section 8 will depend on a careful balancing of the legitimate interests of the state and the legitimate interests of the person who was the subject of a warrantless search in each particular case (*Kang-Brown*, above, at paragraph 24; *A.M.*, above, at paragraph 37; *Rodgers*, above,

d’ordre général selon laquelle les fouilles ou les perquisitions effectuées par des agents de l’État doivent faire l’objet, au préalable, d’une autorisation judiciaire selon le critère des « motifs raisonnables de croire ». À cet égard, ils affirment que les exceptions à l’exigence d’une autorisation judiciaire préalable ne sont reconnues que dans des situations d’urgence (p. ex. *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223, à la page 243), dans le contexte des douanes (p. ex. *Simmons*, précité, à la page 528), pour les fouilles avec des « chiens renifleurs » (p. ex. *Kang-Brown*, précité, au paragraphe 60) et pour les fouilles accessoires à une détention et à une arrestation (p. ex. *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, aux paragraphes 38 à 40).

[221] Les *amici* soutiennent que dans chacune de ces affaires, la présence d’un contrôle judiciaire a posteriori était un facteur important en l’absence d’une autorisation judiciaire préalable de la fouille. Ils ajoutent qu’aucune méthode de contrôle judiciaire a posteriori n’existe pour les fouilles effectuées sans ou avec mandat en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS, car il est possible que la cible n’apprenne jamais qu’elle en a fait l’objet.

[222] Selon moi, les enseignements de la Cour suprême au sujet de la supervision judiciaire d’une fouille (sans mandat) sont plus nuancés que ne le suggèrent les *amici*.

[223] La jurisprudence sur laquelle s’appuient les *amici* n’étaye pas la proposition selon laquelle une fouille minimalement envahissante contrevient nécessairement à l’article 8 de la Charte en l’absence d’une autorisation judiciaire préalable ou d’un contrôle judiciaire a posteriori. Puisque j’ai déjà abordé l’absence d’une autorisation judiciaire préalable aux paragraphes 207 à 210 ci-haut, je limiterai la discussion au contrôle judiciaire a posteriori.

[224] La Cour suprême a toujours maintenu que l’évaluation d’une fouille ou d’une perquisition sans mandat au regard de l’article 8 se fait au cas par cas, selon un juste équilibre entre les intérêts légitimes de l’État et les droits légitimes au respect de la vie privée de la personne qui en fait l’objet (*Kang-Brown*, précité, au paragraphe 24; *A.M.*, précité, au paragraphe 37; *Rodgers*,

at paragraphs 26–27; *Jarvis*, above, at paragraphs 61–62; *Colarusso*, above, at pages 52–53; *McKinlay*, above, at pages 645–646). This balancing must be conducted as part of the overall assessment of whether the search was authorized by law, the law in question is reasonable, and the manner in which the search was carried out was reasonable.

[225] In a trilogy of “sniffer dog” cases (*Kang-Brown, A.M.* and *Chehil*, above) the Supreme Court placed considerable importance on the availability of after-the-fact judicial review of the warrantless searches that were conducted, in assessing the overall reasonableness of those searches. However, that appears to have been in part because of concerns regarding the reliability of individual dogs (*Chehil*, above, at paragraphs 25 and 48–54; *A.M.*, above, at paragraphs 84–86 and 90), in part because of “the significance and quality of the information obtained about” the concealed contents of a person’s belongings or “on his ... person” (*Kang-Brown*, above, at paragraph 58), and in part because “[t]he consequences of a false indication by a sniffer dog can be severe” (*Chehil*, above, at paragraph 49).

[226] Those cases can be distinguished from CSIS’s use of CSS technology to capture IMSI and IMEI numbers from an individual’s wireless electronic devices. This is because that technology is highly reliable and therefore does not give rise to the potentially severe consequences associated with a “false positive”. Moreover, it intrudes far less on an individual’s privacy rights than a dog sniff, which can give rise to strong inferences about the concealed *contents* of an individual’s luggage, handbag or backpack, etc., or about what is on a person. In brief, IMSI and IMEI information cannot give rise to any inferences whatsoever about the *contents* stored on, or available through, a mobile device. IMSI and IMEI identifiers also cannot assist CSIS to make strong inferences about the specific content of communications made over a mobile device.

précité, aux paragraphes 26 et 27; *Jarvis*, précité, aux paragraphes 61 et 62; *Colarusso*, précité, aux pages 52 et 53; et *McKinlay*, précité, aux pages 645 et 646). Cet équilibre doit être atteint dans le cadre de l’évaluation, dans son ensemble, si la fouille ou la perquisition est autorisée par la loi, du caractère raisonnable de la disposition législative l’autorisant et du caractère raisonnable de la méthode utilisée.

[225] Dans la trilogie des affaires de « chiens renifleurs » (*Kang-Brown, A.M.* et *Chehil*, précités), la Cour suprême a accordé beaucoup d’importance à la possibilité d’un contrôle judiciaire a posteriori des fouilles effectuées sans mandat afin d’en évaluer le caractère raisonnable. Toutefois, cela semble avoir été le cas en partie à cause des préoccupations concernant la fiabilité de certains chiens (*Chehil*, précité, aux paragraphes 25 et 48 à 54 et *A.M.*, précité, aux paragraphes 84 à 86 et 90), en partie « en raison de l’importance et de la qualité des renseignements qu’elle permet d’obtenir au sujet des contenus dissimulés dans les effets personnels d’un suspect ou sur sa personne » (*Kang-Brown*, précité, au paragraphe 58) et en partie parce que « [l]es conséquences d’un faux positif peuvent être graves » (*Chehil*, précité, au paragraphe 49).

[226] Ces affaires se distinguent de celles qui concernent l’utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB pour recueillir l’IMSI et l’IMEI de l’appareil électronique sans fil d’une personne, car cette technologie est très fiable et ne peut donc pas entraîner d’éventuelles conséquences graves ayant trait à un « faux positif ». De plus, cette technologie brime beaucoup moins les droits d’une personne en matière de vie privée que le recours à un chien renifleur, qui peut permettre de tirer des conclusions avec une certaine certitude quant au contenu dissimulé notamment dans les bagages, le sac à main, le sac à dos ou la personne même d’un individu. En bref, l’IMSI et l’IMEI ne permettent d’établir aucune conclusion quant au *contenu* d’un appareil mobile ou à ce à quoi il permet d’accéder, pas plus qu’ils n’aident le SCRS à tirer des conclusions plausibles au sujet du contenu précis des communications effectuées au moyen d’un appareil mobile.

[227] The highly reliable nature of CSS technology, and the degree to which it intrudes on an individual's privacy interests, also distinguishes this case from *Goodwin*, above, at paragraph 72, where the Court considered the unavailability of after-the-fact judicial review of a licence suspension following a breathalyzer search to be critical, "particularly given the concerns about the reliability of the [breathalyzer device], the lack of an intermediate step between the [Breathalyzer analysis] and the roadside suspension, and the immediacy of the penalties that ensue."

[228] In the particular circumstances of this case, I consider the nature of the state's interest (national security) to be sufficiently important that the absence of any requirement in the Act for a post-judicial review of each and every intercept of IMSI and IMEI identifiers by CSIS does not render section 12 unreasonable. This is especially so because of the minimal nature of CSIS's intrusion on an individual's privacy interests, the fact that such minimal intrusions are authorized by law (i.e., section 12), the fact that section 12 contains the various limitations discussed at paragraphs 212–216 above, the additional checks and balances that I will discuss below, and the fact that a warrant from this Court will be required [\*\*\*] At the time that CSIS seeks such a warrant, the Court would have an opportunity to review the reasonableness of CSIS's grounds to suspect that the individual's activities may constitute threats to the security of Canada. Prior to that time, the potential consequences of the search to the individual would be very limited, if any.

[229] I recognize that this after-the-fact judicial control under the Act is only available where CSIS decides to seek warranted powers in respect of the subject of investigation. According to [\*\*\*] The IMSI and IMEI numbers subsequently captured are then used to assist CSIS to execute the warranted powers against the correct wireless device. However, where a warrant has not been obtained prior to a CSS operation, there may be no opportunity for any judicial control in respect of any minimal intrusions that may occur in relation to the privacy rights of (i) subjects of investigation who do not become

[227] La très grande fiabilité de la technologie relative aux ESB et la mesure dans laquelle elle brime le droit d'une personne au respect de sa vie privée, permet également de faire une distinction entre la présente instance et l'arrêt *Goodwin*, précité, au paragraphe 72, où la Cour a considéré que la non-disponibilité d'un contrôle judiciaire a posteriori dans le cadre d'un alcootest était un facteur très important, « surtout compte tenu des doutes concernant la fiabilité de [l'alcootest], de l'absence d'une étape intermédiaire entre l'analyse effectuée au moyen d'un [alcootest] et la suspension imposée lors d'un contrôle routier et de l'immédiateté des sanctions qui s'ensuivent ».

[228] En l'espèce, je crois que la nature des intérêts de l'État (sécurité nationale) est suffisamment importante pour que l'absence, dans la Loi sur le SCRS, de toute exigence en matière de contrôle judiciaire a posteriori pour chaque collecte d'IMSI et d'IMEI par le SCRS ne rende pas l'article 12 déraisonnable. C'est particulièrement le cas à cause de la nature minimale de l'atteinte, par le SCRS, au droit d'une personne au respect de sa vie privée, du fait que de telles atteintes sont autorisées par la disposition législative (c.-à-d. l'article 12) du fait que l'article 12 prévoit les différentes limites susmentionnées, d'autres mécanismes régulateurs dont je discuterai plus loin, et du fait qu'un mandat de la Cour est requis [\*\*\*] Lorsque le SCRS demande un tel mandat, la Cour a l'occasion d'examiner le caractère raisonnable des motifs qu'a le SCRS de soupçonner que les activités de l'individu peuvent constituer des menaces envers la sécurité du Canada. Avant ce moment, les conséquences potentielles d'une fouille pour cet individu ne sont que très limitées, voire inexistantes.

[229] Je sais que ce contrôle judiciaire a posteriori prévu par la Loi sur le SCRS a lieu uniquement lorsque le SCRS décide de demander des pouvoirs conférés par des mandats contre une cible. Selon [\*\*\*] L'IMSI et l'IMEI recueillies par la suite aident le SCRS à exécuter les mandats contre le bon appareil sans fil. Toutefois, lorsqu'aucun mandat n'a été décerné avant une opération fondée sur des ESB, il peut ne pas y avoir de contrôle judiciaire du caractère envahissant quant aux droits en matière de vie privée i) des cibles qui ne font pas l'objet d'une demande de mandat ou ii) de tiers. Néanmoins,

the subject of requests for warrants, or (ii) third parties. Nevertheless, this is broadly analogous to the situation that exists in the sniffer dog cases discussed above. In those cases, after-the-fact judicial control would only be available if criminal proceedings were instituted against an individual whose person or luggage, etc., had been subjected to a sniffer dog search (*Chehil*, above, at paragraph 53; *A.M.*, above, at paragraph 90; *Kang-Brown*, above, at paragraph 59). Thus, the absence of some form of after-the-fact judicial control in respect of all minimally-invasive searches that may be conducted under a law does not, in and of itself, appear to render that law unreasonable.

*The Presence of Other “Checks and Balances” or Accountability Measures*

[230] In addition to the after-the-fact judicial review that the Act contemplates will occur if CSIS wishes to link IMSI and IMEI numbers that it has captured from an individual’s mobile devices to the specific personal identity of that person, the Act provides for a number of other accountability measures or “checks and balances”.

[231] Specifically, subsection 6(1) stipulates that the Director of CSIS is “under the direction of the Minister” in exercising his control and management of CSIS and all matters connected therewith. Furthermore, subsection 6(2) stipulates that the Minister may issue written directions to the Director. The Attorney General notes that one such direction, entitled “Ministerial Direction for Operations and Accountability”, states that CSIS’s “[o]perational activities must be reasonable and proportional to the threat” and that it “shall seek to minimize intrusions on human rights, including privacy, to the extent possible and in accordance with Canadian law”. Also, subsection 6(4) requires the Director of CSIS to provide an annual report to the Minister with respect to its operational activities during the year. I consider it appropriate to take judicial notice of recent public statements made by the current Minister that indicate that he takes his role under section 6 of the Act very seriously.

[232] In addition, pursuant to subsection 20(2), the Director of CSIS is required to report to the Minister

cette situation est sensiblement analogue à celle des chiens renifleurs susmentionnée. Dans ces affaires, un contrôle judiciaire a posteriori ne serait possible que si des procédures pénales étaient intentées contre un individu dont les bagages ou la personne, notamment, avaient fait l’objet d’une fouille par chien renifleur (*Chehil*, précité, au paragraphe 53; *A.M.*, précité, au paragraphe 90 et *Kang-Brown*, précité, au paragraphe 59). Partant, l’absence d’une certaine forme de contrôle judiciaire a posteriori pour toutes les fouilles minimalement envahissantes pouvant être effectuées en vertu d’une disposition législative ne semble pas, en soi, rendre celle-ci déraisonnable.

*Présence d’autres « mécanismes régulateurs » ou mesures de responsabilisation*

[230] En plus du contrôle judiciaire a posteriori qui, en vertu de la Loi sur le SCRS, doit avoir lieu si le Service désire établir un lien entre l’IMSI et l’IMEI tirées de l’appareil mobile d’un individu à son identité, la Loi sur le SCRS prévoit un certain nombre de mesures de responsabilisation ou « mécanismes régulateurs ».

[231] Plus précisément, le paragraphe 6(1) prévoit que le directeur du SCRS, « [s]ous la direction du ministre », est chargé de la gestion du Service et de tout ce qui s’y rattache. De plus, le paragraphe 6(2) précise que le ministre peut donner par écrit des instructions au directeur. La procureure générale souligne qu’une de ces instructions, qui porte sur les opérations et la responsabilisation, précise que les activités opérationnelles du SCRS doivent être raisonnables et proportionnelles à la menace, et que le Service doit tenter de minimiser les atteintes aux droits de la personne, dont au droit à la vie privée, dans la mesure du possible et conformément au droit canadien. Le paragraphe 6(4) exige également que le directeur du SCRS présente un rapport annuel au ministre concernant les activités opérationnelles ayant eu lieu au cours de l’exercice. Je crois qu’il est approprié de prendre connaissance d’office des déclarations publiques du ministre indiquant qu’il prend très au sérieux le rôle que lui confie l’article 6 de la Loi sur le SCRS.

[232] De plus, en vertu du paragraphe 20(2), « le directeur [du SCRS] fait rapport au ministre des actes qui

where he is of the opinion that an employee may, on a particular occasion, have acted unlawfully in the purported performance of CSIS's duties and functions under the Act. I note in passing that such reports are also required to be provided to the Attorney General (subsection 20(3)).

[233] Moreover, CSIS's activities are subject to review by the Security Intelligence Review Committee (SIRC), which was established pursuant to subsection 34(1) of the Act. The extensive functions of the SIRC are set forth in subsection 38(1), and include generally reviewing the performance by CSIS of its duties and functions. Pursuant to subsection 20(4), a copy of any report prepared by the Director under subsection 20(2) and provided to the Attorney General under subsection 20(3) must also be given to the SIRC, which is then mandated by paragraph 38(1)(a)(iv) to review that report. SIRC is also mandated to submit a certificate to the Minister stating the extent to which it is satisfied with CSIS's annual report and stating whether, in its opinion, any of CSIS's activities described in that report (i) are not authorized by or under the Act or contravene any directions issued by the Minister under subsection 6(2), or (ii) involve an unreasonable or unnecessary exercise by CSIS of any of its powers.

[234] As noted at paragraph 11 of these reasons above, the Court first learned of the existence of CSIS's use of CSS technology when it was provided with a copy of one of SIRC's classified reports. As with SIRC's revelation (in that same report) of CSIS's use of metadata, this appears to have led, at least in part, to CSIS becoming more transparent with this Court about its use of CSS technology. I consider SIRC's oversight of CSIS's activities in respect of metadata and CSS technology to have been essential in this regard.

[235] In my view, the roles and responsibilities of the Minister, SIRC and CSIS's Director described above assist in ensuring that section 12 is a reasonable law for the purposes of assessing whether the minimally invasive searches that it authorizes are reasonable.

peuvent avoir été accomplis selon lui illicitement, dans des cas particuliers, par des employés dans l'exercice censé tel des fonctions conférées au Service en vertu de la présente loi ». Je signale en passant que le paragraphe 20(3) prévoit en outre la présentation de tels rapports à la procureure générale.

[233] De plus, les activités du SCRS font l'objet d'un examen par le CSARS, qui a été constitué en vertu du paragraphe 34(1) de la Loi sur le SCRS. Les vastes fonctions du CSARS sont décrites au paragraphe 38(1). Il est notamment chargé de surveiller la façon dont le SCRS exerce ses fonctions. Conformément au paragraphe 20(4), tout rapport préparé par le directeur au titre du paragraphe 20(2) et présenté à la procureure générale au titre du paragraphe 20(3) doit également être remis au CSARS qui, selon le sous-alinéa 38(1)a)(iv), a pour mandat de l'examiner. Le CSARS est aussi chargé de présenter au ministre un certificat indiquant dans quelle mesure il est satisfait du rapport annuel du SCRS et signalant toute activité du SCRS visée dans le rapport qui, selon lui, i) n'est pas autorisée sous le régime de la Loi sur le SCRS ou contrevient aux instructions données par le ministre en vertu du paragraphe 6(2) ou ii) comporte un exercice abusif ou inutile par le SCRS de ses pouvoirs.

[234] Tel qu'indiqué au paragraphe 11 des présents motifs, la Cour a appris que le SCRS utilisait la technologie relative aux ESB lorsqu'elle a pris connaissance d'un des rapports classifiés du CSARS. Comme pour ce qui est de l'utilisation de métadonnées par le SCRS, révélée dans le même rapport, cela semble avoir poussé le SCRS, du moins en partie, à faire preuve d'une transparence accrue à l'égard de la Cour quant à son utilisation de la technologie relative aux ESB. Je crois qu'à cet égard, la surveillance par le CSARS des activités du SCRS en ce qui a trait aux métadonnées et à la technologie relative aux ESB s'est avérée essentielle.

[235] Selon moi, les rôles et les responsabilités du ministre, du CSARS et du directeur du SCRS, tel qu'ils sont décrits plus haut, permettent de s'assurer que l'article 12 est une disposition législative raisonnable lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère minimalement envahissant des fouilles qu'il autorise.

*Conclusion Regarding the Reasonableness of Section 12*

[236] Based on the foregoing assessment in Part VII.C.2.(b) immediately above, I conclude that section 12 is a reasonable law. In my view, this conclusion is supported by the following:

- i. *Nature and purpose of section 12*: Section 12 gives CSIS a critical, central and arguably essential role in Canada's national security apparatus. Parliament's objective in conferring this role upon CSIS is of predominant importance, relative to the minimal intrusions that are authorized under section 12 (*Chehil*, above, at paragraph 23; *Tse*, above, at paragraph 21). In this context, the "reasonable grounds to suspect" standard, together with the absence of judicial pre-authorization, are justified, particularly where (i) the minimal intrusion on an individual's right to privacy is as narrowly targeted and as highly accurate as CSIS's use of CSS technology, and (ii) CSIS destroys the IMSI and IMEI information incidentally captured from third parties very quickly, without conducting any analysis of that information whatsoever, once it has been confirmed that it does not come from a wireless device owned or operated by a subject of investigation. The limitations contained in section 12, and in the definition of "threat to the security of Canada" that is set forth in section 2 of the Act, ensure that section 12 is neither overbroad nor vague and that the information collected by CSIS is rationally connected to the fulfillment of the mandate that section 12 has conferred upon CSIS.
- ii. *Degree of intrusiveness authorized by section 12*: The limitations described above ensure that CSIS does not have a mandate to engage in intrusive investigations in relation to persons whose activities fall outside of those limitations. For the narrowly circumscribed scope of remaining activities, CSIS may collect, analyze and retain information that ranges from non-intrusive to highly intrusive. However, the provisions in section 21 of the Act

*Conclusion concernant le caractère raisonnable de l'article 12*

[236] Selon l'évaluation effectuée à la partie VII.C.2)b), je conclus que l'article 12 est une disposition législative raisonnable. Selon moi, cette conclusion est étayée de la façon suivante.

- i. *Nature et objet de l'article 12* : L'article 12 confère au SCRS un rôle central, et sans doute essentiel, au sein de l'appareil de sécurité nationale du Canada. L'objectif du législateur au moment de conférer ce rôle au SCRS revêt une importance prédominante et est lié aux atteintes minimales qui sont autorisées en vertu de l'article 12 (*Chehil*, précité, au paragraphe 23 et *Tse*, précité, au paragraphe 21). Dans ce contexte, le critère des « motifs raisonnables de soupçonner » et l'absence d'autorisation judiciaire préalable sont justifiés, surtout lorsque i) l'atteinte minimale aux droits d'une personne en matière de vie privée est étroitement ciblée et très précise, comme l'utilisation que fait le SCRS de la technologie relative aux ESB, et ii) le SCRS détruit très rapidement les IMSI et les IMEI de tiers recueillies fortuitement, sans les avoir analysées, après qu'il a été confirmé qu'elles ne proviennent pas d'un appareil sans fil dont la cible est propriétaire ou qu'elle utilise. Les limites prévues à l'article 12 ainsi que dans la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » figurant à l'article 2 de la Loi sur le SCRS permettent de s'assurer que l'article 12 n'a pas une portée excessive et qu'il n'est pas trop vague, et que les informations recueillies par le SCRS ont un lien rationnel avec le mandat qui lui est confié par l'article 12.
- ii. *Mesure de l'atteinte autorisée par l'article 12* : Les limites susmentionnées permettent de s'assurer que le SCRS n'est pas autorisé à effectuer des enquêtes envahissantes sur des personnes dont les activités sortent de ce cadre. Le SCRS peut recueillir, analyser et conserver des informations obtenues de façon non envahissante ou très envahissante au sujet des quelques activités qui s'inscrivent dans le cadre très étroit qu'établit l'article 12. Toutefois,

pertaining to warrants contemplate that CSIS may not engage in activities that are more than minimally intrusive without a warrant.

- iii. *Extent to which the Act provides for judicial supervision*: The judicial supervision contemplated in the provisions of section 21 of the Act would be triggered as soon as CSIS seeks powers to engage in investigative activities against an individual that are more than minimally-intrusive in nature. Such activities would include obtaining subscriber information in respect of the mobile devices that have been attributed to an individual pursuant to a CSS operation. At that time, the Court would have an opportunity to evaluate, among other things, the reasonableness of the grounds to suspect that the individual's activities may constitute threats to the security of Canada. Such after-the-fact judicial control is broadly analogous to the judicial scrutiny that is triggered in other contexts, and only after criminal proceedings have been initiated against the individual whose privacy rights were intruded upon.
- iv. The Act contemplates a meaningful oversight role for SIRC, which SIRC has provided. In addition, the Act stipulates that the Director of CSIS is "under the direction of the Minister" in exercising his control and management of CSIS and all matters connected therewith. The Director is also subject to a number of reporting obligations to the Minister, including providing an annual report that is tabled in Parliament. Moreover, the Minister has the authority to issue written directions to the Director, and one such direction that has been issued imposes significant constraints on the Director, which extend beyond those that are contained in section 12.

**(iii) Was the Manner in Which the Search was Carried Out Unreasonable?**

[237] The bulk of the evidence adduced in this proceeding regarding the manner in which CSS operations are

les dispositions de l'article 21 de la Loi sur le SCRS concernant les mandats prévoient que le SCRS ne peut pas mener, sans mandat, d'activités plus envahissantes.

- iii. *Mesure dans laquelle la Loi sur le SCRS prévoit une supervision* : Le contrôle judiciaire prévu sous le régime de l'article 21 de la Loi sur le SCRS se déclenche dès que le SCRS tente d'obtenir les pouvoirs nécessaires pour mener, contre une personne, des activités d'enquête plus que minimalement envahissantes, dont l'obtention d'informations sur un abonné auquel des appareils mobiles ont été attribués par suite d'une opération fondée sur des ESB. À ce moment, la Cour a l'occasion d'évaluer, entre autres, le caractère raisonnable des motifs de soupçonner que les activités de cette personne peuvent constituer des menaces envers la sécurité du Canada. Un tel contrôle judiciaire a posteriori est sensiblement analogue à celui qui est déclenché dans d'autres contextes, et seulement après que des poursuites pénales ont été intentées contre la personne dont les droits en matière de vie privée ont été enfreints.
- iv. La Loi sur le SCRS donne au CSARS un rôle important de contrôle qu'il assume. De plus, la Loi sur le SCRS précise que le directeur du SCRS, «[s]ous la direction du ministre», est chargé de la gestion du Service et de tout ce qui s'y rattache. Le directeur a également des obligations en matière de reddition de comptes au ministre, dont la production d'un rapport annuel à l'intention du Parlement. De plus, le ministre a le pouvoir de donner des instructions écrites au directeur, et l'une d'elles impose au directeur des contraintes importantes dont la portée va au-delà de ce qui est prévu à l'article 12.

**iii) La fouille a-t-elle été effectuée de manière abusive?**

[237] L'essentiel de la preuve produite en l'espèce concerne plutôt la façon dont les opérations fondées sur

conducted relates to CSS operations generally, rather than to the specific CSS operation that was conducted in respect of [\*\*\*]

[238] In addition, the IMSI and IMEI information that was captured from third parties at the time of CSIS's CSS operations against [\*\*\*] devices was destroyed before any analysis was performed in respect of that information; and that information was not included in the report that was prepared by CSIS in respect of the CSS operations in question. [\*\*\*] In view of the fact that I am addressing various issues relating to those types of powers in [\*\*\*] which is being released contemporaneously with this decision, I will refrain from commenting upon the issue further here.

[239] With respect to CSIS's CSS operations generally, the evidence adduced in this proceeding is more extensive. In particular, [\*\*\*] testified that CSIS's equipment maintains contact with mobile devices [\*\*\*] Based on the fact that an average telephone call from a mobile device typically takes approximately five to fifteen seconds to go through, and will persist in trying to connect a call for "up to tens of seconds", [\*\*\*] has testified that CSS operations have no discernible adverse impact on the experience of a user of a mobile device. For greater certainty, [\*\*\*] testified that CSIS's CSS equipment does not cause active calls to be dropped.

[240] In addition, CSIS's CSS operations do not impact upon the ability of mobile device users to place a 911 call, because the first legitimate network in any given area that receives such a call will connect it, even if that tower is operated by a TSP with which the mobile user does not have a relationship.

[241] Furthermore, with one exception, the CSS equipment operated by CSIS does not have the ability to intercept the content of any communications, or to obtain any information stored in a mobile device. [\*\*\*] testified that CSIS has a policy of not capturing such content.

des ESB s'effectuent en général que le déroulement de l'opération ayant visé [\*\*\*]

[238] De plus, les IMSI et les IMEI de tiers recueillies lors des opérations fondées sur des ESB menées par le SCRS contre les appareils de [\*\*\*] ont été détruites avant de faire l'objet de la moindre analyse et ne faisaient pas partie du rapport opérationnel préparé par le SCRS. [\*\*\*] Dans la mesure où j'aborde différentes questions relatives à ces pouvoirs dans le dossier [\*\*\*], qui est en voie d'être publié en même temps que la présente décision, je m'abstiendrai de faire d'autres commentaires sur le sujet dans les présents motifs.

[239] La preuve produite en l'espèce a davantage trait aux opérations fondées sur des ESB du SCRS en général. Plus particulièrement, [\*\*\*] a témoigné que le matériel du SCRS permet de garder le contact avec des appareils mobiles [\*\*\*] Puisque l'acheminement d'un appel téléphonique moyen fait à partir d'un appareil mobile prend environ de cinq à quinze secondes et que l'appareil continuera de tenter d'établir le contact pendant plusieurs dizaines de secondes, [\*\*\*] a témoigné que les opérations fondées sur des ESB ne nuisent d'aucune manière perceptible à l'expérience de l'utilisateur d'un appareil mobile. Je précise que [\*\*\*] a soutenu que les ESB du SCRS et le matériel connexe n'interrompent pas un appel actif.

[240] De plus, les opérations du SCRS fondées sur des ESB n'ont pas d'incidence sur la capacité de l'utilisateur de l'appareil mobile de composer le 911, car le premier réseau légitime de toute région qui reçoit un tel appel l'acheminera, même si la tour est exploitée par un autre FST que celui de l'utilisateur.

[241] De plus, à une exception près, les ESB du SCRS et le matériel connexe ne peuvent pas intercepter le contenu d'une communication ou obtenir des informations stockées dans un appareil mobile. [\*\*\*] a témoigné que le SCRS a pour politique de ne pas recueillir un tel contenu.

[242] Finally, [\*\*\*] testified that CSIS deletes the IMSI and IMEI information that it captures from the mobile devices of third parties very quickly, often within [\*\*\*] days, and in any event as soon as an operational report has been written with respect to a particular CSS operation or set of operations. Moreover, once it is concluded that such IMSI and IMEI information does not relate to the mobile devices that are the focus of a CSS operation, [\*\*\*] no analysis whatsoever is conducted in respect of that information.

[243] Having regard to the all of foregoing, I am satisfied that the manner in which CSIS's CSS operations are presently conducted is not unreasonable.

**(iv) Conclusion Regarding the Reasonableness of CSIS's Use of CSS Technology**

[244] For the reasons summarized at the end of Parts VII.C.(2)(b)(i)–(iii) above, I have found that CSIS's use of CSS technology to capture IMSI and IMEI identifiers from the mobile device(s) of a subject of investigation is authorized by section 12 of the Act, that section 12 is a reasonable law, and that the manner in which CSIS currently conducts its CSS operations is not unreasonable. In reaching these findings, I have been mindful of the need to adopt “a purposive approach [...] that emphasizes the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society” (*Spencer*, above, at paragraph 15).

[245] Based on those findings, I conclude that this activity, as currently conducted by CSIS, is not unreasonable. In other words, I concur with SIRC's finding that CSIS does not require a warrant to engage in this activity, provided that it is conducted in the manner described in my reasons above. I note that although the *amici* came to a contrary conclusion, they observed that this activity was “just over the threshold” at which a warrant would be required. They added that the contrary conclusion could also reasonably be reached.

[242] Enfin, selon [\*\*\*] le SCRS élimine très rapidement les IMSI et les IMEI tirées d'appareils mobiles de tiers, souvent dans les [\*\*\*] jours suivant la collecte et, de toute façon, dès qu'un rapport a été rédigé sur l'opération ou l'ensemble d'opérations fondées sur des ESB. De plus, les IMSI et les IMEI pour lesquels il a été établi qu'elles n'ont pas de lien avec les appareils mobiles visés par l'opération fondée sur des ESB, [\*\*\*] ne font l'objet d'aucune analyse.

[243] Compte tenu de tout ce qui précède, je suis convaincu que la façon dont le SCRS mène ses opérations fondées sur des ESB n'est pas abusive.

**(iv) Conclusion concernant le caractère raisonnable de l'utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB**

[244] Pour les motifs résumés aux parties VII.C.2)b)i) à iii), je conclus que l'utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB pour recueillir les IMSI et les IMEI des appareils mobiles d'une cible d'une enquête est autorisée par l'article 12 de la Loi sur le SCRS, que cet article est une disposition législative raisonnable et que la façon dont le SCRS mène actuellement ses opérations fondées sur des ESB n'est pas abusive. En tirant ces conclusions, j'ai tenu compte du besoin d'adopter une « approche téléologique axée principalement sur la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l'épanouissement personnel et à l'autonomie ainsi qu'au maintien d'une société démocratique prospère » (*Spencer*, précité, au paragraphe 15).

[245] M'appuyant sur ces constatations, je conclus au caractère raisonnable de cette activité, de la façon dont le SCRS la mène. En d'autres termes, je suis d'accord avec la constatation du CSARS, selon qui le SCRS n'a pas besoin de mandat pour la mener, pourvu qu'elle le soit de la façon décrite ci-dessus. Je remarque que, même s'ils en sont arrivés à une conclusion contraire, les *amici* ont observé que cette activité se trouvait tout juste au-delà du seuil marquant la nécessité d'un mandat. Ils ont ajouté que la conclusion contraire pouvait raisonnablement être tirée.

[246] This conclusion rests largely on the particular evidence adduced in this proceeding, regarding the manner in which CSIS currently conducts its CSS operations, and regarding the current capabilities of CSIS's CSS equipment. I expect that the measures I have identified in concluding that CSIS's capture of IMSI and IMEI identifiers is minimally intrusive, and therefore lawful, will be scrutinized by both the Minister and by SIRC, in their future consideration of CSIS's use of CSS technology.

### VIII. Conclusion

[247] For the reasons that I have set forth above, CSIS's use of CSS technology to capture IMSI and IMEI identifiers from [\*\*\*] wireless devices, without a warrant, engaged section 8 of the Charter because that activity constituted a "search". This is because it assisted CSIS to build a profile on him, including by helping CSIS to begin to "determine his [\*\*\*] [[\*\*\*] and communications patterns", with the aid of information already available to CSIS. This engaged [\*\*\*] rights under section 8 of the Charter, because it de-anonymized his use of his wireless devices, which are very personal in nature.

[248] However, that activity was not "unreasonable", as contemplated by section 8. Therefore, it was not unlawful.

[249] This is because the "searches" were narrowly targeted, highly accurate and minimally-intrusive, largely due to measures that CSIS implements when conducting its CSS operations. If those measures had not been adopted by CSIS, I may well have reached a different conclusion.

[250] More particularly, the searches were not unreasonable because neither the mobile devices nor their contents, nor anything that might be accessed through the mobile devices, could be accessed in any way by

[246] Cette conclusion repose largement sur les éléments de preuve présentés en l'espèce concernant la façon dont le SCRS mène actuellement ses opérations fondées sur des ESB ainsi que les fonctions actuelles des ESB du SCRS et du matériel connexe. Je m'attends à ce que les mesures que j'ai indiquées en concluant que la collecte d'IMSI et d'IMEI par le SCRS était minimalement envahissante, donc légale, fassent l'objet d'un examen minutieux par le ministre et le CSARS lorsqu'ils étudieront l'utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB.

### VIII. Conclusion

[247] Pour les motifs susmentionnés, l'utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux ESB pour recueillir sans mandat les identificateurs que sont les IMSI et les IMEI des appareils sans fil de [\*\*\*] était visée par l'article 8 de la Charte, car cette activité constituait une fouille. La collecte, par le SCRS, des IMSI et des IMEI des appareils sans fil de [\*\*\*] constituait une fouille, car elle a aidé le SCRS à dresser un profil de [\*\*\*] entre autres en lui permettant éventuellement d'esquisser ses [\*\*\*] et ses habitudes de communication à l'aide des informations dont il dispose déjà. En permettant de contourner l'anonymat de son utilisation de ses appareils mobiles, qui est de nature très personnelle, cette activité a mis en cause les droits de [\*\*\*] garantis par l'article 8 de la Charte.

[248] Toutefois, cette activité n'était pas abusive au sens de l'article 8 et, partant, n'était pas illégale.

[249] La raison en est que ces fouilles étaient étroitement ciblées, très précises et minimalement envahissantes, principalement grâce aux mesures mises en œuvre par le SCRS dans le cadre de ses opérations fondées sur des ESB. Si ces mesures n'avaient pas été adoptées par le SCRS, j'aurais pu en arriver à une conclusion différente.

[250] Toutefois, les fouilles n'étaient pas abusives, car les ESB du SCRS et le matériel connexe ne permettaient en aucune façon d'accéder aux appareils mobiles, à leur contenu ou à ce qu'ils permettaient de consulter. De plus,

CSIS's CSS equipment. Moreover, with the one exception [\*\*\*] that equipment cannot access the content of communications made on mobile devices. CSIS has assured the Court that it does not use its CSS equipment to access such content.

[251] In addition, CSIS's equipment maintains contact with mobile devices [\*\*\*] Based on the fact that an average telephone call from a mobile device typically takes approximately five to fifteen seconds to go through, and will persist in trying to connect a call for "up to tens of seconds", the uncontested evidence is that CSIS's CSS operations have no discernible adverse impact on the experience of a user of a mobile device. Moreover, CSIS's CSS operations do not impact upon the ability of mobile device users to place a 911 call, because the first legitimate network in any given area that receives such a call will connect it, even if that tower is operated by a TSP with which the mobile user does not have a relationship.

[252] Finally, CSIS deletes the IMSI and IMEI information that it captures from the mobile devices of third parties very quickly, often within [\*\*\*] days, and in any event as soon as an operational report has been written with respect to a particular CSS operation or set of operations. Moreover, once it is concluded that such IMSI and IMEI information does not relate to the mobile devices that are the focus of a CSS operation, [\*\*\*] no analysis whatsoever is performed in respect of that information.

[253] In my view, the expeditious destruction of third party IMSI and IMEI information, together with CSIS's policy of performing no further analysis in respect of such information, are essential to ensuring that a CSS operation is reasonable, and is not overbroad (*Chehil*, above, at paragraph 51). These steps are also critical to ensuring that there is a meaningful nexus between the individual(s) whose information is retained and analyzed by CSIS, and the threat to the security of Canada contemplated by section 12.

à une exception près [\*\*\*] ce matériel ne permet pas d'accéder au contenu des communications effectuées au moyen d'appareils mobiles. Le SCRS a assuré la Cour qu'il n'utilise pas ses ESB ni le matériel connexe pour avoir accès à un tel contenu.

[251] De plus, le matériel du SCRS garde le contact avec les appareils mobiles [\*\*\*] Selon des éléments de preuve qui n'ont pas été contestés, un appel téléphonique moyen effectué à partir d'un appareil mobile prend environ de cinq à quinze secondes avant d'être acheminé, et l'appareil continuera de tenter d'établir le contact pendant des dizaines de secondes. Partant, les opérations du SCRS fondées sur des ESB ne nuisent d'aucune manière perceptible à l'expérience de l'utilisateur d'un appareil mobile. De plus, les opérations du SCRS fondées sur des ESB n'ont pas d'incidence sur la capacité de l'utilisateur de l'appareil mobile de composer le 911, car le premier réseau légitime de toute région qui reçoit un tel appel l'acheminera, même si la tour est exploitée par un autre FST que celui de l'utilisateur.

[252] Enfin, le SCRS supprime très rapidement les IMSI et les IMEI tirées d'appareils mobiles de tiers, souvent dans les [\*\*\*] jours suivant la collecte et, de toute façon, dès qu'un rapport a été rédigé sur l'opération ou l'ensemble d'opérations fondées sur des ESB. De plus, les IMSI et les IMEI pour lesquelles il a été établi qu'elles n'ont pas de lien avec les appareils mobiles visés par l'opération fondée sur des ESB, [\*\*\*] ne font l'objet d'aucune analyse.

[253] Selon moi, la destruction rapide des IMSI et des IMEI de tiers et la politique du SCRS visant à n'effectuer aucune autre analyse de ces informations sont, ensemble, des mesures essentielles pour s'assurer qu'une opération fondée sur les ESB est raisonnable et n'a pas une portée excessive (*Chehil*, précité, au paragraphe 51). Ces mesures sont également essentielles pour s'assurer qu'il existe un lien significatif entre la personne dont le SCRS conserve et analyse les informations et la menace envers la sécurité du Canada dont il est question à l'article 12.

[254] The retention of third party IMSI or IMEI information beyond a very short period of time, or the analysis of such information for a purpose other than simply assisting to identify the mobile device(s) of a subject of investigation, is not authorized by section 12. For this purpose, a “very short period of time” would be measured in days or weeks, although I will remain open to being persuaded that there are sound reasons for aligning this period with the [\*\*\*] for the destruction of third party information that is applicable in other contexts, including the retention of certain types of metadata (*X (Re)*, above, at paragraph 253). I expect that this will be the subject of further exchanges with the Attorney General following the release of this decision.

[255] I also consider it to be significant [\*\*\*]

[256] I will simply add three further concluding remarks.

[257] First, CSIS should not be relying on the language of [\*\*\*] or on any other warrant, to conduct any CSS operations whatsoever. Should CSIS wish to obtain a warrant to conduct such operations, it should request explicit language authorizing it to do so.

[258] Second, where CSIS wishes to rely on any information that it has directly or indirectly obtained from a CSS operation, in any future applications that CSIS may make to the Court for warrants, it should ensure that the Court is informed of the following, relative to the evidence that was provided in this proceeding: (i) any changes to the manner in which it conducts CSS operations; (ii) any changes to the capabilities of the equipment that it uses in such operations; and (iii) any changes in the purposes for which such equipment is used.

[259] Finally, I consider that the use of CSS technology to conduct the “bulk” capture of the IMSI or IMEI identifiers associated with the mobile devices of members of the general public would not be authorized by section 12. Given the speculative nature of such an operation, it would therefore not meet the test for a warrantless search (*Kang-Brown*, above, at paragraphs 26 and 75).

[254] L'article 12 n'autorise pas la conservation d'IMSI ou d'IMEI de tiers au-delà d'un très court laps de temps ou leur analyse à des fins autres que la simple reconnaissance de l'appareil mobile d'une cible. À cette fin, un « très court laps de temps » se mesure en jours ou en semaines, bien que je demeure disposé à me laisser convaincre qu'il existe de bonnes raisons pour faire correspondre cette période avec le délai [\*\*\*] qui s'applique à l'élimination des informations sur des tiers en d'autres contextes, dont la conservation de certains types de métadonnées (*X (Re)*, précité, au paragraphe 253). Je prévois que cette question fera l'objet d'autres échanges avec la procureure générale après la publication de la présente décision.

[255] J'accorde aussi de l'importance à [\*\*\*]

[256] J'ajouterai simplement trois autres conclusions.

[257] Premièrement, le SCRS ne doit pas s'appuyer sur le libellé du [\*\*\*] ou de tout autre mandat pour mener une quelconque opération fondée sur des ESB. S'il souhaite obtenir un mandat pour effectuer de telles opérations, le SCRS doit le demander en termes explicites.

[258] Deuxièmement, s'il désire utiliser des informations obtenues directement ou indirectement lors d'une opération fondée sur des ESB, le SCRS doit s'assurer, dans toute prochaine demande de mandat présentée à la Cour, de préciser à celle-ci les informations suivantes, qui ont trait à la preuve fournie en l'espèce : i) toute modification apportée à la façon dont le Service a mené ses opérations fondées sur des ESB, ii) toute modification apportée aux capacités du matériel utilisé dans le cadre de telles opérations et iii) toute modification apportée à l'objectif visé par l'utilisation du matériel.

[259] Troisièmement, je crois que l'article 12 n'autorise pas l'utilisation de la technologie relative aux ESB pour recueillir en « lots » les IMSI et les IMEI des appareils mobiles du public. Compte tenu de la nature hypothétique d'une telle opération, elle ne satisferait pas au critère d'une fouille sans mandat (*Kang-Brown*, précité, aux paragraphes 26 et 75).

## JUDGMENT in [\*\*\*]

THIS COURT'S JUDGMENT is that CSIS's warrantless use of CSS technology to capture the identifying characteristics of [\*\*\*] mobile devices was not unlawful. It did not contravene the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2, the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 or section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. Although CSIS's use of a CSS against [\*\*\*] constituted a "search", the search was not "unreasonable" because it was narrowly targeted, highly accurate and minimally intrusive.

The present judgment and reasons shall, within seven days of receipt, be reviewed jointly by the *amici curiae* and the Attorney General with a view to making a joint recommendation to the Court regarding redactions to the version of the judgment and reasons that will be made public. The Attorney General and the *amici* must be guided by the open Court principle in their consultation and determination. Any contentious issues shall be drawn to my attention or to the attention of another designated judge, if I am unable to exercise my judicial function.

## JUGEMENT relatif au dossier [\*\*\*]

LA COUR STATUE que le SCRS n'a pas agi dans l'illégalité en utilisant, sans mandat, la technologie relative aux ESB pour recueillir les caractéristiques distinctives des appareils mobiles de [\*\*\*] Cela ne contrevenait ni à la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2, ni au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ni 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]. Même si l'utilisation d'un ESB contre [\*\*\*] constituait une fouille, celle-ci n'était pas abusive, car elle était étroitement ciblée, très précise et minimalement envahissante.

Dans les sept jours suivant la date du présent jugement et des motifs qui l'accompagnent, les *amici curiae* et la procureure générale les passeront en revue pour déterminer les parties qui peuvent être rendues publiques. Les *amici curiae* et la procureure générale se consulteront et prendront des décisions en fonction du principe de la publicité des débats judiciaires. Toute question litigieuse doit être soumise à mon attention ou à celle d'un juge désigné, advenant le cas où je ne suis pas en mesure d'exercer ma fonction judiciaire.

## APPENDIX I

## EXHIBIT "C"

## AUTHORITY TO USE RADIO

- 1) In accordance with subparagraph 5(1)(a)(v) of the Radiocommunication Act, this constitutes authorization for the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) in respect of any and all types of specially designed radio apparatus used for the purposes specified in paragraph 2, for which a radio licence, under subparagraph 5(1)(a)(i) of the Radiocommunication Act, is not appropriate.
- 2) This authorization applies to radio apparatus specified in paragraph 1 only when it is being tested, used for training, or used for operations, solely in relation to investigations under sections 12 and 16 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23.
- 3) The radio apparatus specified in paragraph 1, used for the purpose specified in paragraph 2, is not subject to section 4(2) of the Radiocommunication Act which requires radio apparatus have a Departmental technical acceptance certificate.
- 4) The radio apparatus specified in paragraph 1, used for the purpose specified in paragraph 2, is not subject to section 4(3) of the Radiocommunication Act which requires radio apparatus comply with Departmental technical standards.
- 5) This authorization does not obviate the requirement to obtain a radio station licence or authority required for radio apparatus under the Radiocommunication Act for purposes not specified in paragraph 2.
- 6) This authorization does not apply to radio apparatus for which no licence is required, or for which a licence or authority has been obtained under the Radiocommunication Act.
- 7) All radio apparatus covered by this authorization shall not cause harmful interference to other authorized or licensed radio apparatus.
- 8) No protection is afforded to radio apparatus covered by this authorization from the effects of interference.
- 9) This authorization is valid unless withdrawn by the Department of Communications or the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) indicates in writing that it is no longer required.

Original signed by /  
Original signé par  
Perrin Beatty

Perrin Beatty  
Minister of Communications

Dated: SEP - 1 1992

SECRET

SECRET

ANNEXE I

[TRADUCTION]

## PIÈCE « C »

## POUVOIR D'UTILISER LA RADIO

- 1) Aux termes du sous-alinéa 5(1)a)(v) de la *Loi sur la radiocommunication*, la présente constitue une autorisation pour le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) relativement à tous les types d'appareils radio spécialement conçus aux fins indiquées au paragraphe 2, à l'égard desquels une licence radio, délivrée en vertu du sous-alinéa 5(1)a)(i) de la *Loi sur la radiocommunication*, n'est pas indiquée.
- 2) La présente autorisation s'applique aux appareils radio décrits au paragraphe 1 seulement quand ils sont mis à l'essai ou quand ils sont utilisés à des fins de formation ou à des fins d'activités opérationnelles dans le cadre des enquêtes menées en vertu des articles 12 et 16 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, LRC 1985, ch C-23.
- 3) Les appareils radio décrits au paragraphe 1, utilisés aux fins indiquées au paragraphe 2, ne sont pas assujettis au paragraphe 4(2) de la *Loi sur la radiocommunication*, lequel prévoit que les appareils radio nécessitent un certificat d'approbation technique du ministère.
- 4) Les appareils radio décrits au paragraphe 1, utilisés aux fins indiquées au paragraphe 2, ne sont pas assujettis au paragraphe 4(3) de la *Loi sur la radiocommunication*, aux termes duquel les appareils radio doivent être conformes aux normes techniques fixées par le ministère.
- 5) La présente autorisation n'écarte pas l'exigence d'obtenir la licence d'une station de radiocommunication ou l'autorisation exigée en vertu de la *Loi sur la radiocommunication* relativement aux appareils radio utilisés à des fins non prévues au paragraphe 2.
- 6) La présente autorisation ne s'applique pas aux appareils radio à l'égard desquels aucune licence radio n'est exigée, ou à l'égard desquels une licence ou une autorisation a été accordée en vertu de la *Loi sur la radiocommunication*.
- 7) Aucun appareil radio visé par la présente autorisation ne devra causer une interférence nuisible à d'autres appareils radio faisant l'objet d'une autorisation ou d'une licence.
- 8) Aucune protection n'est accordée aux appareils radio visés par la présente autorisation contre les effets d'une interférence.
- 9) La présente autorisation est valide à moins d'être retirée par le ministère des Communications ou à moins que le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) indique par écrit qu'elle n'est plus nécessaire.

Original signed by /  
Original signé par  
Perrin Beatty

Perrin Beatty  
Ministre des Communications

Date : 1<sup>er</sup> sept. 1992

## APPENDIX II

Innovation, Science and  
Economic Development CanadaInnovation, Sciences et  
Développement économique Canada

Our File: 49081700428

MAR 13 2017

Mr. Peter Henschel  
Deputy Commissioner  
Specialized Policing Services  
Royal Canadian Mounted Police  
273 Leikin Drive  
Ottawa, Ontario K1A 0R2

Mr. Henschel,

This letter constitutes an authorization issued under section 5(1)(a)(v) of the *Radiocommunication Act*, for employees of the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) Technical Investigation Services Branch, as well as employees of the RCMP who fall under the direction of that Branch. This authorization applies only to the installation, operation and possession of radio apparatus designed to communicate with mobile devices on commercial mobile networks to obtain data associated with a mobile device or the mobile network that, as per section 492.2 of the *Criminal Code*:

- (a) relates to the telecommunication functions of dialing, routing, addressing or signalling;
- (b) is transmitted to identify, activate or configure a device, including a computer program as defined in subsection 342.1(2) of the *Criminal Code*, in order to establish or maintain access to a telecommunication service for the purpose of enabling a communication, or is generated during the creation, transmission or reception of a communication and identifies or purports to identify the type, direction, date, time, duration, size, origin, destination or termination of the communication; and
- (c) does not reveal the substance, meaning or purpose of the communication.

+2

This authorization is subject to the attached terms and conditions, and expires five years from the day it is signed. In particular, these radio apparatus may be installed, operated or possessed only in accordance with the purposes under section 54 of the *Radiocommunication Regulations*.

Yours Sincerely,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Peter Hill', written in a cursive style.

Peter Hill  
Director General  
Spectrum Management Operations Branch

Attachment

ANNEXE II

[TRADUCTION]

Notre dossier : 49081700428

**LE 13 MARS 2017**

M. Peter Henschel  
Sous-commissaire  
Services de police spécialisés  
Gendarmerie royale du Canada  
273, promenade Leikin  
Ottawa (Ontario) K1A 0R2

M. Henschel,

La présente lettre constitue une autorisation, délivrée en vertu du sous-alinéa 5(1)a)(v) de la *Loi sur la radiocommunication*, pour les employés de la Sous-direction des services d'enquêtes techniques de la Gendarmerie royale du Canada (GRC), ainsi que pour les employés de la GRC qui relèvent de cette sous-direction. Cette autorisation s'applique seulement à l'installation, au fonctionnement et à la possession d'appareils radio conçus pour communiquer avec des appareils mobiles sur les réseaux mobiles commerciaux dans le but d'obtenir les données associées à un appareil mobile ou au réseau mobile qui, conformément à l'article 492.2 du *Code criminel* :

- a) concernent les fonctions de composition, de routage, d'adressage ou de signalisation en matière de télécommunication;
- b) soit sont transmises pour identifier, activer ou configurer un dispositif, notamment un programme d'ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) du Code criminel, en vue d'établir ou de maintenir l'accès à un service de télécommunication afin de rendre possible une communication, soit sont produites durant la création, la transmission ou la réception d'une communication et indiquent, ou sont censées indiquer, le type, la direction, la date, l'heure, la durée, le volume, le point d'envoi, la destination ou le point d'arrivée de la communication;
- c) ne révèlent pas la substance, le sens ou l'objet de la communication.

La présente autorisation est assujettie aux modalités ci-jointes et expire cinq ans après la date à laquelle elle est signée. Plus particulièrement, il est possible d'installer, de faire fonctionner ou de posséder ces appareils radio seulement aux fins indiquées à l'article 54 du *Règlement sur la radiocommunication*.

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.



Peter Hill  
Directeur général  
Direction générale des opérations de la gestion du spectre

Pièce jointe

APPENDIX III

*Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23*

**Definitions**

**2** In this Act,

...

*threats to the security of Canada* means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d). (*menaces envers la sécurité du Canada*)

...

## MANAGEMENT OF SERVICE

**Role of Director**

**6 (1)** The Director, under the direction of the Minister, has the control and management of the Service and all matters connected therewith.

ANNEXE III

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23*

**Définitions**

**2** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

*menaces envers la sécurité du Canada* Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l'espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illécites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d). (*threats to the security of Canada*)

[...]

## GESTION

**Rôle du directeur**

**6 (1)** Sous la direction du ministre, le directeur est chargé de la gestion du Service et de tout ce qui s'y rattache.

**Minister may issue directions**

(2) In providing the direction referred to in subsection (1), the Minister may issue to the Director written directions with respect to the Service and a copy of any such direction shall, forthwith after it is issued, be given to the Review Committee.

**Directions deemed not to be statutory instruments**

(3) Directions issued by the Minister under subsection (2) shall be deemed not to be statutory instruments for the purposes of the *Statutory Instruments Act*.

**Periodic reports by Director**

(4) The Director shall, in relation to every 12-month period or any lesser period that is specified by the Minister, submit to the Minister, at any times that the Minister specifies, reports with respect to the Service's operational activities during that period, and shall cause the Review Committee to be given a copy of each such report.

**Measures to reduce threats to the security of Canada**

(5) The reports shall include, among other things, the following information in respect of the Service's operational activities, during the period for which the report is made, to reduce threats to the security of Canada:

(a) for each of the paragraphs of the definition *threats to the security of Canada* in section 2, a general description of the measures that were taken during the period in respect of the threat within the meaning of that paragraph and the number of those measures;

(b) the number of warrants issued under subsection 21.1(3) during the period and the number of applications for warrants made under subsection 21.1(1) that were refused during the period; and

(c) for each threat to the security of Canada for which warrants have been issued under subsection 21.1(3) before or during the period, a general description of the measures that were taken under the warrants during the period.

...

**DUTIES AND FUNCTIONS OF SERVICE****Collection, analysis and retention**

**12 (1)** The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse

**Instructions du ministre**

(2) Dans l'exercice de son pouvoir de direction visé au paragraphe (1), le ministre peut donner par écrit au directeur des instructions concernant le Service; un exemplaire de celles-ci est transmis au comité de surveillance dès qu'elles sont données.

**Non-application de la Loi sur les textes réglementaires**

(3) Les instructions visées au paragraphe (2) sont réputées ne pas être des textes réglementaires au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*.

**Rapports périodiques**

(4) Pour chaque période de douze mois d'activités opérationnelles du Service ou pour les périodes inférieures à douze mois et aux moments précisés par le ministre, le directeur présente à celui-ci des rapports sur ces activités; il en fait remettre un exemplaire au comité de surveillance.

**Mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada**

(5) Les rapports précisent notamment les éléments d'information ci-après au sujet des activités opérationnelles exercées par le Service durant la période visée pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada :

a) pour chacun des alinéas de la définition de *menaces envers la sécurité du Canada* à l'article 2, une description générale des mesures prises à l'égard des menaces au sens de l'alinéa en cause et le nombre de ces mesures;

b) le nombre de mandats décernés en vertu du paragraphe 21.1(3) et le nombre de demandes de mandat présentées au titre du paragraphe 21.1(1) qui ont été rejetées;

c) pour chacune des menaces envers la sécurité du Canada à l'égard desquelles des mandats ont été décernés en vertu du paragraphe 21.1(3) durant la période ou avant que celle-ci ne débute, une description générale des mesures prises en vertu des mandats en cause.

[...]

**FONCTIONS DU SERVICE****Informations et renseignements**

**12 (1)** Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse

and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

#### No territorial limit

(2) For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.

...

#### Collection of information concerning foreign states and persons

**16 (1)** Subject to this section, the Service may, in relation to the defence of Canada or the conduct of the international affairs of Canada, assist the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs, within Canada, in the collection of information or intelligence relating to the capabilities, intentions or activities of

- (a) any foreign state or group of foreign states; or
- (b) any person other than
  - (i) a Canadian citizen,
  - (ii) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, or
  - (iii) a corporation incorporated by or under an Act of Parliament or of the legislature of a province.

#### Limitation

(2) The assistance provided pursuant to subsection (1) shall not be directed at any person referred to in subparagraph (1)(b)(i), (ii) or (iii).

#### Personal consent of Ministers required

(3) The Service shall not perform its duties and functions under subsection (1) unless it does so

- (a) on the personal request in writing of the Minister of National Defence or the Minister of Foreign Affairs; and
- (b) with the personal consent in writing of the Minister.

...

et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

#### Aucune limite territoriale

(2) Il est entendu que le Service peut exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l'extérieur du Canada.

[...]

#### Assistance

**16 (1)** Sous réserve des autres dispositions du présent article, le Service peut, dans les domaines de la défense et de la conduite des affaires internationales du Canada, prêter son assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères, dans les limites du Canada, à la collecte d'informations ou de renseignements sur les moyens, les intentions ou les activités :

- a) d'un État étranger ou d'un groupe d'États étrangers;
- b) d'une personne qui n'appartient à aucune des catégories suivantes :
  - (i) les citoyens canadiens,
  - (ii) les résidents permanents au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*,
  - (iii) les personnes morales constituées sous le régime d'une loi fédérale ou provinciale.

#### Restriction

(2) L'assistance autorisée au paragraphe (1) est subordonnée au fait qu'elle ne vise pas des personnes mentionnées à l'alinéa (1)b).

#### Consentement personnel des ministres

(3) L'exercice par le Service des fonctions visées au paragraphe (1) est subordonné :

- a) à une demande personnelle écrite du ministre de la Défense nationale ou du ministre des Affaires étrangères;
- b) au consentement personnel écrit du ministre.

[...]

## JUDICIAL CONTROL

**Application for warrant**

**21 (1)** If the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate, within or outside Canada, a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the Minister's approval, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

**Matters to be specified in application for warrant**

**(2)** An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

**(a)** the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

**(b)** that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

**(c)** the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

**(d)** the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

**(e)** the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

**(f)** a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

**Demande de mandat**

**21 (1)** Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête, au Canada ou à l'extérieur du Canada, sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont confiées en vertu de l'article 16.

**Contenu de la demande**

**(2)** La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

**a)** les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

**b)** le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

**c)** les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser ;

**d)** l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

**e)** les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

**f)** si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made under subsection (1) in relation to a person who is identified in the affidavit in accordance with paragraph (d), the date on which each such application was made, the name of the judge to whom it was made and the judge's decision on it.

#### Issuance of warrant

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing; or

(c) to install, maintain or remove any thing.

#### Activities outside Canada

(3.1) Without regard to any other law, including that of any foreign state, a judge may, in a warrant issued under subsection (3), authorize activities outside Canada to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada.

#### Matters to be specified in warrant

(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes antérieures présentées au titre du paragraphe (1) touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

#### Délivrance du mandat

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas (2)a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents ou objets. À cette fin, il peut autoriser aussi, de leur part :

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.

#### Activités à l'extérieur du Canada

(3.1) Sans égard à toute autre règle de droit, notamment le droit de tout État étranger, le juge peut autoriser l'exercice à l'extérieur du Canada des activités autorisées par le mandat décerné, en vertu du paragraphe (3), pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada.

#### Contenu du mandat

(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes :

a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;

(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.

#### Maximum duration of warrant

(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or

(b) one year in any other case.

...

#### SECURITY INTELLIGENCE REVIEW COMMITTEE

##### Security Intelligence Review Committee

**34 (1)** There is hereby established a committee, to be known as the Security Intelligence Review Committee, consisting of a Chairman and not less than two and not more than four other members, all of whom shall be appointed by the Governor in Council from among members of the Queen's Privy Council for Canada who are not members of the Senate or the House of Commons, after consultation by the Prime Minister of Canada with the Leader of the Opposition in the House of Commons and the leader in the House of Commons of each party having at least twelve members in that House.

##### Term of office

(2) Each member of the Review Committee shall be appointed to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years.

b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

#### Durée maximale

(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale :

a) de soixante jours, lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue à l'article 2;

b) d'un an, dans tout autre cas.

[...]

#### COMITÉ DE SURVEILLANCE DES ACTIVITÉS DE RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ

##### Constitution du comité de surveillance

**34 (1)** Est constitué le comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité, composé du président et de deux à quatre autres membres, tous nommés par le gouverneur en conseil parmi les membres du Conseil privé de la Reine pour le Canada qui ne font partie ni du Sénat ni de la Chambre des communes. Cette nomination est précédée de consultations entre le premier ministre du Canada, le chef de l'opposition à la Chambre des communes et le chef de chacun des partis qui y disposent d'au moins douze députés.

##### Durée du mandat

(2) Les membres du comité de surveillance sont nommés à titre inamovible pour une durée maximale de cinq ans.

**Re-appointment**

(3) A member of the Review Committee is eligible to be re-appointed for a term not exceeding five years.

**Expenses**

(4) Each member of the Review Committee is entitled to be paid, for each day that the member performs duties and functions under this Act, such remuneration as is fixed by the Governor in Council and shall be paid reasonable travel and living expenses incurred by the member in the performance of those duties and functions.

...

**Functions of Review Committee**

**38 (1)** The functions of the Review Committee are

(a) to review generally the performance by the Service of its duties and functions and, in connection therewith,

(i) [Repealed, 2012, c. 19, s. 381]

(ii) to review directions issued by the Minister under subsection 6(2),

(iii) to review arrangements entered into by the Service pursuant to subsections 13(2) and (3) and 17(1) and to monitor the provision of information and intelligence pursuant to those arrangements,

(iv) to review any report or comment given to it pursuant to subsection 20(4),

(v) to monitor any request referred to in paragraph 16(3)(a) made to the Service,

(vi) to review the regulations, and

(vii) to compile and analyse statistics on the operational activities of the Service;

(b) to arrange for reviews to be conducted, or to conduct reviews, pursuant to section 40; and

(c) to conduct investigations in relation to

(i) complaints made to the Committee under sections 41 and 42,

(ii) reports made to the Committee pursuant to section 19 of the *Citizenship Act*, and

**Renouvellement**

(3) Le mandat des membres du comité de surveillance est renouvelable pour une durée maximale identique.

**Rémunération et frais**

(4) Les membres du comité de surveillance ont le droit de recevoir, pour chaque jour qu'ils exercent les fonctions qui leur sont conférées en vertu de la présente loi, la rémunération que fixe le gouverneur en conseil et sont indemnisés des frais de déplacement et de séjour entraînés par l'exercice de ces fonctions.

[...]

**Fonctions du comité de surveillance**

**38 (1)** Le comité de surveillance a les fonctions suivantes :

a) surveiller la façon dont le Service exerce ses fonctions et, à cet égard :

(i) [Abrogé, 2012, ch. 19, art. 381]

(ii) examiner les instructions que donne le ministre en vertu du paragraphe 6(2),

(iii) examiner les ententes conclues par le Service en vertu des paragraphes 13(2) et (3) et 17(1), et surveiller les informations ou renseignements qui sont transmis en vertu de celles-ci,

(iv) examiner les rapports et commentaires qui lui sont transmis en conformité avec le paragraphe 20(4),

(v) surveiller les demandes qui sont présentées au Service en vertu de l'alinéa 16(3)a),

(vi) examiner les règlements,

(vii) réunir et analyser des statistiques sur les activités opérationnelles du Service;

b) effectuer ou faire effectuer des recherches en vertu de l'article 40;

c) faire enquête sur :

(i) les plaintes qu'il reçoit en vertu des articles 41 et 42,

(ii) les rapports qui lui sont transmis en vertu de l'article 19 de la Loi sur la citoyenneté,

(iii) matters referred to the Committee pursuant to section 45 of the *Canadian Human Rights Act*.

#### Review of measures

(1.1) In reviewing the performance by the Service of its duties and functions the Review Committee shall, each fiscal year, review at least one aspect of the Service's performance in taking measures to reduce threats to the security of Canada.

#### Review Committee's other functions

(2) As soon as the circumstances permit after receiving a copy of a report referred to in subsection 6(4), the Review Committee shall submit to the Minister a certificate stating the extent to which it is satisfied with the report and whether any of the Service's operational activities described in the report, in its opinion,

(a) is not authorized by or under this Act or contravenes any directions issued by the Minister under subsection 6(2); or

(b) involves an unreasonable or unnecessary exercise by the Service of any of its powers.

#### *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21

#### Actions relating to international affairs and defence

51 (1) Any application under section 41 or 42 relating to personal information that the head of a government institution has refused to disclose by reason of paragraph 19(1)(a) or (b) or section 21, and any application under section 43 in respect of a file contained in a personal information bank designated as an exempt bank under section 18 to contain files all of which consist predominantly of personal information described in section 21, shall be heard and determined by the Chief Justice of the Federal Court or by any other judge of the Court that the Chief Justice may designate to hear the applications.

#### Special rules for hearings

(2) An application referred to in subsection (1) or an appeal brought in respect of such application shall

(a) be heard *in camera*; and

(b) on the request of the head of the government institution concerned, be heard and determined in the

(iii) les affaires qui lui sont transmises en vertu de l'article 45 de la Loi canadienne sur les droits de la personne.

#### Examen des mesures

(1.1) Dans le cadre de la surveillance de la façon dont le Service exerce ses fonctions, le comité de surveillance examine à chaque exercice au moins un aspect de la prise, par le Service, de mesures pour réduire les menaces envers la sécurité du Canada.

#### Autres fonctions du comité de surveillance

(2) Dans les plus brefs délais possible après réception du rapport visé au paragraphe 6(4), le comité de surveillance remet au ministre un certificat indiquant dans quelle mesure le rapport lui paraît acceptable et signalant toute activité opérationnelle du Service visée dans le rapport qui, selon lui :

a) n'est pas autorisée sous le régime de la présente loi ou contrevient aux instructions données par le ministre en vertu du paragraphe 6(2);

b) comporte un exercice abusif ou inutile par le Service de ses pouvoirs.

#### *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21

#### Affaires internationales et défense

51 (1) Les recours visés aux articles 41 ou 42 et portant sur les cas où le refus de donner communication de renseignements personnels est lié aux alinéas 19(1) a) ou b) ou à l'article 21 et sur les cas concernant la présence des dossiers dans chacun desquels dominant des renseignements visés à l'article 21 dans des fichiers inconsultables classés comme tels en vertu de l'article 18 sont exercés devant le juge en chef de la Cour fédérale ou tout autre juge de cette Cour qu'il charge de leur audition.

#### Règles spéciales

(2) Les recours visés au paragraphe (1) font, en premier ressort ou en appel, l'objet d'une audition à *huis clos*; celle-ci a lieu dans la région de la capitale nationale définie à l'annexe de la *Loi sur la capitale nationale* si le responsable de l'institution fédérale concernée le demande.

National Capital Region described in the schedule to the *National Capital Act*.

*Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2

**Minister's powers**

**5 (1)** Subject to any regulations made under section 6, the Minister may, taking into account all matters that the Minister considers relevant for ensuring the orderly establishment or modification of radio stations and the orderly development and efficient operation of radiocommunication in Canada,

(a) issue

(i) radio licences in respect of radio apparatus,

(i.1) spectrum licences in respect of the utilization of specified radio frequencies within a defined geographic area,

(ii) broadcasting certificates in respect of radio apparatus that form part of a broadcasting undertaking,

(iii) radio operator certificates,

(iv) technical acceptance certificates in respect of radio apparatus, interference-causing equipment and radio-sensitive equipment, and

(v) any other authorization relating to radiocommunication that the Minister considers appropriate,

and may fix the terms and conditions of any such licence, certificate or authorization including, in the case of a radio licence and a spectrum licence, terms and conditions as to the services that may be provided by the holder thereof.

...

**Prohibitions**

**9 (1)** No person shall

(a) knowingly send, transmit or cause to be sent or transmitted any false or fraudulent distress signal, message, call or radiogram of any kind;

*Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2

**Pouvoirs ministériels**

**5 (1)** Sous réserve de tout règlement pris en application de l'article 6, le ministre peut, compte tenu des questions qu'il juge pertinentes afin d'assurer la constitution ou les modifications ordonnées de stations de radiocommunication ainsi que le développement ordonné et l'exploitation efficace de la radiocommunication au Canada :

a) délivrer et assortir de conditions :

(i) les licences radio à l'égard d'appareils radio, et notamment prévoir les conditions spécifiques relatives aux services pouvant être fournis par leur titulaire,

(i.1) les licences de spectre à l'égard de l'utilisation de fréquences de radiocommunication définies dans une zone géographique déterminée, et notamment prévoir les conditions spécifiques relatives aux services pouvant être fournis par leur titulaire,

(ii) les certificats de radiodiffusion à l'égard de tels appareils, dans la mesure où ceux-ci font partie d'une entreprise de radiodiffusion,

(iii) les certificats d'opérateur radio,

(iv) les certificats d'approbation technique à l'égard d'appareils radio, de matériel brouilleur ou de matériel radiosensible,

(v) toute autre autorisation relative à la radiocommunication qu'il estime indiquée;

[...]

**Interdictions**

**9 (1)** Il est interdit :

a) d'envoyer, d'émettre ou de faire envoyer ou émettre, sciemment, un signal de détresse ou un message, appel ou radiogramme de quelque nature, faux ou frauduleux;

(b) without lawful excuse, interfere with or obstruct any radiocommunication;

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed;

(d) operate a radio apparatus so as to receive an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed that has been decoded in contravention of paragraph (c); or

(e) retransmit to the public an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed that has been decoded in contravention of paragraph (c).

b) sans excuse légitime, de gêner ou d'entraver la radiocommunication;

c) de décoder, sans l'autorisation de leur distributeur légitime ou en contravention avec celle-ci, un signal d'abonnement ou une alimentation réseau;

d) d'utiliser un appareil radio de façon à recevoir un signal d'abonnement ou une alimentation réseau ainsi décodé;

e) de transmettre au public un signal d'abonnement ou une alimentation réseau ainsi décodé.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

**Definitions**

**183** In this Part,

...

***private communication*** means any oral communication, or any telecommunication, that is made by an originator who is in Canada or is intended by the originator to be received by a person who is in Canada and that is made under circumstances in which it is reasonable for the originator to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator to receive it, and includes any radio-based telephone communication that is treated electronically or otherwise for the purpose of preventing intelligible reception by any person other than the person intended by the originator to receive it; (*communication privée*)

...

**Interception**

**184 (1)** Every one who, by means of any electro-magnetic, acoustic, mechanical or other device, wilfully intercepts a private communication is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years.

**Saving provision**

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who has the consent to intercept, express or implied, of the originator of the private

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

**Définitions**

**183** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

[...]

***communication privée*** Communication orale ou télécommunication dont l'auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s'y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition vise également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d'empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine. (*private communication*)

[...]

**Interception**

**184 (1)** Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans quiconque, au moyen d'un dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre, intercepte volontairement une communication privée.

**Réserve**

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes suivantes :

a) une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son

communication or of the person intended by the originator thereof to receive it;

**(b)** a person who intercepts a private communication in accordance with an authorization or pursuant to section 184.4 or any person who in good faith aids in any way another person who the aiding person believes on reasonable grounds is acting with an authorization or pursuant to section 184.4;

**(c)** a person engaged in providing a telephone, telegraph or other communication service to the public who intercepts a private communication,

**(i)** if the interception is necessary for the purpose of providing the service,

**(ii)** in the course of service observing or random monitoring necessary for the purpose of mechanical or service quality control checks, or

**(iii)** if the interception is necessary to protect the person's rights or property directly related to providing the service;

**(d)** an officer or servant of Her Majesty in right of Canada who engages in radio frequency spectrum management, in respect of a private communication intercepted by that officer or servant for the purpose of identifying, isolating or preventing an unauthorized or interfering use of a frequency or of a transmission; or

**(e)** a person, or any person acting on their behalf, in possession or control of a computer system, as defined in subsection 342.1(2), who intercepts a private communication originating from, directed to or transmitting through that computer system, if the interception is reasonably necessary for

**(i)** managing the quality of service of the computer system as it relates to performance factors such as the responsiveness and capacity of the system as well as the integrity and availability of the system and data, or

**(ii)** protecting the computer system against any act that would be an offence under subsection 342.1(1) or 430(1.1).

auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception;

**b)** une personne qui intercepte une communication privée en conformité avec une autorisation ou en vertu de l'article 184.4, ou une personne qui, de bonne foi, aide de quelque façon une autre personne qu'elle croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, agir en conformité avec une telle autorisation ou en vertu de cet article;

**c)** une personne qui fournit au public un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres et qui intercepte une communication privée dans l'un ou l'autre des cas suivants :

**(i)** cette interception est nécessaire pour la fourniture de ce service,

**(ii)** à l'occasion de la surveillance du service ou d'un contrôle au hasard nécessaire pour les vérifications mécaniques ou la vérification de la qualité du service,

**(iii)** cette interception est nécessaire pour protéger ses droits ou biens directement liés à la fourniture d'un service de communications téléphoniques, télégraphiques ou autres;

**d)** un fonctionnaire ou un préposé de Sa Majesté du chef du Canada chargé de la régulation du spectre des fréquences de radiocommunication, pour une communication privée qu'il a interceptée en vue d'identifier, d'isoler ou d'empêcher l'utilisation non autorisée ou importune d'une fréquence ou d'une transmission;

**e)** une personne – ou toute personne agissant pour son compte – qui, étant en possession ou responsable d'un ordinateur – au sens du paragraphe 342.1(2) –, intercepte des communications privées qui sont destinées à celui-ci, en proviennent ou passent par lui, si l'interception est raisonnablement nécessaire :

**(i)** soit pour la gestion de la qualité du service de l'ordinateur en ce qui concerne les facteurs de qualité tels que la réactivité et la capacité de l'ordinateur ainsi que l'intégrité et la disponibilité de celui-ci et des données,

**(ii)** soit pour la protection de l'ordinateur contre tout acte qui constituerait une infraction aux paragraphes 342.1(1) ou 430(1.1).

**Use or retention**

(3) A private communication intercepted by a person referred to in paragraph (2)(e) can be used or retained only if

(a) it is essential to identify, isolate or prevent harm to the computer system; or

(b) it is to be disclosed in circumstances referred to in subsection 193(2).

...

429 ....

**Colour of right**

(2) No person shall be convicted of an offence under sections 430 to 446 where he proves that he acted with legal justification or excuse and with colour of right.

**Utilisation ou conservation**

(3) La communication privée interceptée par la personne visée à l'alinéa (2)e) ne peut être utilisée ou conservée que si, selon le cas :

a) elle est essentielle pour détecter, isoler ou empêcher des activités dommageables pour l'ordinateur;

b) elle sera divulguée dans un cas visé au paragraphe 193(2).

[...]

429 [...]

**Apparence de droit**

(2) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée aux articles 430 à 446 s'il prouve qu'il a agi avec une justification ou une excuse légale et avec apparence de droit.

TOP SECRET  
CONF-3-17  
2017 FC 1048

TRÈS SECRET  
CONF-3-17  
2017 CF 1048

Docket: [\*\*\*]

Dossier : [\*\*\*]

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

and

et

**In the Matter of [\*\*\*] Threat-Related Activities**

**Affaire intéressant les activités liées à la menace [\*\*\*]**

and

et

Docket: [\*\*\*]

Dossier : [\*\*\*]

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

and

et

**In the Matter of Islamist Terrorism**

**Dans l'affaire visant le terrorisme islamiste**

*INDEXED AS: X (RE)*

*RÉPERTORIÉ : X (RE)*

Federal Court, Crampton C.J.—Ottawa, May 25, 26 and June 23; September 27, 2017.

Cour fédérale, le juge en chef Crampton—Ottawa, 25 et 26 mai, et 23 juin; 27 septembre 2017.

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

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

*Security Intelligence — Applications concerning requests by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) for warrants in relation to its investigation of activities suspected of constituting threats to security of Canada — CSIS requesting ability to obtain basic identifying information (BII) from communications services providers — CSIS seeking to add two additional authorizations to warrants previously issued by Court — At issue was whether Court can authorize CSIS to obtain BII in respect of: (1) communications accounts corresponding to telephone numbers or electronic identifiers that may in the future*

*Renseignement de sécurité — Demandes concernant les demandes de mandats présentées par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) dans le cadre d'enquêtes sur des activités au sujet desquelles il pourrait exister des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada — Le SCRS a demandé l'autorisation d'obtenir des données d'identification de base (DIB) auprès des fournisseurs de services de communication — Le SCRS souhaitait ajouter deux autres autorisations aux mandats décernés par la Cour — Il s'agissait de déterminer si la*

come to its attention in the course of its investigations; (2) communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to certain individuals; (3) a communications account that corresponds to a telephone number or an electronic identifier where a “chief” within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation. — Except in exceptional circumstances (not demonstrated herein), CSIS cannot be prospectively authorized to obtain BII in relation to communications accounts whose nexus with CSIS investigations not yet described, established — Persons responsible for authorizing use of intrusive powers required to consider impact of such intrusion on subject of search — Assessment having to be made of context of each particular situation, impact on individual — Balancing analysis having to be conducted between interests of state, specific individual whose privacy interests at issue — Appropriate balance with respect to first type of authorization sought (i.e. broad authorization) not met herein — CSIS not providing Court with any understanding of specific nexus between information sought, CSIS investigation — Court not having sufficient sense of nexus between identified threat-related activities, individual whose privacy rights would be encroached to be considered “reasonable” within meaning of Charter, s. 8 — Second group of requested amendments granted, although some conditions necessary to address certain issues — As to third issue raised herein, proposed authorizations impermissibly delegating to a “chief” within CSIS a function having to be performed by designated Federal Court judge — Only designated judge can make determination of whether grounds that must be established before specific individual’s privacy interests can be intruded upon met — Application in [\*\*\*] dismissed; application in [\*\*\*] dismissed in part.

These were applications concerning requests by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) for warrants in relation to its investigation of two separate groups of activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada.

The applications pertained to CSIS’s ability to obtain basic identifying information (BII) from communications services providers (CSPs). BII, consisting of the name and address of a subscriber, would be obtained in respect of communications

Cour peut autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à 1) des comptes de communication correspondant à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui pourront éventuellement attirer son attention lors de ses enquêtes; 2) des comptes de communications qu’il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à certaines personnes; et 3) un compte de communications correspondant à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu’un « chef » au sein du SCRS détermine que ce compte a été découvert lors d’une enquête et que les DIB faciliteraient cette enquête — Sauf en des circonstances exceptionnelles (dont l’existence n’a pas été démontrée en l’espèce), le SCRS ne peut être autorisé, de manière prospective, à obtenir les DIB liées à des comptes de communication s’il n’a pas encore décrit et établi de lien précis entre les DIB et les enquêtes en question — Les personnes chargées d’autoriser le recours à des pouvoirs envahissants doivent tenir compte des répercussions de l’intrusion sur l’objet de la fouille — Il est nécessaire d’évaluer le contexte de chaque situation et son incidence sur la personne — Il y a lieu d’atteindre un équilibre entre les intérêts de l’État et ceux de la personne dont le droit au respect de sa vie privée est en jeu — Le juste équilibre n’a pas été atteint en ce qui concerne les modifications du premier type (à savoir la vaste autorisation) — Le SCRS n’a fourni à la Cour aucune explication lui permettant de comprendre le lien précis entre l’information recherchée et ses enquêtes — Cela n’a pas permis à la Cour d’assez bien constater le lien entre les activités liées à la menace et la personne dont les droits en matière de vie privée seraient enfreints pour qu’elle considère le libellé du mandat « non abusif » au sens de l’art. 8 de la Charte — La deuxième catégorie d’amendements demandés a été accordée, mais il s’est avéré nécessaire d’imposer des conditions pour répondre à certaines préoccupations — En ce qui concerne la troisième question soulevée dans les demandes, les autorisations proposées auraient pour effet de déléguer de façon inacceptable au titulaire d’un poste de « chef » au SCRS une fonction qui relève exclusivement d’un juge désigné de la Cour fédérale — Seul un juge désigné peut déterminer si les motifs qui doivent être établis avant qu’il soit possible d’enfreindre le droit d’une personne au respect de sa vie privée l’ont bel et bien été — Demande dans le dossier [\*\*\*] rejetée; demande dans le dossier [\*\*\*] rejetée en partie.

Il s’agissait de demandes concernant les demandes de mandats présentées par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) dans le cadre d’enquêtes sur deux ensembles distincts d’activités au sujet desquelles il pourrait exister des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada.

Les demandes se rapportaient à la capacité du SCRS d’obtenir des données d’identification de base (DIB) auprès des fournisseurs de services de communication (FSC). Les DIB, qui comprennent le nom et l’adresse de l’abonné, seraient

accounts of individuals whose telephone number or other electronic identifiers may come to CSIS's attention in the course of its investigations. In the absence of judicial pre-authorization, CSIS cannot obtain BII without contravening a person's right to be secure against unreasonable search or seizure, pursuant to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court advised CSIS in *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*X (Re)*) that broad authorizations of the type being sought in the present proceedings would no longer be granted until they were the subject of further exchanges between the Court and CSIS. Given the position taken by the Court in *X (Re)* with respect to broad authorizations to obtain access to subscriber data, CSIS's application in [\*\*\*] was separated into two phases. The first phase focused on warrant powers that CSIS sought in respect of individuals who are subjects of its investigation into the threat to the security of Canada. The Court issued the warrants that were sought at that time. The second phase concerned two additional authorizations that CSIS sought to add to three of the warrants that the Court issued in the initial phase. The first of those authorizations was very broad and would enable CSIS to obtain BII in respect of any communications account corresponding to any telephone number or electronic identifier that CSIS may identify during its investigation into Islamist terrorism, where a chief within CSIS determines that BII will assist CSIS to advance its investigation. The second type of authorization was narrower, and would enable CSIS to obtain BII in respect of communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to named individuals.

At issue was whether the Court can authorize CSIS to obtain BII in respect of: (1) communications accounts corresponding to telephone numbers or electronic identifiers that may in the future come to its attention in the course of its investigations; (2) communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to certain individuals; and (3) a communications account that corresponds to a telephone number or an electronic identifier where a "chief" within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation.

*Held*, the application in [\*\*\*] should be dismissed; the application in [\*\*\*] should be dismissed in part.

The broad authorization that CSIS sought in the first type of proposed amendments to three of the warrants that were issued in the first phase could not be provided. Privacy interests are held by individuals and corporations. The words "the

liées à des comptes de communications de personnes dont le numéro de téléphone ou d'autres identificateurs électroniques pourraient éventuellement attirer l'attention du SCRS lors de ses enquêtes. En l'absence d'une autorisation judiciaire préalable, le SCRS ne peut pas obtenir les DIB sans enfreindre le droit d'une personne d'être protégée contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans la décision *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*X (Re)*), la Cour a avisé le SCRS qu'elle n'accorderait plus d'autorisations du type vaste demandé en l'espèce avant qu'elles ne fassent l'objet d'autres échanges entre la Cour et le SCRS. Compte tenu de la décision de la Cour dans *X (Re)* en ce qui a trait aux vastes autorisations d'obtenir des données sur l'abonné, la demande du SCRS dans le dossier [\*\*\*] a été divisée en deux étapes. La première portait sur les mandats que demandait le SCRS contre des personnes faisant l'objet de son enquête sur la menace qui pesait sur la sécurité du Canada. La Cour a décerné les mandats demandés. La deuxième étape de l'instance portait sur deux autres autorisations que le SCRS voulait ajouter à trois des mandats décernés par la Cour lors de l'étape initiale. La première de ces autorisations était très générale et permettrait au SCRS d'obtenir des DIB concernant tout compte de communication correspondant à tout numéro de téléphone ou identificateur électronique que le SCRS pourrait découvrir dans le cadre de son enquête sur le terrorisme islamiste, lorsqu'un chef au SCRS détermine que ces DIB permettraient au SCRS de faire progresser son enquête. L'autorisation du second type avait une portée plus circonscrite et elle autoriserait le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communications qu'il a découvert en examinant des informations clairement définies ayant trait à des personnes identifiées par leur nom.

Il s'agissait de déterminer si la Cour peut autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à 1) des comptes de communication correspondant à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui pourront éventuellement attirer son attention lors de ses enquêtes; 2) des comptes de communications qu'il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à certaines personnes; et 3) un compte de communications correspondant à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu'un «chef» au sein du SCRS détermine que ce compte a été découvert lors d'une enquête et que les DIB faciliteraient cette enquête.

*Jugement* : la demande dans le dossier [\*\*\*] doit être rejetée; la demande dans le dossier [\*\*\*] doit être rejetée en partie.

La vaste autorisation demandée par le SCRS dans la première catégorie de modifications qu'il souhaite faire apporter à trois des mandats décernés à la première étape de l'instance ne pouvait être accordée. Le droit au respect de la vie privée est

identity of the person, if known” in paragraph 21(2)(d) of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (Act) reflects the practical reality that CSIS may not know, at the time it applies for a warrant, the identity of an ascertainable person whose communication is proposed to be intercepted, or who has possession of the information, record, document or other thing proposed to be obtained under the warrant, as contemplated by that provision. Except in exceptional circumstances that were not demonstrated to exist in this case, CSIS cannot be prospectively authorized to obtain BII in relation to communications accounts that may in the future come to its attention in the course of its investigations, where CSIS has not yet described and established their specific nexus with those investigations. This is because persons who are responsible for authorizing the use of intrusive powers are required to consider the impact of such intrusion on the specific “subject of the search”. In other words, an assessment must be made of the context of each “particular situation”, and its impact on “the individual”. A balancing analysis must be conducted between the interests of the state and the interests of the specific individual whose privacy interests are at issue. Where a “class of persons” whose privacy interests may be encroached upon can be described in a manner that enables the Court to clearly understand the nexus between those persons and the threat-related activities that are the focus of a CSIS investigation, the balancing analysis can comfortably be conducted in respect of those persons. This is contemplated by the references to “class of persons” in paragraphs 21(2)(e) and 21(4)(c) of the Act. The need to consider the interests of the specific individual or class of individuals whose privacy interests are engaged is reinforced by three additional requirements: (1) the requirement to assess the individual’s subjective expectation of privacy, (2) the requirement that CSIS’s powers to investigate activities that pose threats to the security of Canada must be “strictly controlled”, and (3) the requirement to consider “the totality of the circumstances”. The last requirement implies that the interests of the specific person(s) whose privacy interests are at stake must be taken into account. It is difficult to imagine how the totality of the circumstances would not involve an assessment of the privacy interests of the very individual whose interests would be engaged if CSIS were to obtain BII from a CSP. It is not necessary for warrants that authorize CSIS to obtain BII to associate the communications accounts in question with named individuals. CSIS may know sufficient information about the individual to provide the Court with reasonable grounds to believe that obtaining the BII of a particular communications accounts is required to advance its investigation. It will remain open to CSIS, when it does not have the telephone number or other identifier at the time of a warrant application for authorization to obtain BII, to describe the telephone number or identifier in a way that enables the Court to satisfy itself of the matters referred to in paragraphs 21(2)(a) and (b) of the Act. With respect to the reasonable grounds to believe referred to

l’apanage des personnes et des personnes morales. Le segment «l’identité de la personne, si elle est connue» à l’alinéa 21(2)d) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi) reflète le fait qu’en pratique, lorsqu’il présente une demande de mandat, le SCRS peut ne pas connaître l’identité de la personne vérifiable dont il propose d’intercepter les communications ou qui détient des informations, des documents ou des objets qu’il entend obtenir, comme le précise cette disposition. Sauf en des circonstances exceptionnelles dont l’existence n’a pas été démontrée en l’espèce, le SCRS ne peut être autorisé, de manière prospective, à obtenir les DIB liées à des comptes de communication qui pourraient attirer son attention dans le cadre d’enquêtes, s’il n’a pas encore décrit et établi de lien précis entre les DIB et les enquêtes en question. En effet, les personnes chargées d’autoriser le recours à des pouvoirs envahissants doivent tenir compte des répercussions de l’intrusion sur l’«objet de la fouille». Autrement dit, il est nécessaire d’évaluer le contexte de chaque situation et son incidence sur «la personne». Il y a lieu d’atteindre un équilibre entre les intérêts de l’État et ceux de la personne même dont le droit au respect de sa vie privée est en jeu. Cet exercice de pondération peut se faire aisément lorsqu’il s’agit d’une «catégorie de personnes», dont le droit au respect de la vie privée peut être enfreint, et dont il est possible de décrire de manière à ce que la Cour comprenne très bien le lien qui peut être établi entre elles et les activités liées à la menace qui font l’objet d’une enquête du SCRS. C’est ce qui est visé par l’expression «catégorie de personnes» aux alinéas 21(2)e) et 21(4)c) de la Loi. Trois autres exigences renforcent la nécessité de tenir compte des intérêts des personnes ou des catégories de personnes dont le droit au respect de la vie privée est en jeu : 1) il est nécessaire d’évaluer l’attente subjective de la personne en matière de vie privée; 2) il est nécessaire d’assujettir à des «contrôles sévères» les pouvoirs dont jouit le SCRS pour enquêter sur des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada; 3) il est nécessaire de prendre en considération «l’ensemble des circonstances». Cela signifie qu’il faut tenir compte des intérêts de la personne ou des personnes en particulier dont le droit au respect de la vie privée est en jeu. Il est difficile d’imaginer comment l’ensemble des circonstances n’inclurait pas une évaluation du droit au respect de la vie privée de la personne ou des personnes elles-mêmes dont les intérêts seraient touchés si le SCRS obtenait des DIB auprès d’un FSC. Il n’est pas nécessaire que les mandats autorisant le SCRS à obtenir des DIB établissent un lien entre les comptes en question et des personnes nommées. Le SCRS peut disposer d’assez d’informations sur elles pour fournir à la Cour des motifs raisonnables de croire qu’il lui faut obtenir les DIB liées à un compte pour faire progresser son enquête. Lorsqu’il ne dispose pas du numéro de téléphone ou d’un autre identificateur au moment de demander un mandat l’autorisant à obtenir des DIB, le SCRS a toujours la possibilité de le décrire d’une manière qui permet à la Cour d’être convaincue de la présence

in paragraph 21(2)(a), it may suffice to provide the Court with an understanding of the nexus between CSIS's investigation and the specific individual whose privacy interests would be intruded upon. For example, it may suffice to describe a telephone number in terms of a future communication by a subject of investigation. This would meet the requirements of both section 21 of the Act and section 8 of the Charter, and would strike an appropriate balance between the public interest in affording CSIS with a reasonable degree of flexibility to fulfill its statutory mandate, and the privacy interests of yet-to-be identified individuals whose BII would be obtained under a warrant.

It was apparent that the appropriate balance was not met with the first type of amendments, i.e. the broad authorization, that were proposed to three of the warrants. CSIS did not provide the Court with any understanding whatsoever of the specific nexus between (i) the as-yet-to be discovered telephone numbers and electronic identifiers in respect of which BII would be sought, and (ii) CSIS's investigations. The loosely defined "nexus" was simply too broad and nebulous. The Court could not be satisfied that such BII information was required to enable CSIS to investigate the threat to the security of Canada posed by Islamist terrorism, as contemplated by paragraph 21(2)(a) of the Act. The language of the proposed warrant did not enable the Court to know with which of the identified groups a communications account would be associated. This did not permit the Court to have a sufficient sense of the nexus between the identified threat-related activities of Islamist terrorism and the individual whose privacy rights would be encroached upon to be considered "reasonable" within the meaning of section 8 of the Charter.

The second group of requested amendments to three of the warrants to enable CSIS to obtain BII in respect of communications accounts of third parties that may be identified pursuant to its review of the information of the identified individuals was granted. There was concern, however, of the potentially large number of third parties whose BII may be obtained by CSIS. Some conditions would be necessary to address these issues.

As to the third issue raised in the applications, the proposed authorizations would impermissibly delegate to a person holding the position of "chief" within CSIS a function that must be performed by a designated judge of the Court. Persons holding the position of "chief" within CSIS would, in essence, make the determination of whether the grounds that must be established before a specific individual's privacy interests can be intruded upon, have been met. Only a designated judge can make such determinations. An authorization for CSIS to engage in what amounts to a search that is more than minimally invasive must be given by an entirely neutral and impartial

des éléments prévus aux alinéas 21(2)a) et b) de la Loi. En ce qui a trait aux motifs raisonnables de croire dont il est question à l'alinéa 21(2)a), il pourrait être suffisant d'expliquer à la Cour le lien qui unit l'enquête du SCRS et la ou les personnes dont le droit au respect de la vie privée sera enfreint. À titre d'exemple, il peut suffire de mentionner qu'un numéro de téléphone pourrait être utilisé par une cible. Cela satisferait aux exigences de l'article 21 de la Loi et de l'article 8 de la Charte, et ferait état d'un juste équilibre entre l'intérêt public, car le SCRS s'y verrait accorder un degré de souplesse raisonnable dans l'exécution de son mandat, et le droit au respect de la vie privée des personnes toujours non-identifiées dont le Service obtiendrait les DIB en vertu d'un mandat.

Il était apparent que le juste équilibre n'avait pas été atteint en ce qui concerne les modifications du premier type — à savoir la vaste autorisation — proposées à trois des mandats décernés dans le dossier. Le SCRS n'a fourni à la Cour aucune explication lui permettant de comprendre le lien précis entre i) les numéros de téléphones et identificateurs électroniques qu'il pourrait découvrir, pour lesquels il demanderait d'obtenir les DIB, et ii) ses enquêtes. Le «lien», vaguement défini, avait tout simplement une portée excessive et manquait de clarté. La Cour n'a pu être convaincue que le SCRS avait besoin de ces DIB pour enquêter sur la menace que le terrorisme islamiste fait peser sur la sécurité du Canada, conformément à l'alinéa 21(2) a) de la Loi. Le libellé du mandat proposé n'a pas permis à la Cour de savoir auxquels de ces groupes un compte de communications serait associé. Cela n'a pas permis à la Cour d'assez bien constater le lien entre les activités liées à la menace que constitue le terrorisme islamiste et la personne dont les droits en matière de vie privée seraient enfreints pour qu'elle le considère «non abusif» au sens de l'article 8 de la Charte.

La deuxième catégorie d'amendements demandés à trois des mandats décernés de façon à permettre au SCRS d'obtenir les DIB ayant trait à tout compte de tiers pouvant être identifié à la suite de son examen de l'information des personnes identifiées a été accordée. Le nombre potentiellement élevé de tierces parties dont les DIB pourraient être obtenues par le SCRS suscitait cependant des préoccupations. Il s'avérerait nécessaire d'imposer des conditions pour répondre à ces préoccupations.

En ce qui concerne la troisième question soulevée dans les demandes, les autorisations proposées auraient pour effet de déléguer de façon inacceptable au titulaire d'un poste de «chef» au SCRS une fonction qui relève exclusivement d'un juge désigné de la Cour. Essentiellement, le titulaire d'un poste de «chef» au SCRS déterminerait si les motifs qui doivent être établis avant qu'il soit possible d'enfreindre le droit d'une personne au respect de sa vie privée l'ont bel et bien été. Seul un juge désigné peut ainsi trancher ces questions. Pour mener une activité assimilable à une fouille ou à une perquisition plus que minimalement envahissante, le SCRS doit en recevoir

arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual. An individual holding the position of chief within CSIS is not capable of acting judicially in this regard. All of the foregoing was rendered even more troublesome by (i) the very broad definition of Islamist terrorism that CSIS has adopted, (ii) the fact that CSIS would indefinitely retain all of the BII that it seeks to obtain under the requested authorizations, and (iii) that there would be no limit on CSIS's ability to share that information with foreign intelligence agencies.

l'autorisation par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d'exercer des fonctions judiciaires en établissant un équilibre entre les intérêts de l'État et ceux de la personne. Le titulaire d'un poste de chef au SCRS n'est pas en mesure d'exercer des fonctions judiciaires à cet égard. Ce qui précède était encore plus problématique en raison i) de la définition très vaste de terrorisme islamiste que le SCRS a adoptée, ii) du fait que le SCRS pourrait conserver indéfiniment toutes les DIB obtenues au titre des autorisations demandées et iii) du fait que le SCRS pourrait, sans aucune limite, communiquer ces informations à des services de renseignement étrangers.

## 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], s. 8.  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 "threats to the security of Canada", 12, 21.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.

## CASES CITED

## APPLIED:

*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 55 A.R. 291.

## CONSIDERED:

*X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, (1990), 73 D.L.R. (4th) 596.

## REFERRED TO:

*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, (1993), 99 D.L.R. (4th) 350; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107, (1987), 28 Admin. L.R. 92 (C.A.); *R. v. Poirier*, 2016 ONCA 582 (CanLII), [2016] O.J. No. 3873 (QL); *R. v. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641, 116 C.C.C. (3d) 376 (C.A.); *R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3; *Canadian Security Intelligence Act (Re)*, [1998] 1 F.C. 420, (1997), 10 C.R. (5th) 273 (T.D.); *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, (1985), 22 D.L.R. (4th) 725; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, (1992), 88 D.L.R. (4th) 110.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « menaces envers la sécurité du Canada », 12, 21.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.); *R. v. Poirier*, 2016 ONCA 582 (CanLII), [2016] O.J. n° 3873 (QL); *R. v. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641, 116 C.C.C. (3d) 376 (C.A.); *R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3; *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, [1998] 1 C.F. 420 (1<sup>re</sup> inst.); *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259.

## AUTHORS CITED

Canada. Senate. Report of the Special Senate Committee on the Canadian Security Intelligence Service. *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, November 3, 1983.

APPLICATIONS concerning requests by the Canadian Security Intelligence Service for warrants in relation to its investigation of two separate groups of activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada. Application in [\*\*\*] dismissed; application in [\*\*\*] dismissed in part.

## APPEARANCES

*Karla Unger, Gordon Kirk and Nathalie Benoit* for Department of Justice, National Security Litigation and Advisory Group.  
*Gordon Cameron and Owen Rees* as *amici curiae*.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for Department of Justice, National Security Litigation and Advisory Group.

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

Crampton C.J.:

## Table of Contents

Section	Paragraph
I. Introduction .....	1–16
II. Background .....	17–30
III. The BII Authorizations Requested by CSIS .....	31–41
IV. Issues .....	42–47
V. Analysis .....	48–102
A. Applicable legal principles .....	48–54

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Sénat. Rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité. *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 3 novembre 1983.

DEMANDES concernant les demandes de mandats présentées par le Service canadien du renseignement de sécurité dans le cadre d'enquêtes sur deux ensembles distincts d'activités au sujet desquelles il pourrait exister des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Demande dans le dossier [\*\*\*] rejetée; demande dans le dossier [\*\*\*] rejetée en partie.

## ONT COMPARU :

*Karla Unger, Gordon Kirk et Nathalie Benoit* pour le ministère de la Justice, Groupe litiges et conseils en sécurité nationale.  
*Gordon Cameron et Owen Rees* à titre d'*amici curiae*.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le ministère de la Justice, Groupe litiges et conseils en sécurité nationale.

*Voici les motifs publics du jugement et le jugement rendus en français par*

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

## Table des Matières

Section	Paragraph
I. Introduction .....	1–16
II. Contexte .....	17–30
III. Autorisations d'obtenir des DIB demandées par le SCRS .....	31–41
IV. Questions .....	42–47
V. Analyse .....	48–102
A. Principes juridiques applicables .....	48–54

B. Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts corresponding to telephone numbers or electronic identifiers that may in the future come to its attention in the course of its investigations, where CSIS has not described and established their specific nexus to those investigations?..... 55–78

(1) General ..... 55–69

(2) The BII Warrant and the first type of proposed amendments to the warrants issued in [\*\*\*] ..... 70–78

C. Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to [\*\*\*] named individuals and [\*\*\*] additional individuals who have been identified by reference to [\*\*\*] ..... 79–87

D. Can the Court authorize an employee of CSIS to obtain BII of a communications account that corresponds to a telephone number or an electronic identifier, where a “chief” within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation? ..... 88–102

VI. Conclusion ..... 103–111

APPENDIX I ..... p. 249

I. Introduction

[1] These applications concern requests by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) for warrants in relation to its investigation of two separate groups of activities that I am satisfied may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada. CSIS has defined the first group in terms of “Islamist terrorism”. Those activities are the focus of the application in Court file [\*\*\*] The second group consists of certain activities engaged in by [\*\*\*]

B. La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communication correspondant à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui pourront éventuellement attirer son attention lors de ses enquêtes, lorsque le SCRS n’a ni décrit ni établi leur lien précis avec ces enquêtes?..... 55–78

1) Généralités ..... 55–69

2) Mandat sur les DIB et modifications du premier type proposées aux mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] ..... 70–78

C. La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communications qu’il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à [\*\*\*] personnes identifiées par leur nom et à [\*\*\*] autres personnes ciblées [\*\*\*] ..... 79–87

D. La Cour peut-elle autoriser un employé du SCRS à obtenir les DIB liées à un compte de communications correspondant à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu’un « chef » au sein du SCRS détermine que ce compte a été découvert lors d’une enquête et que les DIB faciliteraient cette enquête?..... 88–102

VI. Conclusion ..... 103–111

ANNEXE I ..... p. 249

I. Introduction

[1] Les demandes de mandats dont il est question en l’espèce ont été présentées par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) dans le cadre d’enquêtes sur deux ensembles distincts d’activités au sujet desquels je suis convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu’elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Le SCRS a attribué au premier ensemble le générique « terrorisme islamiste ». Ces activités font l’objet de la demande au

Those activities are described in materials filed by CSIS in Court file [\*\*\*]

dossier de la Cour [\*\*\*] Le deuxième ensemble comprend certaines activités menées par [\*\*\*] Ces activités sont décrites dans les documents déposés par le SCRS au dossier de la Cour [\*\*\*]

[2] The applications raise three issues pertaining to CSIS's request to be able to obtain basic identifying information (BII) from communications services providers (CSPs). That information would be obtained in respect of communications accounts of individuals whose telephone number, [\*\*\*] or other electronic identifiers may in the future come to CSIS's attention in the course of its investigations of the activities described above. BII consists of the name and address of a subscriber to a communications account, [\*\*\*] [The information relating to IP addresses in certain circumstances] \*\*\*]

[2] Ces demandes soulèvent trois questions relatives à l'autorisation demandée par le SCRS d'obtenir, auprès des fournisseurs de services de communication (FSC), des données d'identification de base (DIB) liées à des comptes de communications de personnes dont le numéro de téléphone, [\*\*\*] ou d'autres identificateurs électroniques peuvent éventuellement attirer l'attention du SCRS lors de ses enquêtes sur les activités décrites plus haut. Les DIB comprennent le nom et l'adresse de l'abonné à un compte de communications, [\*\*\*] [Ainsi que l'information concernant les adresses IP dans certaines circonstances]\*\*\*]

[3] The Attorney General concedes that in the absence of judicial pre-authorization, CSIS cannot obtain BII in respect of a person's communications account without contravening that person's right to be secure against unreasonable search or seizure, pursuant to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter).

[3] La procureure générale admet qu'en l'absence d'une autorisation judiciaire préalable, le SCRS ne peut pas obtenir les DIB liées au compte de communication d'une personne sans enfreindre son droit d'être protégée contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par 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).

[4] Accordingly, the focus of these applications has been upon a broad BII authorization that CSIS is seeking in each of [\*\*\*] and [\*\*\*], a narrower BII authorization that it is seeking in [\*\*\*] alone, and a delegation issue that exists with respect to the first of those two authorizations. More specifically, the three issues raised by these applications are as follows:

[4] En bref, le point central de ces demandes consiste en une autorité générique pour les DIB que le SCRS voudrait obtenir pour chacun des dossiers [\*\*\*] et [\*\*\*] puis une demande plus ciblée pour une autorisation au dossier [\*\*\*] seulement et finalement une question de délégation pour la première de ces deux autorités. Plus précisément, voici les trois questions soulevées en l'espèce.

- i. Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts corresponding to telephone numbers or electronic identifiers that *may in the future* come to its attention in the course of its investigations, where CSIS has not described and established their specific nexus to those investigations? (This is a common issue in both applications.)

- i. La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communication correspondant à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui pourront éventuellement attirer son attention lors de ses enquêtes, lorsque le SCRS n'a ni décrit ni établi leur lien précis avec ces enquêtes? (Cette question est commune aux deux dossiers).

- |  |  |
|--|--|
| <p>ii. Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to [***] named individuals and [***] additional individuals who have been identified by [***] (This issue arises only in [***])</p> <p>iii. Can the Court authorize an employee of CSIS to obtain BII in respect of a communications account that corresponds to a telephone number or an electronic identifier, where a “chief” within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation? (This is a common issue in both applications.)</p> | <p>ii. La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communications qu’il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à [***] personnes identifiées par leur nom et à [***] autres personnes ciblées en fonction [***] (Cette question n’est pertinente qu’au dossier [***])</p> <p>iii. La Cour peut-elle autoriser un employé du SCRS à obtenir les DIB liées à un compte de communications correspondant à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu’un « chef » au sein du SCRS détermine que ce compte a été découvert lors d’une enquête et que les DIB permettraient de faire progresser cette enquête? (Cette question est commune aux deux dossiers.)</p> |
|--|--|

[5] In my view, the Court cannot provide the first of the requested authorizations described above. It does not meet the basic requirements for authorizing intrusive activity by the state.

[5] À mon avis, la Cour ne peut pas accorder la première des autorisations susmentionnées, car elle ne satisfait pas aux exigences de base nécessaires pour autoriser l’État à mener une activité envahissante.

[6] Before the Court may authorize CSIS to obtain BII or to exercise other intrusive search powers, the Court must have an understanding of the nexus between CSIS’s investigation and the specific persons or class of persons whose privacy rights would be engaged. Only then can the Court assess whether the specific privacy interests of those persons must give way to the interests of the state in obtaining the information in question. In addition, CSIS must satisfy the requirements for obtaining a warrant set forth in subsections 21(2) and (3) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the Act), in respect of such person or class of persons.

[6] Avant de pouvoir autoriser le SCRS à obtenir des DIB ou à exercer d’autres pouvoirs lui permettant de mener des fouilles ou des perquisitions envahissantes, la Cour doit comprendre le lien entre l’enquête du SCRS et les personnes ou les catégories de personnes dont les droits en matière de vie privée pourraient être enfreints. Ce n’est qu’à ce moment que la Cour peut établir si le droit de ces personnes au respect de leur vie privée doit céder la place aux intérêts de l’État quant à l’obtention des informations. De plus, pour obtenir un mandat, le SCRS doit satisfaire aux exigences figurant aux paragraphes 21(2) et (3) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS) pour chacune des personnes ou des catégories de personnes.

[7] The Court has not been provided with that required understanding of the nexus described above in respect of the broad BII authorization that CSIS is seeking in both [\*\*\*] and [\*\*\*]. Indeed, the Court has not been provided with any sense whatsoever as to how the individual or class of individuals whose privacy interests would be intruded upon would be linked to its investigations.

[7] La Cour n’a pas obtenu l’information nécessaire pour lui permettre de bien comprendre ce lien en ce qui a trait aux vastes autorisations que le Service recherche dans les dossiers [\*\*\*] et [\*\*\*]. Qui plus est, la Cour n’a aucune idée du lien que pourrait avoir la personne ou la catégorie de personnes dont les droits en matière de vie privée pourraient être enfreints par ces enquêtes.

[8] With respect to the second, narrower, BII authorization that CSIS has requested in [\*\*\*] alone, I am satisfied that the required nexus has been described and established by CSIS. This is because that authorization is confined to telephone numbers or electronic identifiers that CSIS may identify in the course of reviewing information that specifically relates to [\*\*\*] identified individuals who are subjects of investigation. [\*\*\*] of those individuals have been identified by name, while the remaining [\*\*\*] have been identified by reference to [\*\*\*]

[9] The information that relates to those individuals includes BII [\*\*\*] information will reveal the [\*\*\*] identifiers [\*\*\*]

[10] I am satisfied that there are reasonable grounds to believe that anyone with whom those [\*\*\*] individuals has been in contact may be able to provide information that will assist CSIS to advance its investigation into the threat-related activities [\*\*\*] that it has identified. For this reason, I am satisfied that there are reasonable grounds to believe that CSIS requires the BII relating to the communications accounts that correspond to the telephone numbers and electronic identifiers of those third parties, to advance its investigation. Without being able to obtain that BII, [\*\*\*]

[11] Although the Court has not been provided with the names of [\*\*\*] of those individuals, the Court has been provided with sufficient information regarding [\*\*\*] to be able to conduct the assessment required by section 8 of the Charter. That assessment is whether the specific privacy interests of those individuals must give way to the interests of the state in obtaining the BII that CSIS requires to advance its investigation into the identified threat-related activities [\*\*\*]

[12] At the time it issues a warrant authorizing the exercise of powers that would intrude upon the privacy interests of one or more individuals or classes of persons, the Court does not need to know the specific names of those individuals or persons within the class. However, the Court needs to have a sufficient understanding of the nexus between CSIS's investigation and the specific persons or class of persons whose privacy interests would be intruded upon. The Court has been provided with that

[8] En ce qui concerne la deuxième autorisation, plus ciblée, relative aux DIB demandée par le SCRS au dossier [\*\*\*] je suis convaincu que le SCRS a décrit et établi ce lien. En effet, ces autorisations concernent seulement des numéros de téléphone ou des identificateurs électroniques que le SCRS peut découvrir en examinant des informations concernant précisément [\*\*\*] personnes identifiées qui font l'objet d'une enquête. [\*\*\*] d'entre elles sont connues par leur nom, les [\*\*\*] autres le sont [\*\*\*]

[9] Les informations relatives à ces personnes comprennent les DIB [\*\*\*] Elles révéleront entre autres [\*\*\*]

[10] Je suis convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que tout individu avec qui ces [\*\*\*] personnes ont été en contact peut fournir des informations qui aideraient le SCRS à faire avancer son enquête sur les activités liées à la menace [\*\*\*] Pour cette raison, je suis convaincu qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le SCRS a besoin des DIB liées aux comptes de communications correspondant aux numéros de téléphone et aux identificateurs électroniques de ces tiers pour progresser dans son enquête. S'il n'est pas en mesure d'obtenir ces DIB, [\*\*\*]

[11] Bien qu'elle ne connaisse pas le nom de [\*\*\*] de ces personnes, la Cour a reçu suffisamment d'informations sur [\*\*\*] pour effectuer l'évaluation requise à l'article 8 de la Charte, qui vise à établir si le droit de ces personnes au respect de leur vie privée doit céder la place aux intérêts de l'État quant à l'obtention des DIB dont le SCRS a besoin pour faire progresser son enquête sur les activités liées à la menace [\*\*\*]

[12] Pour décerner un mandat autorisant l'exercice de pouvoirs qui enfreindraient le droit d'une ou de plusieurs personnes ou catégories de personnes au respect de leur vie privée, la Cour n'a pas besoin de connaître le nom précis de ces personnes ou des personnes au sein de la catégorie. Par contre, la Cour doit avoir une compréhension suffisante du lien entre l'enquête du SCRS et les personnes ou catégories de personnes dont le droit au respect de leur vie privée pourrait être enfreint. La Cour

understanding in respect of the [\*\*\*] individuals [\*\*\*] have been described to the Court, as well as in respect of the third parties who CSIS may discover have been in contact with those individuals, or with the [\*\*\*] other individuals who have been identified by name.

[13] Where the Court is not able to conduct, in advance, the assessment required by section 8 of the Charter in respect of the specific individuals or class of individuals whose privacy interests would be engaged by CSIS's access to their BII, CSIS will need to return to the Court each time it identifies additional telephone numbers or electronic identifiers in respect of which it wishes to obtain BII from a CSP. At that time, CSIS will have to establish a sufficient nexus between the telephone number or other identifier in question and its investigations to satisfy the Court that there are reasonable grounds to believe that CSIS requires the BII of the corresponding communications account to advance those investigations.

[14] The third issue raised in these proceedings is whether the Court can authorize any employee of CSIS to obtain BII in respect of a communications account, where an individual holding the position of chief within CSIS makes certain determinations. In my view, the Court cannot do so, because this would amount to the delegation of functions that must be exercised by the Court itself. Although the Court may delegate to CSIS certain types of decisions with respect to the execution of its warrants, it cannot delegate the determination of which specific communications accounts will be the subject of requests to CSPs for BII. To the extent that this determination requires an assessment of whether the privacy interests of the persons in question must give way to the interests of CSIS in obtaining the BII in question, this is a function that must be performed by the Court.

[15] I recognize that the conclusions I have reached in respect of the first and third issues discussed above may well impose a potentially significant additional burden on CSIS. I also recognize that this may give rise to additional costs and delays associated with obtaining BII authorizations in relation to telephone numbers or electronic identifiers that may come to CSIS's attention dur-

comprend ce lien pour les [\*\*\*] personnes dont [\*\*\*] ont été décrits ainsi que pour les tiers qui peuvent avoir été en contact avec ces personnes ou avec les [\*\*\*] personnes connues par leur nom.

[13] Si la Cour n'est pas en mesure d'effectuer à l'avance l'évaluation relative à l'article 8 de la Charte pour les personnes ou catégories de personnes dont le droit au respect de la vie privée pourrait être enfreint si le SCRS a accès à leurs DIB, le SCRS devra s'adresser de nouveau à elle chaque fois qu'il trouve d'autres numéros de téléphone ou identificateurs électroniques à propos desquels il désire obtenir les DIB auprès d'un FSC. Le SCRS devra alors établir un lien suffisant entre le numéro de téléphone ou l'identificateur électronique et son enquête afin de convaincre la Cour qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les DIB de ces comptes de communication sont nécessaires pour faire progresser son enquête.

[14] La troisième question soulevée en l'espèce concerne la possibilité que la Cour autorise tout employé du SCRS à obtenir les DIB liées un compte de communication si une personne occupant un poste de chef au SCRS prend certaines décisions. Selon moi, une telle autorisation ne peut être accordée, car cela signifierait que sont déléguées des fonctions qui doivent être exercées par la Cour elle-même. Bien que la Cour puisse déléguer au SCRS le pouvoir de prendre certaines décisions relatives à l'exécution des mandats, elle ne peut pas lui permettre ainsi de déterminer quels comptes de communication en particulier feront l'objet d'une demande d'obtention de DIB auprès d'un FSC. Dans la mesure où elle exige d'évaluer si le droit des personnes visées au respect de leur vie privée, qui pourrait être enfreint, doit laisser place aux intérêts du SCRS quant à l'obtention des DIB, cette décision doit être prise par la Cour.

[15] Je reconnais que les conclusions auxquelles je suis arrivé en ce qui a trait à la première et troisième des questions soulevées en l'espèce peuvent facilement ajouter un fardeau important pour le SCRS. Je reconnais également qu'elles peuvent entraîner l'accroissement des coûts et des délais relatifs aux demandes d'autorisations d'obtenir des DIB liées aux numéros de téléphone

ing the course of its investigations into Islamist terrorism and the threat-related activities [\*\*\*] Given the adverse implications that the potential delays, in particular, may have for CSIS's ability to investigate threat-related activities, the Court will remain open to considering alternate approaches that are Charter compliant.

[16] These reasons for judgment are being issued contemporaneously with my reasons for judgment in [\*\*\*] which concerns CSIS's use of cellular-site simulator (CSS) technology to capture the identifying characteristics of an individual's mobile device(s) without a warrant [\*\*\*]

## II. Background

[17] This Court has been authorizing CSIS to obtain subscriber and similar information from CSPs in respect of accounts corresponding to telephone numbers and electronic identifiers for many years. In most cases, such authorizations have been provided in respect of the [\*\*\*] identifiers of known individuals who are subjects of investigation, or of third parties with whom such individuals may communicate. However, in some cases the Court has also authorized CSIS to obtain such information in respect of communications accounts of known, but still unidentified, individuals. For example, such authorizations have been provided in respect of individuals [\*\*\*] The same is true with respect to the [\*\*\*] identifiers of third parties with whom such known, but as yet unidentified, individuals have communicated, or may in the future communicate. Given that the [\*\*\*] identifiers in question are not yet known at the time of the warrant application, they cannot be specified in the warrant.

[18] The types of authorizations described above have always been provided in warrants that have focused primarily upon named subjects of investigation, also known as "targets", and their involvement in particular threat-related activities. In some of those warrants, the Court also granted authorizations to obtain BII in relation to the communication accounts associated with [\*\*\*] identifiers that CSIS identified during its investigation of the threat to the security of Canada in question,

et aux identificateurs électroniques qui pourraient attirer l'attention du SCRS lors de ses enquêtes sur le terrorisme islamiste et les activités liées à la menace [\*\*\*] Puisque de possibles retards peuvent nuire à la capacité du SCRS d'enquêter sur des activités liées à la menace, la Cour demeure disposée à étudier d'autres approches qui seraient conforme aux exigences prévues à la Charte.

[16] Les présents motifs sont publiés en même temps que ceux qui ont trait à ma décision dans le dossier [\*\*\*] qui porte sur l'utilisation, par le SCRS, de la technologie relative aux émulateurs de station de base (ESB) pour recueillir sans mandat les caractéristiques distinctives des appareils mobiles d'une personne. [\*\*\*]

## II. Contexte

[17] Depuis de nombreuses années, la Cour autorise le SCRS à obtenir, auprès des FSC, des informations sur l'abonné et des informations de même nature ayant trait à des comptes correspondant à [\*\*\*] des identificateurs [\*\*\*] Dans la plupart des cas, de telles autorisations ont été accordées pour les [\*\*\*] de personnes connues qui font l'objet d'une enquête ou de tiers avec qui ces personnes pourraient communiquer. Toutefois, dans certains cas, la Cour a également autorisé le SCRS à obtenir de telles informations sur les comptes de communication de personnes connues, mais dont l'identité n'a pas encore été confirmée. Par exemple, de telles autorisations ont été accordées relativement à des personnes [\*\*\*] Il en va de même pour [\*\*\*] identificateurs [\*\*\*] de tiers avec lesquels ces personnes, dont l'identité n'a pas été établie, ont communiqué ou communiqueront. Puisque les [\*\*\*] identificateurs [\*\*\*] ne sont pas encore connus au moment de demander un mandat, ils ne peuvent pas y être précisés.

[18] Les autorisations décrites plus haut sont toujours accordées dans des mandats qui portent principalement sur des cibles identifiées par leur nom en raison de leur participation à des activités précises liées à la menace. Dans certains de ces mandats, la Cour a également autorisé la collecte des DIB liées à des comptes de communications associés [\*\*\*] aux identificateurs [\*\*\*] que le SCRS a trouvés pendant son enquête sur la menace envers la sécurité du Canada, même lorsqu'il n'y avait

even where there was no direct link between such [\*\*\*] identifiers and the target(s) identified in the warrants. There was simply the indirect link that existed by virtue of the fact that the [\*\*\*] identifier would be identified in the future course of CSIS's investigation of the same threat to the security of Canada with which the named targets were also connected.

[19] However, beginning in 2013, some of my colleagues and I started to express concerns about granting the latter type of authorizations. After CSIS failed to avail itself of opportunities to address our concerns, we began to narrow the scope of the powers that we authorized. However, given that we did so in the context of individual applications for warrants, which sometimes had to be dealt with on an urgent basis, this gave rise to some inconsistencies in the language of the authorizations in question.

[20] As a result of the foregoing, Justice Noël advised CSIS in *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 (*X (Re)*), at paragraph 230, that broad authorizations of the type being sought in the present proceedings, as well as authorizations to obtain [\*\*\*] would no longer be granted by the Court until they were the subject of further exchanges between the Court and CSIS. Soon afterwards, in [\*\*\*] I requested that CSIS endeavour to establish the legal basis for this Court to authorize such powers, in a separate proceeding. I explained that if CSIS could establish that legal basis, the powers in question could be authorized in a single application that would be made each year. Among other things, I considered that such an approach would avoid having to deal with CSIS's requests for such broad authorizations in the context of multiple different applications made over the course of a year, that are otherwise focused on named subjects of investigation. I made the foregoing request after declining to issue such an authorization.

[21] The application in [\*\*\*] is CSIS's response to my request and to Justice Noël's decision. CSIS requested that I hear that application.

[22] Given the position taken by Justice Noël in *X (Re)* with respect to broad authorizations to obtain access to

pas de lien direct entre eux et la ou les cibles du mandat. Il n'y avait qu'un lien indirect qui s'expliquait par le simple fait que [\*\*\*] l'identificateur [\*\*\*] se retrouverait dans le cadre d'une enquête éventuelle portant sur la même menace à la sécurité du Canada pour laquelle les cibles nommées étaient également associées.

[19] Toutefois, depuis 2013, certains de mes collègues et moi avons commencé à soulever des préoccupations quant aux autorisations de ce dernier type. Puisque le SCRS ne s'est pas prévalu des possibilités qui lui ont été offertes de donner suite à nos préoccupations, nous avons commencé à réduire la portée des pouvoirs que nous accordons. Toutefois, puisque nous l'avons fait dans le contexte des demandes individuelles de mandats, qui devaient parfois être décernés de façon urgente, cela a entraîné un certain manque d'uniformité dans le libellé de ces autorisations.

[20] En raison de ce qui précède, dans la décision *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396 (*X (Re)*), au paragraphe 230, le juge Noël a avisé le SCRS que la Cour n'accorderait plus d'autorisations du type vaste demandé en l'espèce ni d'autorisations d'obtenir [\*\*\*] avant qu'elles ne fassent l'objet d'autres échanges entre la Cour et le SCRS. Peu après, dans le dossier [\*\*\*] j'ai demandé au SCRS de tenter d'établir le fondement juridique qui permettrait à la Cour de conférer de tels pouvoirs lors d'une instance distincte. J'ai expliqué que, si le SCRS pouvait établir ce fondement juridique, les pouvoirs en questions pourraient être accordés dans le cadre d'une seule demande présentée une fois par année. Entre autres, je crois qu'une telle approche permettrait d'éviter de traiter de telles demandes d'autorisations vastes que présenterait le SCRS pendant l'année dans le cadre de multiples demandes de mandat qui portent nommément sur des cibles. J'ai suggéré cette approche après avoir refusé d'accorder une telle autorisation.

[21] La demande présentée dans le dossier [\*\*\*] est la réponse du Service à ma demande et à la décision du juge Noël. Le SCRS a demandé que j'en sois saisi.

[22] Compte tenu de la décision du juge Noël dans *X (Re)* en ce qui a trait aux vastes autorisations d'obtenir

subscriber data, CSIS's application in [\*\*\*] was separated into two phases. The first phase focused on warrant powers that CSIS sought in respect of individuals who are subjects of its investigation into the threat to the security of Canada posed by [\*\*\*]. That phase of the proceeding took place in February of this year, and was based on affidavit evidence provided by Mr. [\*\*\*]. After being satisfied that [\*\*\*] is engaged in activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada, Justice Noël issued the warrants that were sought at that time.

[23] At Justice Noël's suggestion, the second phase of [\*\*\*] took place before me, and concerned two additional authorizations that CSIS is seeking to add to three of the warrants that Justice Noël issued in the initial phase of that proceeding. The first of those authorizations is essentially the same as the sole, and very broad, authorization being sought in [\*\*\*] (the BII Warrant). The second is much more focused, and would enable CSIS to obtain the BII corresponding to the communications accounts of third parties whose telephone number or electronic identifier has been linked to one or more of [\*\*\*] named individuals, or to [\*\*\*] unnamed individuals [\*\*\*]. At CSIS's suggestion, the evidentiary hearings and oral submissions in this second phase of [\*\*\*] as well as in [\*\*\*] were held separately, but concurrently, on [\*\*\*] and [\*\*\*] of this year.

[24] To preserve the *status quo* with respect to the BII-type power that is being sought in [\*\*\*] in relation to the threat to the security of Canada posed by Islamist terrorism, I granted an interim order on [\*\*\*] which provided CSIS with that authorization for 60 days, to permit me to complete this decision.<sup>1</sup>

[25] In view of the nature of the legal issues raised in this application, the Court retained Mr. Gordon Cameron and Mr. Owen Rees to act as *amici curiae*.

<sup>1</sup> The last warrant that contained the BII authorization in respect of CSIS's investigation into [\*\*\*]

des données sur l'abonné, la demande du SCRS dans le dossier [\*\*\*] a été divisée en deux étapes. La première portait sur les mandats que demandait le SCRS contre des personnes faisant l'objet de son enquête sur la menace que [\*\*\*] fait peser sur la sécurité du Canada. Cette étape de l'instance a eu lieu en février de cette année et reposait sur l'affidavit de M. [\*\*\*]. Après avoir été convaincu que [\*\*\*] mène des activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada, le juge Noël a décerné les mandats demandés.

[23] À la suggestion du juge Noël, j'ai été saisi de la deuxième étape de l'instance dans le dossier [\*\*\*]. Elle portait sur deux autres autorisations que le SCRS voulait ajouter à trois des mandats décernés par le juge Noël lors de l'étape initiale. La première autorisation est essentiellement la même autorisation ayant une portée considérable qui a été demandée dans le dossier [\*\*\*] (mandat sur les DIB). La deuxième est beaucoup plus précise et permettrait au SCRS d'obtenir les DIB ayant trait aux comptes de communications de tiers dont les numéros de téléphone ou identificateurs électroniques ont été liés à l'une ou à plusieurs des [\*\*\*] personnes identifiées par leur nom ou [\*\*\*] personnes dont le nom n'est pas connu [\*\*\*]. À la suggestion du SCRS, la preuve et les observations orales ayant trait à la deuxième étape de l'instance dans le dossier [\*\*\*] et au dossier [\*\*\*] ont été entendues séparément, mais de façon simultanée, [\*\*\*] de cette année.

[24] [\*\*\*] pour préserver le statu quo en ce qui a trait au pouvoir relatif à l'obtention de DIB qui avait été demandé dans le dossier [\*\*\*] à l'égard des menaces envers la sécurité du Canada que pose le terrorisme islamiste, j'ai rendu une ordonnance provisoire qui accordait au SCRS cette autorisation pour une période de 60 jours afin de me permettre de trancher<sup>1</sup>.

[25] Compte tenu de la nature des questions juridiques soulevées en l'espèce, la Cour a demandé à M. Gordon Cameron et à M. Owen Rees d'agir à titre d'*amici curiae*.

<sup>1</sup> Le dernier mandat contenant le pouvoir d'obtenir des DIB [\*\*\*]

[26] Given that BII authorizations similar to those being requested in these applications may be sought in future proceedings before other designated judges of this Court, I considered it appropriate to convene the designated judges of the Court to join me on the bench, so that they would have the benefit of the evidence provided by the affiants, including on cross-examination by the *amici*. I also considered it to be important that they have the benefit of responses provided by the affiants to questions that any of them, or I, might pose. This should assist each of the designated judges of the Court in any future applications that may involve a request for a BII or similar authorization, and could reduce the need for similar evidence in those applications.

[27] Notwithstanding the involvement of other designated judges of this Court in this proceeding, I assured CSIS and representatives of the Attorney General at the outset of the initial hearing on these applications that my judicial independence would not thereby be compromised in any way. I, and I alone, have decided the issues that have been raised in these applications.

[28] Like several of my designated colleagues before me in previous applications dating back several years, I am satisfied that there are reasonable grounds to believe that activities that CSIS has defined as “Islamist terrorism” constitute a threat to the security of Canada, and that the same is true with respect to the threat-related activities engaged in by [\*\*\*] that CSIS has identified.

[29] Accordingly, the balance of these reasons for judgment will focus on the three issues that are identified at paragraph 4 above.

[30] In passing, and for completeness, I will add that CSIS informed the Court earlier this year that it did not intend to seek or address in either [\*\*\*] or [\*\*\*] the [\*\*\*] that was referred to in *X (Re)*, above. The Court understands that CSIS may return to the Court to make separate submissions in respect of that power at a future date, and that CSIS will not in the meantime be seeking any authorizations to use that power in respect of [\*\*\*] communications accounts that correspond to telephone

[26] Puisque des autorisations concernant les DIB semblables à celles dont il est question en l’espèce pourraient être demandées dans de prochaines instances et devant d’autres juges désignés de la Cour, j’ai estimé qu’il y avait lieu de demander à ces juges de se joindre à moi afin qu’ils entendent la preuve des déposants et qu’ils assistent au contre-interrogatoire des *amici*. À mon avis, il était également important qu’ils entendent les réponses des déposants à leurs questions ainsi qu’aux miennes. Cela devrait aider chacun d’eux à traiter les futures demandes d’autorisations d’obtenir des DIB ou d’autorisations de même nature, sans compter qu’il pourrait être moins nécessaire d’y présenter des éléments de preuve similaires.

[27] Dès le début de l’audience initiale concernant ces demandes, j’ai assuré le SCRS et les représentants de la procureure générale que la présence d’autres juges désignés en cours d’instance ne compromettrait en rien mon indépendance judiciaire. Moi seul me suis prononcé sur les questions soulevées en l’espèce.

[28] Comme plusieurs de mes collègues désignés qui ont été saisis d’affaires remontant à plusieurs années, je suis convaincu qu’il existe des motifs raisonnables de croire que les activités auxquelles le SCRS a attribué le générique « terrorisme islamiste » constituent une menace envers la sécurité du Canada et qu’il en va de même pour les activités liées à la menace [\*\*\*] constatées par le SCRS.

[29] Par conséquent, les autres motifs étayant la décision en l’espèce porteront sur les trois questions mentionnées au paragraphe 4 des présents motifs.

[30] Par souci d’exhaustivité, j’ajoute en passant que le SCRS a déjà avisé la Cour qu’il ne compte pas demander, dans les dossiers [\*\*\*] et [\*\*\*] [TRADUCTION] [\*\*\*] dont il est question dans la décision *X (Re)* ni en discuter. La Cour comprend que le SCRS pourra s’adresser de nouveau à elle à une date ultérieure pour présenter une autre demande à cet effet, et que d’ici là, il ne demandera pas l’autorisation d’utiliser ce pouvoir à l’endroit de comptes de communications [\*\*\*] qui correspondent à

numbers or electronic identifiers that have no direct nexus with identified subjects of investigation.

### III. The BII Authorizations Requested by CSIS

[31] The warrant that CSIS has requested the Court to issue in [\*\*\*] consists of a single authorization. It is as follows:

I authorize the Director and any employee of the service acting under his authority to obtain BII relating to any account with a CSP where a Chief determines that

- a) the account was identified during the investigation of Islamist terrorism and
- b) the identity of the subscriber to the account will assist in the investigation of Islamist terrorism.

[32] “BII” is defined in the warrant to mean:

- i. The name of a subscriber to an account;
- ii. The subscriber’s address;

[\*\*\*[The information relating to IP addresses in certain circumstances]\*\*\*]

[33] In essence, this authorization would enable CSIS to obtain BII in respect of any communications account corresponding to any telephone number or electronic identifier that CSIS may identify during its investigation into Islamist terrorism, where a chief within CSIS determines that BII will assist CSIS to advance its investigation.

[34] The Attorney General analogizes this authorization to a power to obtain “telephone book” information, which traditionally has been required to identify individuals. The Attorney General, the affiant in [\*\*\*] and the affiant in [\*\*\*] each maintained that this was the sole purpose of the BII authorization being requested. In this regard, they emphasized that the BII authorization is not used to track online activity. The Attorney General

des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui n’ont pas de lien direct avec des cibles.

### III. Autorisations d’obtenir des DIB demandées par le SCRS

[31] Le mandat que le SCRS demande à la Cour de lui décerner dans le dossier [\*\*\*] se compose d’une seule autorisation.

[TRADUCTION]

J’autorise le directeur et tout employé du Service agissant sous son autorité à obtenir auprès d’un FSC les DIB liées à tout compte lorsqu’un chef détermine que :

- a) le compte a été découvert dans le cadre de l’enquête sur le terrorisme islamiste;
- b) l’établissement de l’identité de l’abonné au compte fera progresser l’enquête sur le terrorisme islamiste.

[32] Aux termes du mandat, les DIB sont :

- i. le nom de l’abonné à un compte;
- ii. l’adresse de l’abonné;

[\*\*\*[L’information concernant des adresses IP dans certaines circonstances]\*\*\*]

[33] Essentiellement, cette autorisation permettrait au SCRS d’obtenir des DIB concernant tout compte de communication correspondant à tout numéro de téléphone ou identificateur électronique que le SCRS peut découvrir dans le cadre de son enquête sur le terrorisme islamiste, lorsqu’un chef au Service détermine que ces DIB permettraient au SCRS de faire progresser son enquête.

[34] La procureure générale fait une analogie entre cette autorisation et l’obtention d’informations figurant dans un « bottin téléphonique », qui servent depuis longtemps à identifier des personnes. La procureure générale et les déposants dans les dossiers [\*\*\*] et [\*\*\*] affirment qu’il s’agit de la seule raison de la demande d’autorisation d’obtenir des DIB. À cet égard, ils ont insisté sur le fait que l’autorisation ne servira pas à suivre des activités

added that if CSIS wanted to exercise such a power or indeed any other intrusive powers in respect of a person, it would have to return to the Court to seek specific authorizations to do so.

[35] The BII Warrant that has been requested in [\*\*\*] also provides that if, in executing the warrant, CSIS provides [\*\*\*] CSIS shall also provide [\*\*\*] Islamist terrorism. This requirement has been included as a safeguard to help ensure that BII is provided in respect of the correct account, [\*\*\*]

[36] For the purposes of the BII Warrant, “Islamist terrorism” is defined to mean “activities in paragraph (c) of the definition of ‘threats to the security of Canada’ found in section 2 of the Act [\*\*\*] including activities of the [\*\*\*]

[37] Both Mr. [\*\*\*] and Mr. [\*\*\*] testified that an authorization to obtain BII is crucial to CSIS’s ability to investigate the threats to the security of Canada posed by the activities [\*\*\*] and Islamist terrorism. This is because this may be the only manner in which CSIS can identify a person who is behind a phone number [\*\*\*[or an electronic identifier]\*\*\*] In addition, the ability to identify individuals and assess the nature of their relationship to Islamist terrorism or to the threat-related activities [\*\*\*] is a fundamental building block of an investigation. This is particularly so given that many people associated with the threats in question interact exclusively or primarily by electronic means, and may never meet in person. According to Mr. [\*\*\*] “identification is [\*\*\*] part of the job”, and [\*\*\*] He emphasized that, without being able to identify someone, CSIS would not be able to fulfill its mandate.

[38] According to Mr. [\*\*\*] the 2014-2016 Intelligence Priorities for CSIS from the Minister of Public Safety [\*\*\*]

[39] The BII authorizations that CSIS is seeking in the amendments that it has requested be made to three of the warrants were issued in the first phase of [\*\*\*] are of

en ligne. La procureure générale a ajouté que le SCRS, s’il souhaite exercer un tel pouvoir ou tout autre pouvoir envahissant à l’égard d’une personne, devra revenir devant la Cour pour obtenir l’autorisation nécessaire.

[35] Le mandat sur les DIB demandé dans [\*\*\*] prévoit également que, dans le cadre de l’exécution du mandat, si le SCRS fournit [\*\*\*], il doit également fournir [\*\*\*] terrorisme islamiste. Cette exigence a été ajoutée comme mesure de protection pour assurer que les DIB fournies correspondent au bon compte, [\*\*\*]

[36] Aux fins du mandat concernant les DIB, s’entend par «terrorisme islamiste» [TRADUCTION] «les activités mentionnées à l’alinéa c) de la définition de «menaces envers la sécurité du Canada» figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS [\*\*\*] dont les activités menées par [\*\*\*]

[37] M. [\*\*\*] et M. [\*\*\*] ont témoigné que le SCRS a absolument besoin de l’autorisation d’obtenir les DIB pour enquêter sur les menaces que les activités [\*\*\*] et le terrorisme islamiste font peser sur la sécurité du Canada, car elles peuvent être la seule ressource dont le SCRS dispose pour établir l’identité de la personne à qui appartient un numéro de téléphone, [\*\*\*[ou identificateurs électroniques]\*\*\*] En outre, la capacité d’identifier une personne et d’évaluer la nature de sa relation avec le terrorisme islamiste ou aux activités liées à la menace [\*\*\*] est la pierre angulaire d’une enquête. Cela est particulièrement vrai dans la mesure où de nombreuses personnes liées à de telles menaces interagissent exclusivement ou principalement par voie électronique et peuvent ne jamais se rencontrer. Selon M. [\*\*\*] [TRADUCTION] «l’établissement de l’identité est [\*\*\*] part du travail [\*\*\*] Il insiste sur le fait que le SCRS, s’il n’est pas en mesure d’établir l’identité de quiconque, ne pourra s’acquitter de son mandat.

[38] Selon M. [\*\*\*] le ministre de la Sécurité publique [\*\*\*] en matière de renseignement du SCRS pour 2014 à 2016. [\*\*\*]

[39] Les autorisations d’obtenir des DIB que demande le SCRS en faisant modifier trois des mandats décernés à la première étape de l’instance dans le dossier [\*\*\*]

two types. The first type would provide essentially the same broad power that is being sought in [\*\*\*] That is to say, it would provide essentially the same authorization as is being requested in the BII Warrant, albeit in respect of communications accounts that are identified during CSIS's investigation of the threat-related activities [\*\*\*] that it has described.

[40] The second type of authorization that CSIS is seeking to add to three of the warrants that have been issued in [\*\*\*] is much narrower. In brief, it would authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to [\*\*\*] named individuals and [\*\*\*] additional individuals who [\*\*\*]

[41] It bears underscoring that no individuals are named in the BII Warrant being sought in [\*\*\*] or in the first group of amendments that CSIS is seeking to add to three of the warrants that have been issued in [\*\*\*] In the words of Mr. [\*\*\*] “the warrant itself is not [\*\*\*] it's against Islamist terrorism”. Likewise, the amendments sought to three of the warrants issued in [\*\*\*] are directed towards the threat-related activities [\*\*\*].

#### IV. Issues

[42] As explained at paragraph 4 above, the applications in [\*\*\*] and [\*\*\*] raise the following three issues:

- i. Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts corresponding to telephone numbers or electronic identifiers that may in the future come to its attention in the course of its investigations, where CSIS has not described and established their specific nexus to those investigations?
- ii. Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to [\*\*\*] named

sont de deux types. Le premier type lui donnerait essentiellement le même pouvoir élargi qui est demandé dans le dossier [\*\*\*] Autrement dit, en pratique, l'autorisation serait la même que celle qui est demandée dans le mandat sur les DIB, sauf qu'elle aurait trait aux comptes de communications découverts par le SCRS pendant son enquête sur les activités liées à la menace [\*\*\*]

[40] L'autorisation du second type que le SCRS veut faire ajouter à trois des mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] a une portée beaucoup plus circonscrite. En bref, elle autoriserait le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communications qu'il a découvert en examinant des informations clairement définies ayant trait à [\*\*\*] personnes identifiées par leur nom et à [\*\*\*] personnes [\*\*\*]

[41] Je souligne que le mandat sur les DIB demandé dans le dossier [\*\*\*] ou à la première catégorie de modifications que le Service souhaite apporter à trois des mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] ne visent nommément personne. Pour reprendre les propos de M. [\*\*\*] [TRANSDUCTION] «le mandat en soi ne [\*\*\*] mais le terrorisme islamiste». De la même façon, les modifications que le SCRS souhaite apporter à trois des mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] visent les activités liées à la menace [\*\*\*]

#### IV. Questions

[42] Tel que déjà souligné au paragraphe 4, les demandes dans les dossiers [\*\*\*] et [\*\*\*] soulèvent les trois questions suivantes.

- i. La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communication correspondant à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui pourront éventuellement attirer son attention lors de ses enquêtes, lorsque le SCRS n'a ni décrit ni établi leur lien précis avec ces enquêtes?
- ii. La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communications qu'il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à [\*\*\*] personnes

individuals and [\*\*\*] additional individuals who have been identified [\*\*\*]

- iii. Can the Court authorize an employee of CSIS to obtain BII in respect of a communications account that corresponds to a telephone number or an electronic identifier, where a “chief” within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation?

[43] In both [\*\*\*] and [\*\*\*] the Attorney General raised an additional issue, namely, the threshold issue of whether a warrant is required to obtain BII from a CSP. However, in each proceeding, the Attorney General conceded that a warrant is required to obtain BII from a CSP, because it may engage privacy rights that are protected by section 8 of the Charter. This is because “[\*\*\*] information can be revealed to [CSIS] when BII is obtained from CSPs”. Indeed, this was demonstrated by a number of examples included in the Attorney General’s written submissions.

[44] The *amici* agreed. They maintained that, in view of the fact that CSIS may well be able to use BII [\*\*\*] to link previously anonymous [\*\*\*] activity to a named individual, such activity by CSIS would normally require a warrant. I agree.

[45] Given the Attorney General’s acknowledgement that a warrant is required to access BII from a CSP, it is unnecessary to address this issue in detail. I will simply note that the linking of previously anonymous [\*\*\*] activity to an individual’s identity “engages a high level of informational privacy” (*R. v. Spencer*, 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212 (*Spencer*), at paragraph 51). As such, obtaining the information to make such a link, [\*\*\*] would constitute a “search” that is more invasive than the minimally intrusive warrantless searches that are authorized by section 12 of the Act.

[46] The same is true with respect to telephone numbers, which can assist CSIS to obtain valuable personal information about a person. This was corroborated

identifiées par leur nom et à [\*\*\*] autres personnes ciblées [\*\*\*]

- iii. La Cour peut-elle autoriser un employé du SCRS à obtenir les DIB liées à un compte de communications correspondant à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu’un « chef » au sein du SCRS détermine que ce compte a été découvert lors d’une enquête et que les DIB faciliteraient cette enquête?

[43] Dans les dossiers [\*\*\*] et [\*\*\*] la procureure générale a soulevé une autre question, soit la nécessité d’un mandat pour obtenir des DIB auprès d’un FSC. Toutefois, dans chaque instance, elle a admis qu’il fallait un mandat pour ce faire, car cela pouvait enfreindre les droits en matière de vie privée garantis par l’article 8 de la Charte. En effet, [TRADUCTION] « [\*\*\*] d’informations peuvent être révélées au SCRS lorsqu’il obtient des DIB auprès d’un FSC ». Cela a été effectivement démontré par un certain nombre d’exemples qui figurent dans les observations écrites de la procureure générale.

[44] Les *amici* sont d’accord. Ils ont soutenu que le SCRS a besoin d’un mandat pour effectuer ce genre de démarches, puisqu’il peut fort bien utiliser des DIB, [\*\*\*] pour établir un lien entre une personne dont l’identité a été établie et des activités menées jusque-là dans l’anonymat, [\*\*\*] Je suis d’accord.

[45] Puisque la procureure générale a reconnu qu’il faut un mandat pour obtenir des DIB auprès d’un FSC, il n’est pas nécessaire de traiter cette question en profondeur. Je noterai simplement que l’établissement d’un lien entre une activité menée anonymement [\*\*\*] et une personne dont l’identité est établie « fait intervenir, dans une grande mesure, l’aspect informationnel du droit à la vie privée » (*R. c. Spencer*, 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212 (*Spencer*), au paragraphe 51). Partant, [\*\*\*] pour établir un tel lien constituerait une fouille plus envahissante que ce que l’article 12 de la Loi sur le SCRS permet d’effectuer sans mandat.

[46] Il en va de même pour les numéros de téléphone, qui peuvent aider le SCRS à obtenir des renseignements personnels importants concernant une personne. Cela a

by one of the examples provided by Mr. [\*\*\*] in his affidavit.

[47] I will simply add that the Attorney General's position that a warrant is required to obtain BII is consistent with the position that she took in [\*\*\*] where she stated on multiple occasions that a warrant would be required to obtain subscriber information pertaining to any identifiers [\*\*\*]

## V. Analysis

### A. *Applicable legal principles*

[48] Section 8 of the Charter provides that “[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.”

[49] It follows that section 8 of the Charter does not afford protection against all searches, only against *unreasonable* ones (*R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at paragraph 20).

[50] In assessing whether a search is “unreasonable”, courts must adopt “a purposive approach ... that emphasizes the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society” (*Spencer*, above, at paragraph 15).

[51] Broadly speaking, a determination of whether a search is unreasonable requires a balancing assessment of “whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals” (*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 (*Hunter*), at pages 159–160).

[52] Given that the underlying purpose of section 8 is to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy, prior authorization of those intrusions is presumptively required. Such authorization must be given by an entirely neutral and impartial arbiter who

été corroboré par un des exemples fournis par M. [\*\*\*] dans son affidavit.

[47] J’ajoute simplement que la position de la procureure générale quant à la nécessité d’un mandat pour obtenir des DIB est conforme à la position qu’elle a adoptée dans le dossier [\*\*\*] où elle a indiqué à plusieurs reprises qu’il faut un mandat pour obtenir des informations sur l’abonné ayant trait aux identificateurs [\*\*\*]

## V. Analyse

### A. *Principes juridiques applicables*

[48] L’article 8 de la Charte prévoit que «[c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives».

[49] Partant, l’article 8 de la Charte ne protège pas contre toute fouille et perquisition, uniquement contre celles qui sont *abusives* (*R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, au paragraphe 20).

[50] Pour évaluer si une fouille est «abusive», la Cour doit adopter «une approche téléologique axée principalement sur la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l’épanouissement personnel et à l’autonomie ainsi qu’au maintien d’une société démocratique prospère» (*Spencer*, précité, au paragraphe 15).

[51] De manière générale, pour déterminer si une fouille est abusive, il faut évaluer si «le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins» (*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 (*Hunter*), aux pages 159 et 160).

[52] Puisque l’objet sous-jacent de l’article 8 est de protéger les personnes contre les intrusions injustifiées de l’État dans leur vie privée, il est présumé qu’une telle intrusion doit être autorisée au préalable par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d’exercer

is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual (*Spencer*, above, at paragraph 68; *Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250 (*Goodwin*), at paragraph 56; *Hunter*, above, at pages 160–162).

[53] In addition, the neutral arbiter must be satisfied that the person seeking the authorization has reasonable grounds, established under oath, to believe that the relevant statutory or other conditions to be met before the search power may be exercised, have in fact been met (*Hunter*, above, at pages 166–168).

[54] In deciding whether to issue a warrant, the neutral arbiter must have sufficient flexibility to consider all of the circumstances that may be relevant to the exercise of discretion to issue the warrant, and to impose any conditions that may be considered necessary (*Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416 (*Baron*), at paragraphs 437, 439 and 440).

B. *Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts corresponding to telephone numbers or electronic identifiers that may in the future come to its attention in the course of its investigations, where CSIS has not described and established their specific nexus to those investigations?*

(1) General

[55] In her written and oral submissions, the Attorney General characterized this issue as being whether the Act authorizes a judge of this Court to issue warrants against “threat-related activities”.

[56] In support of her position that the Act is sufficiently flexible to allow for the issuance of warrants in respect of *activities*, the Attorney General notes that section 12 of the Act empowers CSIS to investigate activities, and that the definition of “threats to the security of Canada” that is set forth in section 2 of the Act also refers to *activities*, without any reference to the *persons* who would be conducting those activities. The Attorney

des fonctions judiciaires en établissant un équilibre entre les intérêts de l’État et ceux de la personne (*Spencer*, précité, au paragraphe 68; *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250 (*Goodwin*), au paragraphe 56; et *Hunter*, précité, aux pages 160 à 162).

[53] En outre, l’arbitre impartial doit être convaincu que la personne qui demande l’autorisation a des motifs raisonnables de croire, déclarés sous serment, que les conditions applicables qui ont trait à la loi, entre autres, et qui sont préalables à l’exercice du pouvoir de fouille ou de perquisition ont effectivement été réunies (*Hunter*, précité, aux pages 166 à 168).

[54] Pour prendre sa décision, l’arbitre impartial doit disposer de suffisamment de souplesse pour tenir compte de toutes les circonstances qui peuvent avoir trait à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de décerner ou de refuser un mandat et pour imposer toutes les conditions jugées nécessaires (*Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416 (*Baron*), aux pages 437, 439 et 440).

B. *La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communication correspondant à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qui pourront éventuellement attirer son attention lors de ses enquêtes, lorsque le SCRS n’a ni décrit ni établi leur lien précis avec ces enquêtes?*

1) Généralités

[55] Selon la procureure générale, dans ses observations écrites et orales, il s’agit de déterminer si la Loi sur le SCRS autorise un juge de la Cour à décerner des mandats contre des activités liées à une menace.

[56] Pour appuyer sa position selon laquelle la Loi sur le SCRS est suffisamment souple pour permettre la délivrance de mandats contre des *activités*, la procureure générale souligne que l’article 12 de la Loi sur le SCRS permet au Service de mener des enquêtes et que la définition de «menaces envers la sécurité du Canada» figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS s’applique également à des *activités* sans faire allusion aux *personnes* qui les

General further notes that paragraph 21(2)(d) requires a warrant application to be accompanied by an affidavit that addresses various issues, including “the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained” (emphasis added).

[57] The Attorney General submits that it may be inferred from all of the foregoing that warrants issued pursuant to section 21 of the Act can be obtained to investigate identified threat-related activities. She maintains that this is so even where the warrant does not name any individuals or describe the specific nexus between CSIS’s investigation and the individuals whose privacy interests would be intruded upon.

[58] I disagree. With respect, that position confuses the activities that CSIS is authorized to investigate under section 12 of the Act, with the privacy interests that might be engaged by a warrant issued under section 21 in connection with an investigation. Privacy interests are not held by activities or threats, such as those posed by [\*\*\*] or “Islamist terrorism”, or in respect of an event that might be the focus of an investigation, such as the Vancouver Olympics or the G7 meeting that took place in Toronto.

[59] Privacy interests are held by individuals and corporations, whether they be subjects of investigation, persons whose connection to an investigation may remain to be ascertained, or persons who might, on reasonable grounds, be believed to have information that is likely to assist an investigation. In my view, the words “the identity of the person, if known” (emphasis added) in paragraph 21(2)(d) simply reflects the practical reality that CSIS may not know, at the time it applies for a warrant, the identity of an ascertainable person whose communication is proposed to be intercepted, or who has possession of the information, record, document or other thing proposed to be obtained under the warrant, as contemplated by that provision.

mènent. La procureure générale fait aussi remarquer que l’alinéa 21(2)d) de la Loi sur le SCRS exige qu’une demande de mandat s’accompagne d’un affidavit portant sur différents points, dont «l’identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir» (non souligné dans l’original).

[57] La procureure générale soutient qu’il est possible de conclure de tout ce qui précède que des mandats peuvent être décernés au titre de l’article 21 de la Loi sur le SCRS pour enquêter sur des activités liées à la menace, et ce, même lorsque le mandat ne vise nommément personne et ne décrit pas le lien entre l’enquête du SCRS et les personnes dont le droit au respect de la vie privée pourrait être enfreint.

[58] Je ne suis pas d’accord. Selon moi, cette interprétation confond les activités qui peuvent faire l’objet d’une enquête du SCRS en vertu de l’article 12 de la Loi sur le SCRS et le droit au respect de la vie privée qui peut être enfreint par un mandat décerné en vertu de l’article 21 de la Loi sur le SCRS dans le cadre d’une enquête. Les activités ou les menaces, comme celles que mènent ou constituent [\*\*\*] ou le terrorisme islamiste, n’ont pas de droit à la vie privée, pas plus que les événements qui peuvent faire l’objet d’une enquête, comme les Jeux olympiques de Vancouver ou la réunion du G7 qui a eu lieu à Toronto.

[59] Le droit au respect de la vie privée est l’apanage des personnes et des personnes morales, qu’elles fassent l’objet d’une enquête, qu’elles aient un lien qui reste à confirmer avec une enquête ou qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’elles détiennent des informations pouvant être utiles à une enquête. À mon avis, le segment «l’identité de la personne, si elle est connue» (non souligné dans l’original) à l’alinéa 21(2)d) reflète simplement le fait qu’en pratique, lorsqu’il présente une demande de mandat, le SCRS peut ne pas connaître l’identité de la personne vérifiable dont il propose d’intercepter les communications ou qui détient des informations, des documents ou des objets qu’il entend obtenir, comme le précise cette disposition.

[60] Accordingly, the more relevant question that arises in these proceedings is whether CSIS can be prospectively authorized to obtain BII in relation to communications accounts that may in the future come to its attention in the course of its investigations, where CSIS has not yet described and established their specific nexus with those investigations. In my view, the answer is “no, except in exceptional circumstances that have not been demonstrated to exist in this case”.

[61] This is because persons who are responsible for authorizing the use of intrusive powers are required to consider the impact of such intrusion on the specific “subject of the search” (*Hunter*, above, at page 157; *Spencer*, above, at paragraph 36 (emphasis added)). In other words, an assessment must be made of the context of each “particular situation”, and its impact on “the individual.” As the *amici* underscored, the balancing analysis to be conducted is between the interests of the state and the interests of the specific individual whose privacy interests are at issue (*Hunter*, above, at pages 159–160, 161–162 and 167; *Baron*, above, at pages 435–436 and 437; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at paragraph 27 (emphasis added)).

[62] Where a “class of persons” whose privacy interests may be encroached upon can be described in a manner that enables the Court to clearly understand the nexus between those persons and the threat-related activities that are the focus of a CSIS investigation, the balancing analysis described above can comfortably be conducted in respect of those persons. In my view, this is contemplated by the references to “class of persons” in paragraphs 21(2)(e) and 21(4)(c) of the Act.

[63] The need to consider the interests of the specific individual or class of individuals whose privacy interests are engaged is reinforced by three additional requirements that have been established by jurisprudence under section 8 of the Charter. The first is the requirement to assess the individual’s subjective expectation of privacy, when considering whether there is a reasonable expectation of privacy (*Spencer*, above, at paragraph 18). The second is the requirement that CSIS’s powers to investigate activities that pose threats to the security of Canada must be “strictly controlled” (*Charkaoui v. Canada*,

[60] Partant, la question la plus pertinente en l’espèce est celle qui consiste à déterminer si le SCRS peut être autorisé, de manière prospective, à obtenir les DIB liées à des comptes de communication qui peuvent attirer son attention dans le cadre d’enquêtes, s’il n’a pas encore décrit et établi de lien précis entre les DIB et les enquêtes en question. Selon moi, la réponse est négative, sauf en des circonstances exceptionnelles dont l’existence n’a pas été démontrée en l’espèce.

[61] En effet, les personnes chargées d’autoriser le recours à des pouvoirs envahissants doivent tenir compte des répercussions de l’intrusion sur l’«objet de la fouille» (*Hunter*, précité, à la page 157 et *Spencer*, précité, au paragraphe 36) (non souligné dans l’original). Autrement dit, il est nécessaire d’évaluer le contexte de chaque situation et son incidence sur la personne. Comme l’ont souligné les *amici*, il y a lieu d’atteindre un équilibre entre les intérêts de l’État et ceux de la personne même dont le droit au respect de sa vie privée est en jeu (*Hunter*, précité, aux pages 159, 160, 161, 162 et 167; *Baron*, précité, aux pages 435, 436 et 437; et *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, au paragraphe 27) (non souligné dans l’original).

[62] Cet exercice de pondération peut se faire aisément lorsqu’il s’agit d’une catégorie de personnes, dont le droit au respect de la vie privée peut être enfreint, et dont il est possible de décrire de manière à ce que la Cour comprennent très bien le lien qui peut être établi entre elles et les activités liées à la menace qui font l’objet d’une enquête du SCRS. À mon avis, c’est ce qui est visé par l’expression «catégorie de personnes» aux alinéas 21(2)e) et 21(4)c) de la Loi sur le SCRS.

[63] Trois autres exigences ayant trait à l’article 8 de la Charte établies en jurisprudence renforcent la nécessité de tenir compte des intérêts des personnes ou des catégories de personnes dont le droit au respect de la vie privée est en jeu. D’abord, il est nécessaire d’évaluer l’attente subjective de la personne en matière de vie privée au moment de déterminer s’il existe une attente raisonnable en la matière (*Spencer*, précité, au paragraphe 18). Ensuite, il est nécessaire d’assujettir à des «contrôles sévères» les pouvoirs dont jouit le SCRS pour enquêter sur des activités qui constituent des menaces envers la

2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, at paragraph 22, quoting the Report of the Special Senate Committee on the Canadian Security Intelligence Service, *Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society*, November 3, 1983, at paragraph 25; see also *Baron*, above, at pages 436–437). The third is the requirement to consider “the totality of the circumstances” (*Spencer*, above, at paragraph 18). In my view, this implies that the interests of the specific person(s) whose privacy interests are at stake must be taken into account. It is difficult to imagine how the totality of the circumstances would not involve an assessment of the privacy interests of the very individual(s) whose interests would be engaged if CSIS were to obtain BII from a CSP.

[64] Notwithstanding the foregoing, it is not necessary for warrants that authorize CSIS to obtain BII to associate the communications accounts in question with named individuals. It is often precisely because CSIS does not know the name associated with a telephone number, [\*\*\*[or electronic identifier]\*\*\*] etc. that it needs to be able to obtain BII in respect of the corresponding communications account from a CSP.

[65] Even though CSIS may not know an individual’s name, it may know sufficient information about the individual [\*\*\*] to provide the Court with reasonable grounds to believe that obtaining the BII of a particular communications accounts is required to advance its investigation, as contemplated by paragraph 21(2)(a) of the Act. This may be because the individual behind a telephone number or electronic identifier appears to be engaged in activities that pose a threat to the security of Canada, or because he or she appears to be in a position to provide information that will assist CSIS to advance its investigation into those activities. I accept Mr. [\*\*\*] testimony that obtaining BII, and thereby learning who is behind [\*\*\*] identifiers [\*\*\*] can assist CSIS to advance an investigation.

[66] In such situations, it will suffice if CSIS can provide sufficient evidence about a telephone number or one

sécurité du Canada (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*), 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326, au paragraphe 22, qui cite le rapport du Comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité intitulé *Équilibre délicat : Un Service du renseignement de sécurité dans une société démocratique*, le 3 novembre 1983, au paragraphe 25; voir aussi *Baron*, précité, aux pages 436 à 437). Enfin, il est nécessaire de prendre en considération « l’ensemble des circonstances » (*Spencer*, précité, au paragraphe 18). À mon avis, cela signifie qu’il faut tenir compte des intérêts de la personne ou des personnes en particulier dont le droit au respect de la vie privée est en jeu. Il est difficile d’imaginer comment l’ensemble des circonstances n’inclurait pas une évaluation du droit au respect de la vie privée de la personne ou des personnes elles-mêmes dont les intérêts seraient touchés si le SCRS obtenait des DIB auprès d’un FSC.

[64] Malgré ce qui précède, il n’est pas nécessaire que les mandats autorisant le SCRS à obtenir des DIB établissent un lien entre les comptes en question et des personnes nommées. Souvent, c’est précisément parce que le SCRS ne connaît pas le nom lié au numéro de téléphone, [\*\*\*[ou identifiants électroniques]\*\*\*] entre autres, qu’il doit être en mesure d’obtenir des DIB relatives aux comptes correspondants auprès d’un FSC.

[65] Même s’il ne connaît pas le nom d’une personne, le SCRS peut disposer d’assez d’informations sur elle [\*\*\*] pour fournir à la Cour des motifs raisonnables de croire qu’il lui faut obtenir les DIB liées à un compte pour faire progresser son enquête, comme le prévoit l’alinéa 21(2)a) de la Loi sur le SCRS. Cela peut être parce que la personne liée au numéro de téléphone ou à l’identificateur électronique semble mener des activités qui constituent une menace envers la sécurité du Canada ou parce qu’elle semble être en mesure de donner au SCRS des informations qui faciliteront son enquête sur ces activités. J’accepte le témoignage de M. [\*\*\*] selon qu’il peut être utile au SCRS, pour faire progresser une enquête, d’obtenir des DIB et, donc, d’apprendre qui se cache derrière [\*\*\*] identifiants [\*\*\*]

[66] Dans de telles situations, il suffit au SCRS de fournir des éléments de preuve suffisants au sujet d’un

of the types of other identifiers mentioned above to establish reasonable grounds to believe that CSIS requires the BII of the account corresponding to that number or identifier, to advance its investigation. In my experience, those grounds can often be established by providing the Court with a brief description of the context in which CSIS obtained the telephone number or other identifier in respect of which BII is sought. It is that specific context that can provide the Court with the nexus between the unidentified individual whose privacy rights will be engaged by the BII power, and CSIS's investigation.

[67] Where CSIS is not in possession of the telephone number or other identifier at the time of a warrant application for authorization to obtain BII information, it will remain open to CSIS to describe the telephone number or identifier in a way that enables the Court to satisfy itself of the matters referred to in paragraphs 21(2)(a) and (b) of the Act. With respect to the reasonable grounds to believe referred to in paragraph 21(2)(a), it may suffice to provide the Court with an understanding of the nexus between CSIS's investigation and the specific individual(s) whose privacy interests would be intruded upon. For example, it may suffice to describe a telephone number in terms of a future communication by a subject of investigation. If there were reasonable grounds to believe that the subject of investigation may be engaged in activities that pose a threat to the security of Canada, there would be reasonable grounds to believe that the BII associated with the telephone numbers at each end of a future call placed or received by that individual is required to assist CSIS to advance its investigation of the threat-related activities of that person. Stated differently, this information would provide the Court with the reasonable basis contemplated by section 8 of the Charter on which to authorize CSIS to obtain the BII pertaining to the accounts of both the subject of investigation, and the yet-to-be identified third parties with whom he or she may communicate.

[68] For the same reason, it may suffice for CSIS to describe a BII authorization that it may wish to seek, by reference to a [\*\*\*[landline or electronic account]\*\*\*] account that CSIS may in the future discover has been used by a subject of investigation. The same would apply with respect to [\*\*\*[landline or electronic account]\*\*\*]

numéro de téléphone ou d'un des autres types d'identificateurs susmentionnés pour faire valoir qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'il a besoin des DIB liées au compte correspondant pour faire progresser son enquête. Selon mon expérience, il suffit souvent au SCRS, pour établir de tels motifs, de donner à la Cour une brève description du contexte entourant l'obtention du numéro de téléphone ou de l'identificateur relatif aux DIB recherchées. C'est justement ce contexte précis qui permet d'établir un lien entre l'enquête du SCRS et la personne non-identifiée dont les droits en matière de vie privée seront mis en jeu par le pouvoir d'obtenir des DIB.

[67] Lorsqu'il ne dispose pas du numéro de téléphone ou d'un autre identificateur au moment de demander un mandat l'autorisant à obtenir des DIB, le SCRS a toujours la possibilité de le décrire d'une manière qui permet à la Cour d'être convaincue de la présence des éléments prévus aux alinéas 21(2)a) et b) de la Loi sur le SCRS. En ce qui a trait aux motifs raisonnables de croire dont il est question à l'alinéa 21(2)a), il peut être suffisant d'expliquer à la Cour le lien qui unit l'enquête du SCRS et la ou les personnes dont le droit au respect de la vie privée sera enfreint. À titre d'exemple, il peut suffire de mentionner qu'un numéro de téléphone pourrait être utilisé par une cible. S'il existe des motifs raisonnables de croire que la cible mène des activités qui constituent une menace envers la sécurité du Canada, il existe également des motifs raisonnables de croire que le SCRS a besoin des DIB liées aux numéros de téléphone impliqués dans les appels qu'elle pourrait faire ou recevoir afin de faire progresser son enquête sur les activités liées à la menace de cette personne. Autrement dit, ces informations donneraient à la Cour le fondement raisonnable ayant trait à l'article 8 de la Charte pour autoriser le SCRS à obtenir les DIB liées aux comptes de la cible et de tiers toujours non-identifiés avec lesquels elle pourrait communiquer.

[68] Pour les mêmes motifs, il peut suffire au SCRS de décrire l'autorisation d'obtenir des DIB qu'il souhaite se voir octroyer par référence à un [\*\*\*[ligne terrestre ou identificateur électronique]\*\*\*] dont il pourrait éventuellement constater a été utilisé par une cible. Cela s'applique aussi aux [\*\*\*[ligne terrestre ou identificateur

accounts that CSIS may in the future discover are used by individuals [\*\*\*] Of course, CSIS would have to establish at the time it seeks the BII authorization in question that there are reasonable grounds to believe that persons [\*\*\*] may have been associated with the threat-related activities in question.

[69] In my view, the foregoing examples would meet the requirements of both section 21 of the Act and section 8 of the Charter. They strike an appropriate balance between the public interest in affording CSIS with a reasonable degree of flexibility to fulfill its statutory mandate, and the privacy interests of yet-to-be identified individuals whose BII would be obtained under a warrant. Among other things, those examples help to respond to the practical difficulty associated with threat-related activities in respect of future events (*Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107 (C.A.), at page 127).

- (2) The BII Warrant and the first type of proposed amendments to the warrants issued in [\*\*\*]

[70] With the foregoing in mind, it should be readily apparent that the appropriate balance is not met with the BII Warrant that CSIS has sought in [\*\*\*] or with the first type of amendments that have been proposed to three of the warrants that were issued in [\*\*\*]

[71] This is because the requested authorizations would permit CSIS to obtain BII in respect of any communications accounts that CSIS may identify over the course of very broadly defined investigations into threats to the security of Canada posed by Islamist terrorism and certain activities of [\*\*\*] where CSIS simply determines that BII will assist it in its investigation. Among other things, CSIS has not provided the Court with any understanding whatsoever of the specific nexus between (i) the as-yet-to be discovered telephone numbers and electronic identifiers in respect of which BII would be sought, and (ii) CSIS's investigations. The loosely defined "nexus" is simply too broad and nebulous (*R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at paragraphs 36 and 51). And it does not provide sufficient information for the Court to

électronique]\*\*\*] dont il pourrait constater éventuellement qu'ils sont utilisés par les titulaires [\*\*\*] Bien sûr, lorsqu'il demande cette autorisation relativement aux DIB, le SCRS doit démontrer qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les personnes qui ont [\*\*\*] impliquées dans les activités liées à la menace en question.

[69] Selon moi, les exemples précédents satisferaient aux exigences de l'article 21 de la Loi sur le SCRS et de l'article 8 de la Charte. Ils font état d'un juste équilibre entre l'intérêt public, car le SCRS s'y voit accorder un degré de souplesse raisonnable dans l'exécution de son mandat, et le droit au respect de la vie privée des personnes toujours non-identifiées dont le Service obtiendrait les DIB en vertu d'un mandat. Entre autres, ces exemples aident à réagir aux difficultés pratiques ayant trait aux activités liées à la menace dans le cadre d'événements futurs (*Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.), à la page 127).

- 2) Mandat sur les DIB et modifications du premier type proposées aux mandats décernés dans le dossier [\*\*\*]

[70] Compte tenu de ce qui précède, il devrait être apparent que le juste équilibre n'a pas été atteint en ce qui concerne le mandat sur les DIB demandé par le SCRS dans le dossier [\*\*\*] ou les modifications du premier type proposées à trois des mandats décernés dans le dossier [\*\*\*]

[71] En effet, les autorisations demandées permettraient au SCRS d'obtenir des DIB ayant trait à tout compte de communications qu'il pourrait découvrir dans le cadre d'enquêtes aux paramètres très généraux sur les menaces que le terrorisme islamiste et certaines activités de [\*\*\*] font peser sur la sécurité du Canada, lorsque le SCRS estime simplement qu'elles lui seront utiles pour l'enquête. Entre autres, le SCRS n'a fourni à la Cour aucune explication lui permettant de comprendre le lien précis entre i) les numéros de téléphones et identificateurs électroniques qu'il pourrait découvrir, pour lesquels il demande d'obtenir les DIB, et ii) ses enquêtes. Le « lien », vaguement défini, a tout simplement une portée excessive et manque de clarté (*R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, aux paragraphes 36 et 51). En outre, il n'est

be satisfied that such BII information is required to enable CSIS to investigate the threat to the security of Canada posed by Islamist terrorism, as contemplated by paragraph 21(2)(a) of the Act.

[72] As I have noted earlier, CSIS has described the threat to the security of Canada in [\*\*\*] in terms of “activities in paragraph (c) of the definition of ‘threats to the security of Canada’ found in section 2 of the Act that are [\*\*\*]”

[73] The language of the proposed BII Warrant does not enable the Court to know with which of the [\*\*\*] identified [\*\*\*] groups a communications account would be associated. Indeed, it does not even enable the Court to know the [\*\*\*] to which the telephone number or identifier would pertain. In my view, this does not permit the Court to have a sufficient sense of the nexus between the identified threat-related activities of Islamist terrorism and the individual whose privacy rights would be encroached upon to be considered “reasonable” within the meaning of section 8 of the Charter.

[74] This problem, which is fatal in and of itself, is exacerbated by the fact that one of the clauses in the BII Warrant that I initially assumed would limit, at least to some extent, the scope of the warrant, will not in fact have that effect. Specifically, I had assumed that the words “where a Chief determines that [...] the identity of the subscriber to the account will assist in the investigation of Islamist terrorism”, would place some important limit on the scope of the warrant. However, Mr. [\*\*\*] testified that obtaining BII will always assist CSIS’s investigation, even if it merely confirms that the individual who is identified through the BII is of no value to the investigation. Mr. [\*\*\*] explained that even just eliminating a person from further consideration will invariably assist an investigation. The logical extension of that argument is that obtaining the BII corresponding to any and all accounts that are merely identified in the course of an investigation will always assist in that investigation.

[75] I will pause here to observe that one of the consequences of a determination that the BII of any account will assist in CSIS’s investigation is that CSIS would retain collected information indefinitely. Another conse-

pas assez éloquent pour convaincre la Cour que le SCRS a besoin de ces DIB pour enquêter sur la menace que le terrorisme islamiste fait peser sur la sécurité du Canada, conformément à l’alinéa 21(2)a) de la Loi sur le SCRS.

[72] Comme je l’ai mentionné plus haut, aux fins du dossier [\*\*\*] le SCRS a défini la « menace envers la sécurité du Canada » comme les activités comprises à l’alinéa c) de la définition de cette expression figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS qui sont [\*\*\*]

[73] Le libellé du mandat sur les DIB proposé ne permet pas à la Cour de savoir auxquels de ces [\*\*\*] groupes [\*\*\*] un compte de communications serait associé. En fait, il ne permet même pas à la Cour de savoir à quel [\*\*\*] aurait trait le numéro de téléphone ou l’identificateur. À mon avis, le libellé ne permet pas à la Cour d’assez bien constater le lien entre les activités liées à la menace que constitue le terrorisme islamiste et la personne dont les droits en matière de vie privée seraient enfreints pour qu’elle le considère « non abusif » au sens de l’article 8 de la Charte.

[74] Il s’agit d’un problème rédhibitoire en soi que vient aggraver le fait que l’une des dispositions du mandat sur les DIB que je le croyais à l’origine en limiterait quelque peu sa portée, n’aura finalement pas cet effet. J’avais présumé que le segment [TRADUCTION] « lorsqu’un chef détermine que [...] l’identité de l’abonné au compte sera utile pour l’enquête sur le terrorisme islamiste » limiterait de façon importante la portée du mandat. Toutefois, M. [\*\*\*] a témoigné qu’obtenir des DIB aidera toujours le SCRS à faire progresser son enquête, même si cela ne fait que confirmer que la personne dont il établit l’identité grâce aux DIB n’a aucune utilité pour l’enquête. Selon M. [\*\*\*] éliminer quelqu’un de la liste des personnes à prendre en considération est, en soi, nécessairement utile à l’enquête. Partant, il est logique de conclure que l’obtention de DIB correspondant à tout compte simplement découvert dans le cadre d’une enquête sera toujours utile à cette enquête.

[75] Je me dois de remarquer que le fait de déterminer que les DIB liées à un compte seront utiles à une enquête du SCRS entraîne des conséquences, notamment celle voulant que le Service conserve indéfiniment les infor-

quence is that such information may well be shared with a foreign intelligence agency.

[76] The same problems exist with the first of the two types of BII authorizations that CSIS requested be added to three of the warrants that were issued in the first phase of [\*\*\*] I recognize that the threat-related activities in [\*\*\*] are more narrowly defined than they are in [\*\*\*] as they are confined to activities of [\*\*\*] that fall within paragraphs (a) and (b) of the definition of “threats to the security of Canada” set forth in section 2 of the Act. Nevertheless, to the extent that the language of the first group of authorizations sought in the requested warrant amendments in [\*\*\*] is virtually identical to the language of the BII Warrant being sought in [\*\*\*] it suffers from the same fatal flaw of overbreadth. This is because the Court has no understanding whatsoever of the specific nexus between the as-yet-to be discovered telephone numbers or electronic identifiers, and CSIS’s investigation.

[77] In passing, I will pause to recognize that in exceptional circumstances, CSIS may require BII or similar information in a shorter timeframe than may be needed to obtain a warrant or an amendment to an existing warrant. One such circumstance was the focus of an [\*\*\*] Warrant that was sought and granted in [\*\*\*] There, Justice Noël recognized that CSIS needed to be able to investigate threat-related [\*\*\*] Accordingly, he authorized CSIS to obtain subscriber information [\*\*\*] during its investigation of the threat to the security of Canada in question, where a regional director general or his designated had reasonable grounds to believe that such information might assist in that investigation. [\*\*\*] However, CSIS was then subject to a condition that required it to bring a further application to the Court, without delay, to execute the warranted powers in respect of any [\*\*\*] all as defined in the warrant.

[78] In my view, no exceptional situation of this nature, or any other nature, has been identified in these proceedings.

mations recueillies et, une autre conséquence serait que le SCRS les communique éventuellement à un service de renseignement étranger.

[76] Le premier des deux types d’autorisations relatives aux DIB dont le SCRS a demandé l’ajout à trois des mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] comporte les mêmes problèmes. Je reconnais que, dans ce dossier, les activités liées à la menace sont mieux circonscrites que dans le dossier [\*\*\*] En effet, elles concernent uniquement les activités [\*\*\*] qui correspondent aux alinéas a) et b) de la définition de « menaces envers la sécurité du Canada » figurant à l’article 2 de la Loi sur le SCRS. Néanmoins, puisqu’il est pratiquement identique au libellé du mandat sur les DIB demandé dans le dossier [\*\*\*] le libellé de la première catégorie d’autorisations figurant dans les modifications demandées aux mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] comporte le même défaut rédhibitoire : une portée excessive. En effet, la Cour n’a aucune idée du lien précis entre l’enquête du SCRS et les numéros de téléphones ou identificateurs électroniques susceptibles d’être découverts.

[77] Je reconnais en passant que le SCRS, en des circonstances exceptionnelles, peut avoir besoin de DIB ou d’informations similaires dans un délai plus court que celui qui est nécessaire pour obtenir un mandat ou apporter des modifications à un mandat existant. Je mentionne à titre d’exemple le mandat sur [\*\*\*] demandé et octroyé dans une telle circonstance dans le dossier [\*\*\*] Dans ce dossier, le juge Noël avait reconnu que le SCRS devait pouvoir enquêter sur des [\*\*\*] liées à la menace [\*\*\*] Il avait donc autorisé le SCRS à obtenir des informations auprès d’un fournisseur de services en ligne sur [\*\*\*] pendant son enquête sur la menace envers la sécurité du Canada, lorsqu’un directeur général régional ou la personne désignée avait des motifs raisonnables de croire que ces informations pouvaient lui être utiles dans le cadre de l’enquête. [\*\*\*] Par contre, le SCRS était alors assujéti à une condition exigeant qu’il présente sans tarder une autre demande à la Cour pour exécuter le mandat contre toute [\*\*\*] termes définis dans le mandat.

[78] À mon avis, aucune situation exceptionnelle de ce genre ou d’une autre nature n’a été constatée en l’espèce.

C. *Can the Court authorize CSIS to obtain BII in respect of communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to [\*\*\*] individuals and [\*\*\*] additional individuals who have been identified [\*\*\*]*

[79] This issue is raised solely in respect of the second type of BII authorization that CSIS has requested be added to three of the warrants in [\*\*\*] This authorization would enable CSIS to obtain BII in respect of communications accounts identified pursuant to its review of specifically defined information obtained in relation to [\*\*\*] named individuals and [\*\*\*] additional individuals who have been identified [\*\*\*]

[80] In my view, this authorization does not suffer from the defects described in the preceding section above. It is perhaps for that reason that it was not the subject of significant submissions by the Attorney General or the *amici* in these applications. Accordingly, I will only deal with this type of authorization briefly.

[81] In contrast to the first type of authorization sought in [\*\*\*] and to the BII Warrant sought in [\*\*\*] the Court has been provided with the information that it requires to grant the authorization. That is to say, it has been provided with sufficient information to have reasonable grounds to believe that the BII of the specific individuals whose privacy rights would be encroached upon is required to assist CSIS to advance its investigation into [\*\*\*] threat-related activities.

[82] Specifically, paragraph 10(a) of the [\*\*\*] would authorize the Director of CSIS and any employee of CSIS acting under his authority to obtain BII in respect of any third party account with a CSP that CSIS may identify during its review of:

- i. [\*\*\*[the identified individuals]\*\*\*];
- ii. [\*\*\*]
- iii. [\*\*\*]
- iv. [\*\*\*]

C. *La Cour peut-elle autoriser le SCRS à obtenir des DIB liées à des comptes de communications qu'il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à [\*\*\*] personnes identifiées par leur nom et à [\*\*\*] autres personnes ciblées [\*\*\*]*

[79] Cette question touche uniquement à l'autorisation du second type, relative aux DIB, dont le SCRS a demandé l'ajout à trois des mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] Elle permettrait au SCRS d'obtenir des DIB liées à des comptes de communications qu'il a découverts en examinant des informations clairement définies ayant trait à [\*\*\*] personnes identifiées par leur nom et à [\*\*\*] personnes ciblées [\*\*\*]

[80] À mon avis, cette autorisation ne comporte pas les défauts dont il est question à la section précédente, ce qui explique peut-être pourquoi elle n'a pas fait l'objet d'observations substantielles par la procureure générale ou les *amici* en l'espèce. Je ne m'y attarderai donc que brièvement.

[81] En l'occurrence, contrairement à l'autorisation du premier type demandée dans le dossier [\*\*\*] et au mandat sur les DIB demandé dans le dossier [\*\*\*] la Cour a reçu les informations nécessaires pour accorder l'autorisation, c'est-à-dire qu'elle en a appris suffisamment pour avoir des motifs raisonnables de croire que le SCRS a besoin des DIB liées aux personnes dont les droits en matière de vie privée seraient enfreints pour faire progresser son enquête sur les activités liées à la menace de [\*\*\*]

[82] En particulier, le paragraphe 10a) du [\*\*\*] autoriserait le directeur du SCRS et tout employé du SCRS agissant sous son autorité à obtenir des DIB ayant trait à tout compte de tiers auprès d'un FSC que le Service peut découvrir dans le cadre de son examen :

- i. [\*\*\*[personnes identifiées]\*\*\*]
- ii. [\*\*\*]
- iii. [\*\*\*]
- iv. [\*\*\*]

[83] CSIS seeks to include essentially the same authorization in paragraph 2(a) of the [\*\*\*] and in paragraph 5(a) of the [\*\*\*]

[84] The information described at paragraph 82 above all relates directly to [\*\*\*] individuals who are subjects of investigation. There are reasonable grounds to believe that those individuals may be engaged in activities that constitute threats to the security of Canada. Based on those facts, I am satisfied that CSIS has established reasonable grounds to believe that BII in respect of telephone numbers or electronic identifiers that it may identify, after reviewing the information described at paragraph 82 above, is required to enable CSIS to advance its investigation into the threat-related activities [\*\*\*]

[85] I will simply add in passing that I am satisfied that the other preconditions to obtaining a warrant, as set forth in paragraph 21(2)(b) of the Act, have been met.

[86] In summary, I will grant the second group of requested amendments to three of the warrants that were previously issued by Justice Noël in [\*\*\*] to enable CSIS to obtain BII in respect of communications accounts of third parties that may be identified pursuant to its review of the information of the identified individuals that is described at paragraph 82 above.

[87] Nevertheless, I have a concern regarding the potentially large number of third parties whose BII may be obtained by CSIS, as a result of the execution of this BII authorization in respect of the [\*\*\*] individuals who are targets [\*\*\*] Those [\*\*\*] respectively. Given the nature of [\*\*\*] it is reasonably foreseeable that a potentially large number of members of the public who communicate with those individuals for entirely legitimate purposes will come within the scope of the BII authorization. And once subject to that authorization, their BII may be obtained by CSIS and retained indefinitely. Accordingly, it will be necessary to develop some conditions to address these issues.

[83] Le SCRS cherche à faire ajouter essentiellement la même autorisation au paragraphe 2a) du [\*\*\*] et au paragraphe 5a) du [\*\*\*]

[84] Les informations dont il est question au paragraphe 82 ci-haut ont toutes un lien direct avec [\*\*\*] personnes [\*\*\*] qui font l'objet d'une enquête. Il existe des motifs raisonnables de croire que ces personnes peuvent mener des activités qui constituent des menaces envers la sécurité du Canada. Me fondant sur ces faits, je suis convaincu que le SCRS a démontré qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'il a besoin des DIB liées à des numéros de téléphone ou à des identificateurs électroniques qu'il pourrait découvrir en examinant les informations dont il est question au paragraphe 82 afin de faire progresser son enquête sur les activités liées à la menace [\*\*\*]

[85] J'ajoute simplement en passant que je suis convaincu que les autres conditions préalables à l'obtention d'un mandat prévues à l'alinéa 21(2)b) de la Loi sur le SCRS ont été remplies.

[86] En résumé, j'accorderai la deuxième catégorie d'amendements demandés à trois des mandats décernés par le juge Noël au dossier [\*\*\*] de façon à permettre au SCRS d'obtenir les DIB ayant trait à tout compte de tiers pouvant être identifié à la suite de son examen de l'information des personnes identifiées qui sont décrites plus haut au paragraphe 82.

[87] Néanmoins, je demeure préoccupé par le nombre potentiellement élevé de tierce-parties dont les DIB auraient pu être obtenues par le SCRS, en raison de l'exécution de cette autorisation pour les DIB en lien avec les [\*\*\*] personnes [\*\*\*] qui sont des cibles [\*\*\*] Étant donné [\*\*\*] il est raisonnablement prévisible qu'un nombre potentiellement élevé de membres du public communiquent avec les [\*\*\*] à des fins totalement légitimes et, ce faisant, tombent dans le champ d'application de l'autorisation octroyée pour l'obtention de DIB. Une fois assujettie à une telle autorisation, leur DIB pourrait être obtenu et conservé indéfiniment. Par conséquent, il s'avérera nécessaire d'imposer des conditions pour mieux répondre à ces préoccupations.

D. *Can the Court authorize an employee of CSIS to obtain BII of a communications account that corresponds to a telephone number or an electronic identifier, where a “chief” within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation?*

[88] The Attorney General submits that a judge of this Court has the required discretion to allow a designated employee within CSIS to determine whether prescribed circumstances have been met for CSIS to request and obtain BII from a CSP. In this regard, the Attorney General maintains that discretion may rest with those responsible for the execution of a warrant, because such discretion will frequently be necessary. For example, she notes that general warrants issued under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, often allow police a degree of discretion that is reasonably necessary to carry out a search (*R. v. Poirier*, 2016 ONCA 582 (CanLII), at paragraphs 34 and 49), to search things that are not identified in the warrant (*R. v. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641 (C.A.)), or to search during a timeframe that is not specified in the warrant (*R. v. TELUS Communications Co.*, 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3, at paragraph 69).

[89] The Attorney General asserts that the discretion being sought is appropriate because of several safeguards that have been put in place to ensure that there is only a minimal impact on any privacy rights that may be engaged as a result of CSIS obtaining access to BII, and to ensure compliance with what the Court will be authorizing. Those safeguards are as follows:

- i. Before making a request for BII from a CSP, CSIS will first try to confirm the identity of the subscriber in question by other means.
- ii. Each request for BII from a CSP [\*\*\*]
- iii. Before a chief may approve a request for BII, he must be satisfied that the circumstances specified in the warrant exist, namely that (i) the telephone number or [\*\*\*[electronic identifier]\*\*\*] was identified in the course of the investigation in question,

D. *La Cour peut-elle autoriser un employé du SCRS à obtenir les DIB liées à un compte de communications correspondant à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu’un « chef » au sein du SCRS détermine que ce compte a été découvert lors d’une enquête et que les DIB faciliteraient cette enquête?*

[88] La procureure générale soutient que les juges de la Cour ont le pouvoir discrétionnaire de permettre à un employé désigné du SCRS de déterminer si les circonstances justifient que le Service demande des DIB à un FSC et les obtienne. À cet égard, selon la procureure générale, ce pouvoir peut être exercé par les personnes responsables d’exécuter le mandat, car cela sera souvent nécessaire. À titre d’exemple, elle souligne que les mandats généraux décernés en vertu du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, accordent souvent aux forces de police un pouvoir discrétionnaire raisonnablement nécessaire de procéder à une fouille ou à une perquisition (*R. v. Poirier*, 2016 ONCA 582 (CanLII), aux paragraphes 34 et 49), de le faire contre des objets qui ne figurent pas dans le mandat (*R. v. Noseworthy* (1997), 33 O.R. (3d) 641 (C.A.)) ou à un moment qui n’est pas précisé dans le mandat (*R. c. Société TELUS Communications*, 2013 CSC 16, [2013] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 69).

[89] La procureure générale soutient que le pouvoir discrétionnaire demandé est adéquat, car certaines mesures ont été prises afin d’assurer que l’obtention de DIB par le SCRS empiète minimalement sur les droits en matière de vie privée et que ceci soit fait en conformité avec ce que la Cour autorisera. Ces mesures sont :

- i. Avant de demande des DIB à un FSC, le SCRS essaie d’abord de confirmer l’identité de l’abonné par d’autres moyens.
- ii. [\*\*\*] de chaque demande d’obtention de DIB auprès d’un FSC, [\*\*\*]
- iii. Avant d’approuver la demande d’obtention de DIB, le chef doit être convaincu que les circonstances précisées dans le mandat existent bel et bien, c’est-à-dire i) que le numéro de téléphone ou [\*\*\*[identificateur électronique]\*\*\*] a été découvert au cours

and (ii) obtaining the identity of the subscriber will assist in that investigation.

- iv. The BII authorization provides that, when CSIS [\*\*\*]
- v. [\*\*\*]
- vi. CSIS will be required to destroy any information provided by a CSP that does not fall within the strict definition of BII.

[90] The *amici* acknowledge that agents of the state such as CSIS may be accorded a certain degree of discretion with respect to the *manner* in which a warrant is executed, including the discretion to do what is reasonably necessary to execute the warranted powers, and some temporal flexibility. However, they maintain that the BII Warrant and the first type of proposed amendments to the warrants that were issued in [\*\*\*] go far beyond the discretion that may be granted to CSIS with respect to the *execution* of the proposed warranted powers.

[91] I agree. In my view, those proposed authorizations would impermissibly delegate to a person holding the position of “chief” within CSIS a function that must be performed by a designated judge of this Court (*Canadian Security Intelligence Service Act (Re)*, [1998] 1 F.C. 420 (T.D.), at paragraph 17). That function is the determination of which specific communications accounts will be the subject of requests to CSPs for BII. In the exercise of that function, persons holding the position of “chief” within CSIS would, in essence, make the determination of whether the grounds that must be established before a specific individual’s privacy interests can be intruded upon, have been met.

[92] Only a designated judge can make such determinations in respect of the exercise of powers by CSIS that are more than minimally intrusive in nature. In conceding that a warrant is required to obtain the proposed authorizations, the Attorney General has also effectively conceded that those authorizations would be more than minimally intrusive in nature.

de l’enquête et ii) que l’identité de l’abonné sera utile au SCRS dans le cadre de l’enquête.

- iv. Conformément à l’autorisation relative aux DIB, le SCRS [\*\*\*]
- v. [\*\*\*]
- vi. Le SCRS est tenu de détruire toute information que lui remet un FSC qui ne correspond pas strictement à la définition de DIB.

[90] Les *amici* reconnaissent que les agents de l’État comme le SCRS peuvent se voir accorder un certain pouvoir discrétionnaire quant à la *manière* d’exécuter un mandat, notamment celui de prendre les mesures raisonnables pour exercer les pouvoirs octroyés, et une certaine souplesse de nature temporelle. Toutefois, ils soutiennent que le mandat sur les DIB et les modifications du premier type proposées aux mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] outrepassent largement le pouvoir discrétionnaire accordé au SCRS quant à l’*exercice* des pouvoirs proposés.

[91] Je suis d’accord. À mon avis, les autorisations proposées auraient pour effet de déléguer de façon inacceptable au titulaire d’un poste de « chef » au SCRS une fonction qui relève exclusivement d’un juge désigné de la Cour (*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, [1998] 1 C.F. 420 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 17). Cette fonction consiste à déterminer quels comptes de communications en particulier feront l’objet de demandes d’obtention de DIB auprès de FSC. Essentiellement, en exerçant cette fonction, le titulaire d’un poste de « chef » au SCRS déterminerait si les motifs qui doivent être établis avant qu’il soit possible d’enfreindre le droit d’une personne au respect de sa vie privée l’ont bel et bien été.

[92] Seul un juge désigné peut ainsi trancher les questions relatives à l’exercice, par le SCRS, de pouvoirs qui sont plus que minimalement envahissants. La procureure générale a reconnu qu’il faut un mandat pour obtenir les autorisations proposées. Partant, elle admet effectivement que ces autorisations concernent des activités dont les atteintes sont plus que minimales.

[93] An authorization for CSIS to engage in what amounts to a search that is more than minimally invasive in nature must be given by an entirely neutral and impartial arbiter who is capable of acting judicially in balancing the interests of the state against those of the individual whose privacy rights would be encroached upon (*Spencer*, above, at paragraph 68; *Goodwin*, above, at paragraph 56; *Hunter*, above, at pages 160–162; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at page 1134; *Grabowski v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 434, at pages 445–446).

[94] An individual holding the position of chief within CSIS is not capable of acting judicially in this regard, because such individuals cannot neutrally and impartially conduct that balancing exercise. As employees of CSIS, they are not neutral or independent in the sense required by the jurisprudence. In other words, the nature of their investigative functions “ill-accords with the neutrality and detachment necessary to assess whether the evidence reveals that the point has been reached where the interests of the individual must constitutionally give way to those of the state” (*Hunter*, above, at page 164; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at pages 311–312).

[95] This is borne out by the testimony provided by Mr. [\*\*\*] regarding the likely incentives of an individual holding the position of chief within CSIS. For example, at one point during the hearing, Mr. [\*\*\*] stated:

I think the Chief’s incentive is the same as everybody else’s incentive. It’s to determine whether or not there is a threat activity going on, to determine whether or not there is a threat to national security, and if so, to be in a position to investigate it and thereby be able to inform the government.

[96] In response to further questioning from the Court on this point, he stated:

To me the calculus on this one is very easy. The risk of not pursuing means I have a potential threat that I know nothing about, and I’m not willing to live with that.

[97] Elsewhere, he observed:

[93] Pour mener une activité assimilable à une fouille ou à une perquisition plus que minimalement envahissante, le SCRS doit en recevoir l’autorisation par un arbitre tout à fait neutre et impartial qui est en mesure d’exercer des fonctions judiciaires en établissant un équilibre entre les intérêts de l’État et ceux de la personne dont les droits à la vie privée seront atteints (*Spencer*, précité, au paragraphe 68; *Goodwin*, précité, au paragraphe 56; *Hunter*, précité, aux pages 160 à 162; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, à la page 1134; et *Grabowski c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 434, aux pages 445 et 446).

[94] Le titulaire d’un poste de chef au SCRS n’est pas en mesure d’exercer des fonctions judiciaires à cet égard, car il ne peut pas établir cet équilibre de façon neutre et impartiale. À titre d’employé du SCRS, il n’est ni neutre ni indépendant au sens exigé par la jurisprudence. Autrement dit, la nature de ses fonctions d’enquête «cadre mal avec la neutralité et l’impartialité nécessaires pour évaluer si la preuve révèle qu’on a atteint un point où les droits du particulier doivent constitutionnellement céder le pas à ceux de l’État» (*Hunter*, précité, à la page 164 et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, aux pages 311 et 312).

[95] Cela est corroboré par le témoignage de M. [\*\*\*] concernant les motivations probables du titulaire d’un poste de chef au SCRS. Par exemple, pendant l’audience, M. [\*\*\*] a dit :

[TRADUCTION] [J]e crois que les motivations d’un chef sont les mêmes que celles de toute autre personne. Il veut déterminer si une activité liée à une menace se déroule, s’il existe une menace envers la sécurité nationale et, dans l’affirmative, il souhaite être en mesure de faire enquête et, donc, d’en aviser le gouvernement.

[96] En réponse à d’autres questions de la Cour sur ce point, il a indiqué que :

[TRADUCTION] [S]elon moi, la situation est très simple. Si je ne procède pas, je risque de me retrouver en présence d’une menace possible dont j’ignore tout, et je ne suis pas prêt à vivre avec une telle réalité.

[97] Il observe plus loin que :

... I am not sure that the risk that the Chief would be assessing would be the risk of doing it but perhaps the risk of not doing it.

If we had a situation where there is a piece of information that is missing from the puzzle and I believe as the Chief, if I am signing this, that to get that piece of information will advance my investigation and allow me to have a better overview of the situation, then the risk of not doing that is I can't do my job. I can't provide that value added advice to the Government of Canada. I can't tell them what the threat is.

[98] In my view, it is readily apparent from the foregoing passages of Mr. [\*\*\*] testimony that a chief within CSIS would have a bias towards authorizing the obtaining of BII from a CSP any time that he thought that this would advance CSIS's investigation. And as discussed at paragraph 74 above, Mr. [\*\*\*] also testified that obtaining BII would *always* advance CSIS's investigation, even where it simply assists CSIS to determine that the individual behind a telephone number or electronic identifier is not involved in threat-related activities, and therefore cannot provide information that will assist CSIS to advance its investigation.

[99] In summary, this Court cannot authorize an employee within CSIS to obtain BII corresponding to a telephone or an electronic identifier, where a "chief" within CSIS determines that the account was identified during its investigation, and that the BII would assist CSIS in its investigation. Determinations as to which specific communications accounts may be the subject of requests to CSPs for BII must be made by a designated judge of this Court. Allowing such determinations to be made by a chief within CSIS would constitute an impermissible delegation of the Court's responsibility to determine whether the grounds to be met before an individual's privacy interests can be intruded upon, have been met. Moreover, chiefs within CSIS would not have the required degree of neutrality and impartiality to perform this important function.

[100] In my view, all of the foregoing is rendered even more troublesome by (i) the very broad definition of

[TRADUCTION] [...] je ne suis pas persuadé que le chef évaluerait le risque de passer à l'action, mais plutôt le risque de ne rien faire.

Si nous nous trouvions dans une situation où il manque une pièce du casse-tête, et si je croyais, à titre de chef, qu'accorder l'autorisation d'obtenir cette pièce permettrait à l'enquête de progresser et à moi-même d'avoir un meilleur aperçu de la situation, je risquerais, en ne prenant pas cette mesure, de ne pas faire mon travail, donc, de n'avoir aucun conseil à valeur ajoutée à offrir au gouvernement du Canada et de ne pas être en mesure de lui indiquer la nature de la menace.

[98] Selon moi, ces passages du témoignage de M. [\*\*\*] indiquent de toute évidence qu'un chef au SCRS aurait tendance à autoriser l'obtention de DIB auprès d'un FSC lorsqu'il serait d'avis que cela permettrait de faire progresser une enquête du Service. Comme il en est question au paragraphe 74 ci-haut, M. [\*\*\*] a également témoigné que l'obtention de DIB fait *toujours* progresser une enquête du SCRS, même si elle lui permet simplement de déterminer que la personne liée au numéro de téléphone ou à l'identificateur électronique n'est impliquée dans aucune activité liée à la menace et ne peut donc pas fournir des informations utiles au SCRS pour son enquête.

[99] En résumé, la Cour ne peut pas autoriser un employé du SCRS à obtenir des DIB liées à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique lorsqu'un « chef » au SCRS détermine que le compte de communications a été découvert dans le cadre d'une enquête et que ces DIB faciliteraient l'enquête du Service. Il est du ressort d'un juge désigné de la Cour de déterminer quels comptes de communication en particulier peuvent faire l'objet d'une demande de DIB auprès d'un FSC. Permettre à un chef au SCRS de prendre cette décision constituerait une délégation inacceptable de la responsabilité de la Cour, qui consiste à déterminer si les motifs qui doivent exister pour qu'il soit possible d'enfreindre le droit d'une personne au respect de sa vie privée ont bel et bien été établis. En outre, les chefs au SCRS ne disposent pas de la neutralité et de l'impartialité nécessaires pour assumer cette fonction importante.

[100] Selon moi, ce qui précède est encore plus problématique en raison i) de la définition très vaste de

Islamist terrorism that CSIS has adopted, (ii) the fact that CSIS would indefinitely retain all of the BII that it seeks to obtain under the requested authorizations, and (iii) the fact that there would be no limit whatsoever on CSIS's ability to share that information with foreign intelligence agencies.

[101] The defects identified above do not exist with respect to the second type of authorization that CSIS has sought in [\*\*\*] This is because the Court is able to perform, *in advance*, the required balancing assessment in respect of the privacy rights of the ascertainable, but yet-to-be identified third parties behind those telephone numbers and electronic identifiers, and the interests of the state. As in *Thompson*, above, those yet-to-be identified third parties can be ascertained and circumscribed by reference to their communications with known subjects of investigation who have been identified in the warrant (*Thompson*, above, at pages 1134–1135).

[102] In brief, once the Court is satisfied that there are reasonable grounds to believe that the identified individuals are engaged in activities that may pose a threat to the security of Canada, it has a specific basis upon which to be satisfied on that basis alone that there are reasonable grounds to believe that third parties, with whom the Identified Individuals are communicating, may have information that will assist CSIS to advance its investigation, and that, therefore, CSIS requires the BII in question in order to advance its investigation.

## VI. Conclusion

[103] For the reasons set forth in Parts V.B and D above, the Court cannot provide the broad authorization that CSIS has sought in the BII Warrant and in the first type of proposed amendments to three of the warrants that were issued in the first phase of [\*\*\*]

[104] This is so for two principal reasons. First, CSIS has not established and described the specific and required nexus between (i) the future telephone numbers and electronic identifiers that it may identify, and in respect of which it would like to be authorized prospectively to

terrorisme islamiste que le SCRS a adopté, ii) du fait que le SCRS pourrait conserver indéfiniment toutes les DIB obtenues au titre des autorisations demandées et iii) du fait que le SCRS pourrait, sans aucune limite, communiquer ces informations à des services de renseignement étrangers.

[101] L'autorisation du second type demandée par le SCRS dans le dossier [\*\*\*] ne comporte pas les problèmes susmentionnés, car la Cour peut effectuer, *au préalable*, l'évaluation requise pour établir l'équilibre entre les intérêts de l'État et les droits en matière de vie privée des tiers toujours non-identifiés, mais tout de même vérifiables, liés de façon vérifiable aux numéros de téléphone et aux identificateurs électroniques. Comme dans l'arrêt *Thompson*, précité, ces tiers toujours non-identifiés peuvent être repérés avec précision grâce à leurs communications avec des cibles connues que le mandat vise nommément (*Thompson*, précité, aux pages 1134 et 1135).

[102] En bref, lorsqu'elle est convaincue qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les personnes identifiées participent à des activités qui peuvent constituer une menace envers la sécurité du Canada, la Cour dispose d'un motif précis et suffisant de croire que les tiers avec qui ces Personnes identifiées communiquent peuvent détenir des informations qui aideront le SCRS à faire progresser son enquête et que, partant, ce dernier a besoin de ces DIB pour faire progresser son enquête.

## VI. Conclusion

[103] Pour les motifs énoncés aux parties V.B. et D ci-haut, la Cour ne peut pas accorder les vastes autorisations demandées par le SCRS dans le mandat sur les DIB et la première catégorie de modifications qu'il souhaite faire apporter à trois des mandats décernés à la première étape de l'instance dans le dossier [\*\*\*]

[104] Cela s'explique par deux raisons principales. Premièrement, le SCRS n'a ni établi ni décrit le lien précis qui doit exister entre i) les numéros de téléphone et identificateurs électroniques qu'il pourrait trouver et pour lesquels il veut être autorisé de manière prospective

obtain BII, and (ii) its investigations into Islamist terrorism, or the threat-related activities [\*\*\*] respectively. The loosely defined “nexus” that CSIS has described is simply too broad and nebulous. Moreover, CSIS has not provided sufficient information for the Court to be satisfied that BII is required to enable it to investigate the threats to the security of Canada posed by Islamist terrorism and [\*\*\*] as contemplated by paragraph 21(2)(a) of the Act.

[105] Second, that proposed authorization would impermissibly delegate to a person holding the position of “chief” within CSIS a function that must be performed by a designated judge of this Court. That function is the determination of whether the grounds that must be established before a specific individual’s privacy interests can be intruded upon, have been met. Quite apart from the fact that this is a function that must be performed by a designated judge of this Court, a chief within CSIS is not capable of making the required determination in a neutral and unbiased manner, as required by section 8 of the Charter.

[106] However, for the reasons set forth in Part V.C above, the Court is able to authorize the second group of amendments that CSIS has proposed be made to the warrants that were granted in [\*\*\*] This is because CSIS has established reasonable grounds to believe that BII information in respect of telephone numbers or electronic identifiers that it may identify after reviewing the information described at paragraph 82 above, is required to enable CSIS to advance its investigation. That information all relates directly to [\*\*\*] Identified Individuals who are subjects of investigation.

[107] Given the conclusion that I have reached with respect to the BII Warrant and the first group of amendments that CSIS has proposed in [\*\*\*] it will be necessary for CSIS to seek an authorization from the Court each time it identifies additional telephone numbers or electronic identifiers in respect of which it wishes to obtain BII from a CSP. At that time, CSIS will have to establish a sufficient nexus between the telephone number or other identifier in question and its investigation to satisfy the Court that there are reasonable grounds to

à obtenir les DIB, et ii) ses enquêtes sur le terrorisme islamiste ou sur les activités liées à la menace [\*\*\*] Le « lien » vaguement défini par le SCRS a tout simplement une portée excessive et manque de clarté. De plus, le Service n’a pas fourni suffisamment d’informations à la Cour pour la convaincre que les DIB sont nécessaires pour enquêter sur les menaces que le terrorisme islamiste et [\*\*\*] font peser sur la sécurité du Canada, conformément à l’alinéa 21(2)a de la Loi sur le SCRS.

[105] Deuxièmement, l’autorisation proposée entraînerait de façon inacceptable la délégation, au titulaire d’un poste de « chef » au SCRS, d’une fonction qui doit être exercée par un juge désigné de la Cour, c’est-à-dire déterminer si les motifs qui doivent être établis avant qu’il soit possible d’enfreindre le droit d’une personne au respect de sa vie privée l’ont bel et bien été. Outre le fait que cette fonction incombe exclusivement à un juge de la Cour, il demeure qu’un chef au SCRS n’est pas en mesure de prendre une telle décision de façon neutre et impartiale, comme l’exige l’article 8 de la Charte.

[106] Toutefois, pour les motifs énoncés à la partie V.C., la Cour peut autoriser la deuxième catégorie de modifications que le SCRS désire faire apporter aux mandats décernés dans le dossier [\*\*\*] En effet, le Service a démontré qu’il existe des motifs raisonnables de croire que les DIB liées aux numéros de téléphone ou identificateurs électroniques qu’il peut trouver en examinant les informations mentionnées au paragraphe 82 ci-haut lui sont nécessaires pour faire progresser son enquête. Ces informations ont toutes un lien direct avec [\*\*\*] Personnes identifiées qui font l’objet de l’enquête.

[107] Compte tenu de ma conclusion quant au mandat sur les DIB et la première catégorie de modifications proposée par le SCRS dans le dossier [\*\*\*] ce dernier devra obtenir une autorisation de la Cour chaque fois qu’il trouvera d’autres numéros de téléphone ou identificateurs électroniques pour lesquels il veut obtenir des DIB auprès d’un FSC. Le SCRS devra alors établir un lien suffisant entre le numéro de téléphone ou l’identificateur électronique et son enquête pour convaincre la Cour qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’il

believe that CSIS requires the BII of the corresponding communications account to advance its investigation.

[108] This is subject to the *proviso* that CSIS need not return to the Court when it has already obtained an advance authorization to obtain the BII of communications accounts corresponding to the telephone numbers or electronic identifiers of ascertainable, but yet-to-be identified individuals, such as those described in paragraphs 65–69 and 101–102 above.

[109] I recognize that the conclusion I have reached will likely impose an additional burden on CSIS. I also recognize that this may give rise to additional costs and delays associated with obtaining BII authorizations in relation to telephone numbers or electronic identifiers that may come to CSIS's attention during the course of its investigations into Islamist terrorism and the threat-related activities [\*\*\*] and which are not linked with a target that is the subject of a warrant. Given the adverse implications that the potential delays, in particular, may have for CSIS's ability to investigate threat-related activities, the Court will remain open to considering alternate approaches that are Charter compliant.

[110] In this regard, I note that CSIS already has an internal process in place that requires those who wish to seek warrant powers to explain why they require BII in respect of a telephone number or an electronic identifier that has been identified in the course of an investigation. Those explanations are provided in [\*\*\*] forms, a number of examples of which were provided to the Court in the course of these applications. In my view, many of the examples of [\*\*\*] forms provided to the Court contain sufficient information to provide the Court with reasonable grounds to believe that the BII in question was required to enable CSIS to investigate the threat-related activities of Islamist terrorism and [\*\*\*]

[111] I find it difficult to understand why it would require substantial time and effort to provide the Court with essentially the same information that has already been prepared by CSIS internally. If such information were simply provided by way of a supplementary affidavit, together with a proposed amendment to an existing

a besoin des DIB liées aux comptes de communication connexes pour faire progresser son enquête.

[108] Je précise toutefois que le SCRS n'a pas besoin de s'adresser de nouveau à la Cour lorsqu'il a déjà été autorisé à obtenir les DIB liées à des comptes de communications correspondant aux numéros de téléphone ou aux identificateurs électroniques de tiers toujours non-identifiés, mais tout de même vérifiable, comme ceux qui sont mentionnés aux paragraphes 65 à 69 et 101 à 102 des présents motifs.

[109] Je reconnais que ma conclusion imposera probablement un fardeau supplémentaire au SCRS. Je reconnais également qu'elle peut entraîner l'accroissement des coûts et des délais relatifs aux demandes d'autorisations d'obtenir des DIB liées [\*\*\*] identificateurs [\*\*\*] qui pourraient attirer l'attention du SCRS lors de ses enquêtes sur le terrorisme islamiste et les activités liées à la menace [\*\*\*] mais qui n'ont pas trait à la cible d'un mandat. Puisque de possibles retards peuvent nuire à la capacité du SCRS d'enquêter sur des activités liées à la menace, la Cour demeure disposée à étudier d'autres approches qui seraient conforme aux exigences prévues à la Charte.

[110] À ce propos, je souligne que le SCRS s'est doté d'une procédure interne qui exige des personnes qui souhaitent présenter une demande de mandat qu'elles donnent les raisons pour lesquelles elles ont besoin des DIB liées à un numéro de téléphone ou à un identificateur électronique découvert dans le cadre d'une enquête. Elles donnent ces explications dans le [\*\*\*] dont des exemples ont été fournis à la Cour en l'espèce. À mon avis, bon nombre de [\*\*\*] données en exemple à la Cour comportent suffisamment d'informations pour lui donner des motifs raisonnables que le SCRS avait besoin des DIB pour enquêter sur les activités liées à la menace [\*\*\*] et des acteurs du terrorisme islamiste.

[111] Je trouve ça difficile de comprendre pourquoi il faudrait qu'il faille beaucoup de temps et d'efforts pour fournir à la Cour des informations qui ont essentiellement déjà été préparées au SCRS. S'il fournissait simplement ces informations dans un affidavit supplémentaire en compagnie d'une proposition de modification à mandat

warrant, the time and effort that would be required on CSIS's part may not be unduly onerous at all.

JUDGMENT in [\*\*\*]

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is dismissed.

JUDGMENT in [\*\*\*]

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is dismissed in part.

Specifically:

1. For the reasons provided in Parts V.B. and D. of the attached judgment and reasons, the following amendments that the Attorney General has sought to three of the warrants that were issued by Justice Noël during the first phase of this application will be not be granted:
  - i. [\*\*\*] new paragraph 10(b);
  - ii. [\*\*\*] new paragraph 5(b);
  - iii. [\*\*\*] new paragraph 2(b);
2. For the reasons provided in Part V.C. of the attached judgment and reasons, the other amendments that the Attorney General has sought to the aforementioned warrants will be granted.

The present judgment and reasons shall, within seven days of receipt, be reviewed jointly by the *amici curiae* and the Attorney General with a view to making a joint recommendation to the Court regarding redactions to the version of the judgment and reasons that will be made public. The Attorney General and the *amici* must be guided by the open court principle in their consultation and determination. Any contentious issues shall be drawn to my attention or to the attention of another designated judge, if I am unable to exercise my judicial function.

existant, le SCRS pourrait ne pas trouver excessifs du tout le temps et les efforts nécessaires.

JUGEMENT DANS [\*\*\*]

LE JUGEMENT DE CETTE COUR est que la demande est rejetée.

JUGEMENT DANS [\*\*\*]

LE JUGEMENT DE CETTE COUR est que cette demande est rejetée en partie.

Plus précisément :

1. Pour les motifs prévus aux parties V.B. et D du jugement et motifs ci-joint, les amendements que la procureure générale avait demandé à trois des mandats qui avaient été décernés par le juge Noël à la première phase de cette demande ne seront pas accueillis :
  - i. [\*\*\*] nouveau paragraphe 10(b);
  - ii. [\*\*\*] nouveau paragraphe 5(b);
  - iii. [\*\*\*] nouveau paragraphe 2(b);
2. Pour les motifs prévus à la Partie V.C au jugement et motifs ci-joint, les autres amendements que la procureure générale a demandés aux mandats précités seront décernés.

Dans les sept jours suivant la date du présent jugement et des motifs qui l'accompagnent, les *amici curiae* et la procureure générale les passeront en revue pour déterminer les parties qui peuvent être rendues publiques. Les *amici curiae* et la procureure générale se consulteront et prendront des décisions en fonction du principe de la publicité des débats judiciaires. Toute question litigieuse doit être soumise à mon attention ou à celle d'un juge désigné, advenant le cas où je ne suis pas en mesure d'exercer ma fonction judiciaire.

## APPENDIX I

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23

## Definitions

2 In this Act,

...

*threats to the security of Canada* means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d). (*menaces envers la sécurité du Canada*)

...

## DUTIES AND FUNCTIONS OF SERVICE

## Collection, analysis and retention

**12 (1)** The Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in

## ANNEXE I

*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23

## Définitions

2 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

*menaces envers la sécurité du Canada* Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l'espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d'espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l'étranger qui touchent le Canada ou s'y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d'une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s'y déroulent et visent à favoriser l'usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d'atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d'une cause, de protestation ou de manifestation d'un désaccord qui n'ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d). (*threats to the security of Canada*)

[...]

## FONCTIONS DU SERVICE

## Informations et renseignements

**12 (1)** Le Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité

relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada.

**No territorial limit**

(2) For greater certainty, the Service may perform its duties and functions under subsection (1) within or outside Canada.

...

JUDICIAL CONTROL

**Application for warrant**

**21 (1)** If the Director or any employee designated by the Minister for the purpose believes, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate, within or outside Canada, a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16, the Director or employee may, after having obtained the Minister's approval, make an application in accordance with subsection (2) to a judge for a warrant under this section.

**Matters to be specified in application for warrant**

(2) An application to a judge under subsection (1) shall be made in writing and be accompanied by an affidavit of the applicant deposing to the following matters, namely,

(a) the facts relied on to justify the belief, on reasonable grounds, that a warrant under this section is required to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada or to perform its duties and functions under section 16;

(b) that other investigative procedures have been tried and have failed or why it appears that they are unlikely to succeed, that the urgency of the matter is such that it would be impractical to carry out the investigation using only other investigative procedures or that without a warrant under this section it is likely that information of importance with respect to the threat to the security of Canada or the performance of the duties and functions under section 16 referred to in paragraph (a) would not be obtained;

(c) the type of communication proposed to be intercepted, the type of information, records, documents or things proposed to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) proposed to be exercised for that purpose;

du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard.

**Aucune limite territoriale**

(2) Il est entendu que le Service peut exercer les fonctions que le paragraphe (1) lui confère même à l'extérieur du Canada.

[...]

CONTRÔLE JUDICIAIRE

**Demande de mandat**

**21 (1)** Le directeur ou un employé désigné à cette fin par le ministre peut, après avoir obtenu l'approbation du ministre, demander à un juge de décerner un mandat en conformité avec le présent article s'il a des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête, au Canada ou à l'extérieur du Canada, sur des menaces envers la sécurité du Canada ou d'exercer les fonctions qui lui sont conférées en vertu de l'article 16.

**Contenu de la demande**

(2) La demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit et accompagnée de l'affidavit du demandeur portant sur les points suivants :

a) les faits sur lesquels le demandeur s'appuie pour avoir des motifs raisonnables de croire que le mandat est nécessaire aux fins visées au paragraphe (1);

b) le fait que d'autres méthodes d'enquête ont été essayées en vain, ou la raison pour laquelle elles semblent avoir peu de chances de succès, le fait que l'urgence de l'affaire est telle qu'il serait très difficile de mener l'enquête sans mandat ou le fait que, sans mandat, il est probable que des informations importantes concernant les menaces ou les fonctions visées au paragraphe (1) ne pourraient être acquises;

c) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont à autoriser;

(d) the identity of the person, if known, whose communication is proposed to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing proposed to be obtained;

(e) the persons or classes of persons to whom the warrant is proposed to be directed;

(f) a general description of the place where the warrant is proposed to be executed, if a general description of that place can be given;

(g) the period, not exceeding sixty days or one year, as the case may be, for which the warrant is requested to be in force that is applicable by virtue of subsection (5); and

(h) any previous application made under subsection (1) in relation to a person who is identified in the affidavit in accordance with paragraph (d), the date on which each such application was made, the name of the judge to whom it was made and the judge's decision on it.

#### Issuance of warrant

(3) Notwithstanding any other law but subject to the *Statistics Act*, where the judge to whom an application under subsection (1) is made is satisfied of the matters referred to in paragraphs (2)(a) and (b) set out in the affidavit accompanying the application, the judge may issue a warrant authorizing the persons to whom it is directed to intercept any communication or obtain any information, record, document or thing and, for that purpose,

(a) to enter any place or open or obtain access to any thing;

(b) to search for, remove or return, or examine, take extracts from or make copies of or record in any other manner the information, record, document or thing; or

(c) to install, maintain or remove any thing.

#### Activities outside Canada

(3.1) Without regard to any other law, including that of any foreign state, a judge may, in a warrant issued under subsection (3), authorize activities outside Canada to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada.

d) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

e) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat demandé;

f) si possible, une description générale du lieu où le mandat demandé est à exécuter;

g) la durée de validité applicable en vertu du paragraphe (5), de soixante jours ou d'un an au maximum, selon le cas, demandée pour le mandat;

h) la mention des demandes antérieures présentées au titre du paragraphe (1) touchant des personnes visées à l'alinéa d), la date de chacune de ces demandes, le nom du juge à qui elles ont été présentées et la décision de celui-ci dans chaque cas.

#### Délivrance du mandat

(3) Par dérogation à toute autre règle de droit mais sous réserve de la *Loi sur la statistique*, le juge à qui est présentée la demande visée au paragraphe (1) peut décerner le mandat s'il est convaincu de l'existence des faits mentionnés aux alinéas (2)a) et b) et dans l'affidavit qui accompagne la demande; le mandat autorise ses destinataires à intercepter des communications ou à acquérir des informations, documents ou objets. À cette fin, il peut autoriser aussi, de leur part :

a) l'accès à un lieu ou un objet ou l'ouverture d'un objet;

b) la recherche, l'enlèvement ou la remise en place de tout document ou objet, leur examen, le prélèvement des informations qui s'y trouvent, ainsi que leur enregistrement et l'établissement de copies ou d'extraits par tout procédé;

c) l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'objets.

#### Activités à l'extérieur du Canada

(3.1) Sans égard à toute autre règle de droit, notamment le droit de tout État étranger, le juge peut autoriser l'exercice à l'extérieur du Canada des activités autorisées par le mandat décerné, en vertu du paragraphe (3), pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada.

**Matters to be specified in warrant**

(4) There shall be specified in a warrant issued under subsection (3)

(a) the type of communication authorized to be intercepted, the type of information, records, documents or things authorized to be obtained and the powers referred to in paragraphs (3)(a) to (c) authorized to be exercised for that purpose;

(b) the identity of the person, if known, whose communication is to be intercepted or who has possession of the information, record, document or thing to be obtained;

(c) the persons or classes of persons to whom the warrant is directed;

(d) a general description of the place where the warrant may be executed, if a general description of that place can be given;

(e) the period for which the warrant is in force; and

(f) such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest.

**Maximum duration of warrant**

(5) A warrant shall not be issued under subsection (3) for a period exceeding

(a) sixty days where the warrant is issued to enable the Service to investigate a threat to the security of Canada within the meaning of paragraph (d) of the definition of that expression in section 2; or

(b) one year in any other case.

**Contenu du mandat**

(4) Le mandat décerné en vertu du paragraphe (3) porte les indications suivantes :

a) les catégories de communications dont l'interception, les catégories d'informations, de documents ou d'objets dont l'acquisition, ou les pouvoirs visés aux alinéas (3)a) à c) dont l'exercice, sont autorisés;

b) l'identité de la personne, si elle est connue, dont les communications sont à intercepter ou qui est en possession des informations, documents ou objets à acquérir;

c) les personnes ou catégories de personnes destinataires du mandat;

d) si possible, une description générale du lieu où le mandat peut être exécuté;

e) la durée de validité du mandat;

f) les conditions que le juge estime indiquées dans l'intérêt public.

**Durée maximale**

(5) Il ne peut être décerné de mandat en vertu du paragraphe (3) que pour une période maximale :

a) de soixante jours, lorsque le mandat est décerné pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada au sens de l'alinéa d) de la définition de telles menaces contenue à l'article 2;

b) d'un an, dans tout autre cas.

# DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.

---

## ABORIGINAL PEOPLES

### ELECTIONS

Reasons for order dismissing election appeal concerning allegation successful candidate in elections for chief and councillors bought vote of an elector by giving her money on day of election — Proceeding herein offering opportunity to address intersection of Indigenous law with Canadian case law, alternative Indigenous process of seeking resolution through agreement as contrasted with process of litigation, adjudication — Roseau River Anishinabe First Nation (RRAFNF) selecting their leaders by RRAFNF Constitution, RRAFNF Election Act — Custom Council consisting of family representatives; Chief, Council consisting of elected First Nations representatives — In 2015, applicants applying for urgent injunctive order relating to election for chief, council, conduct of RRAFNF election — Agreement between parties resulting in consent order providing for two co-electoral officers to decide electoral matters jointly, to seek binding direction or order from judicial officer if no consensus reached — All parties consenting to Federal Court's (F.C.) jurisdiction as proper authority for consideration, determination of election appeal — Order specifying F.C. may consider relevant sources of law, including but not limited to RRAFNF Election Act, RRAFNF Constitution, Canadian legislation, case law — Issues whether vote buying valid ground of appeal, whether facts disclosing vote buying in election — Vote buying valid ground for appeal under RRAFNF Election Act — Modern statutory interpretation approach having application with custom governance legislation enacted by First Nations — Reading of RRAFNF Election Act disclosing Act having as purpose holding of fair elections that reflect free choice of RRAFNF electors in deciding their leadership — Vote buying corrupt practice, contrary to holding of fair elections — Those not having characteristics of fairness eligible for removal from office under RRAFNF Election Act, s. 14(a) — Prohibition against unfair, corrupt practice for those in office, but not for those in process of seeking election to that office, illogical, contrary to overall purpose of RRAFNF Election Act — As a result, immoral, corrupt practice of vote buying is contrary to the public interest of the RRAFNF to have free, fair elections and is therefore contrary to the RRAFNF Election Act — Term “corrupt practice” as included in RRAFNF Election Act's ss. 4(i), 10(b)(ii) reference to “criminal” actions or activity such that vote buying ground for appeal in RRAFNF election appeal — “Criminal” to be interpreted as including scandalous or deplorable conduct such as corrupt practices, including vote buying — In present case, allegation that candidate intending to buy elector's vote not supported by preponderance of evidence — As a result, Electoral Officer recommending dismissal of appeal — Recommendation accepted — Election appeal dismissed.

HENRY V. ROSEAU RIVER ANISHINABE FIRST NATION GOVERNMENT (T-199-15, 2017 FC 1038, Mandamin J., reasons for order dated November 15, 2017, 62 pp.)

### LANDS

Duty to consult — Judicial review challenging adequacy of consultation by respondent Minister of Indian Affairs and Northern Development (Minister) with members of North Slave Métis Alliance (NSMA) with respect to Northwest Territory Métis Nation Land and Resources Agreement-in-Principle (NWTMN AiP) — Applicant asserting, *inter alia*, that: final agreement negotiated pursuant to NWTMN AiP adversely affecting members of NSMA's Aboriginal harvesting rights recognized, affirmed under *Constitution Act, 1982*, s. 35(1); decision to exclude NSMA from consultations based on several errors of law, unreasonable; negotiations towards final Northwest Territory Métis Nation land, resources agreement to be stayed until meaningful consultation with NSMA occurring — Minister submitting, *inter alia*, that duty to consult not arising in this case, as members of NSMA part of

**ABORIGINAL PEOPLES—Concluded**

group with whom Canada negotiating — Applicant saying Canada, Government of the Northwest Territories (GNWT) negotiating agreement with Northwest Territory Métis Nation (NWTMN) that is blind to constitutional distinction between “Métis”, “Indian” peoples; Aboriginal ancestry just one *indicia* of being Métis; term “Métis” not encompassing all individuals with mixed Indian, European heritage — Asserting that members of NSMA ethnically “Métis”, satisfying criteria established by Supreme Court in *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207 (*Powley*) — In accordance with non-derogation clause in NWTMN AiP, no provision in any final agreement to be construed as affecting any Aboriginal or treaty rights of any Aboriginal People other than individuals eligible to be enrolled under final agreement — Applicant acknowledging that NSMA members sharing ancestral ties to South Slave region Dene eligible to be enrolled under final agreement, non-derogation clause only protecting rights of Aboriginal groups distinct from those with ancestral ties to South Slave region Dene — Submitting it should be open to such individuals to choose to assert *Powley*-type Métis rights through NSMA, rather than participate in NWTMN negotiation process by virtue of their Dene ancestry — Applicant having authority to commence this application by virtue of his office as duly-elected president of NSMA so as to satisfy requirements of *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 114(1)(b) — Issues whether: duty to consult with NSMA triggered; Crown properly assessing extent of its duty to consult NSMA — Duty on part of Canada to consult with NSMA triggered herein — Disagreement with respect to whether duty to consult owed to NSMA stemming from fact that Aboriginal people whose rights at stake are Métis, rather than “Indians” — Governance structures, legal status of groups of “Indians” largely governed by provisions of *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 — No comparable legislation at federal or territorial level creating legal identities, governance structures for identifiable Métis collectives — As result, unclear who Crown must consult prior to taking action affecting Métis’ Aboriginal rights — NSMA representing different constituency within Métis community than does NWTMN — Both organizations having different objectives, priorities, criteria for membership — Adverse inference drawn herein from fact NWTMN refusing to disclose its current membership numbers — This information likely not assisting NWTMN in demonstrating it was only organization entitled to be consulted — Métis communities having significant role to play in identification of membership requirements, development of organizational, governance structures — Not for Canada to decide which organization better suited to represent interests of Northwest Territories Métis community or which organization having more appealing agenda — Here, Canada, GNWT negotiating with NWTMN for historical reasons, based on its members’ Aboriginal ancestry, not because NWTMN members necessarily representing s. 35 rights-bearing *Powley* Métis community — Knowledge of credible but unproven claim sufficient to trigger duty to consult, accommodate — Canada appearing to conclude having no obligation to consult with NSMA once it determined that some NSMA members eligible for membership in NWTMN, eligible for enrollment under NWTMN AiP — Not considering differences in objects, priorities, criteria for membership between organizations, credibility of organizations as representatives of Northwest Territories Métis community — Conclusion that no duty to consult owed to NSMA lacking justification, transparency, intelligibility required of reasonable decision 9 — NSMA credible organization entitled to be consulted with respect to any actions of Crown having adverse impact on Aboriginal rights of its members — Canada failing to consult sufficiently deeply with NSMA prior to entering into the NWTMN AiP — Scope of duty to consult proportionate to preliminary assessment of strength of case supporting existence of right or title, of seriousness of potentially adverse effect upon right or title claimed — Failure of Crown to conduct preliminary assessment of strength of Aboriginal claim, to determine scope of consultation required, to discuss assessment with Aboriginal group breach of duty to consult — Preliminary assessment by Canada identifying Aboriginal right to hunt for food according to traditional practices — Stating, *inter alia*, NWTMN AiP contemplating providing harvesting rights to Métis throughout proposed agreement area — Preliminary assessment never shared with NSMA, only produced in context of present application — Crown required to provide affected Aboriginal group with opportunity to comment on preliminary assessment of strength of claim, potential impact of proposed decision on asserted rights — Nothing in document regarding Canada’s assessment of strength of claims of NSMA’s members to s. 35 harvesting rights as Métis — No indication as to what assessment, if any, Crown making concerning scope of its duty to consult with NSMA — Crown required to correctly identify legal parameters of content of duty to consult — Canada refusing to assess strength of claimed right of NSMA members to hunt in area north of Great Slave Lake as Métis — Preliminary assessment missing most significant potential adverse effect contemplated by the NWTMN AiP, i.e. extinguishment of Aboriginal harvesting rights in area north of Great Slave Lake of those NSMA members who had Dene ancestors from South Slave region — Canada appearing to have misunderstood extent of impact that final land, resources agreement could have on that right — Extinguishing important Aboriginal right in group’s traditional territory Crown action having profound impact on asserted right, traditional way of life not readily compensable — This suggesting that consultation towards deeper end of spectrum required in this case — No final land, resources agreement between federal, territorial governments, Northwest Territories Métis to be concluded until meaningful consultation with NSMA members undertaken at mid to deep end of consultation spectrum, appropriate accommodation measures considered with respect to concerns raised by NSMA — Application allowed.

ENGE v. CANADA (INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), *sub nom.* Enge v. Canada (Indigenous and Northern Affairs) (T-1427-15, 2017 FC 932, Mactavish J., judgment dated October 19, 2017, 78 pp.)

**ARMED FORCES**

Judicial review of decision by Chief of Defence Staff (CDS) concluding that applicant not on duty at time of motor vehicle accident, that resulting injuries not attributable to military service — Applicant member of Canadian Forces (CF) serving in high-readiness unit — Returning to work after maternal leave, completing CF Family Care Plan (FCP) — Taking son to daycare on day of accident because husband notified having to report to work early — Notifying supervisor she was activating FCP, would be late arriving at work — CF Summary Investigation of accident finding that applicant on duty at time of accident — Veterans Affairs Canada denying disability benefits, concluding that applicant's injuries not attributable to military service — Applicant filing grievance — CDS concluding, *inter alia*, that FCP not constituting “regulated military duty” but rather “contingency plan” — Finding that applicant receiving permission to come to work late because of husband's attendance at training for imminent deployment not constituting execution of FCP — Whether CDS properly considering impact of FCP; whether findings that applicant not on duty at time of accident, injury not attributable to military service reasonable — Conclusion by CDS that “no military-business purpose was served” when applicant excused from duties reasonable — FCP declaration consisting of two parts — Completion of Part I mandatory whereas completion of Part II at option of member to provide information to unit authorities concerning member's FCP — No penalties attached to failure to complete Part II — Part II operative content of applicant's FCP, containing information dictated by applicant's particular family circumstances, not dictated by CF — Fact applicant, husband in high-readiness units not changing nature of FCP as contingency plan, operative content therein defined by CF members themselves — High-readiness status not sufficient to trigger FCP — CDS conclusion that FCP not applicable to circumstances where applicant dropping son off at daycare, but had not been called away from family for military duty, reasonable — Applicant not at a place or doing an act because she was so directed by military — Applicant away from duty for family reasons, whereas FCP only governing absences from family for duty reasons — No provision imposing requirement to liberally interpret term “attributability” as found in CF Administrative Order (CFAO) 24-6, *Investigation of Injuries or Death*, s. 30 — CDS' interpretation of CFAO 24-6 as different from *Pension Act*, R.S.C., 1985, c. P-6 not an error — CDS' conclusion that applicant's discharge of parental responsibilities not attributable to military service reasonable — Application dismissed.

FAWCETT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2187-16, 2017 FC 1071, McDonald J., judgment dated November 27, 2017, 15 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW****ABORIGINAL AND TREATY RIGHTS**

Appeal from Prothonotary decision allowing defendants' motion to remove defendant Governor General as party to underlying action challenging constitutionality of *First Nations Financial Transparency Act*, S.C. 2013, c. 7 (FNFTA) — Plaintiff asserting in statement of claim that Onion Lake Cree Nation comprised of two treaty peoples who are the successors to those who made treaty with Crown in 1876 — Asserting that passage, implementation of FNFTA breach of defendants' treaty obligations, violation of plaintiff's treaty rights — Also asserting, *inter alia*, that Governor General breaching fiduciary duty to consult with plaintiff, offending Crown's honour by not upholding treaty, that FNFTA passed into law without royal consent — Prothonotary relying on *Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3, concluding, *inter alia*, that Governor General's discretion with respect to granting royal assent entirely controlled by convention of responsible government; Governor General's role forming part of legislative process over which courts having no oversight; that no duty to consult arising during legislative process; plain, obvious that allegations in impugned paragraphs of statement of claim not disclosing reasonable cause of action — Issue whether Prothonotary erring by limiting analysis of justiciability of claim against Governor General to justiciability of act of royal assent — Prothonotary's decision turning on question of whether act of royal assent justiciable — Prothonotary not erring in relying on *Galati* to support conclusion that grant of royal assent by Governor General in present case not justiciable — *Galati* not distinguishable from present case — Prothonotary also relying on *Canada (Governor General in Council) v. Mikisew Cree First Nation*, 2016 FCA 311, [2017] 3 F.C.R. 298 because of its endorsement of finding in *Galati*, its conclusion no duty to consult prior to passage of legislation even where treaty rights affected — Clear that Prothonotary aware that plaintiff also alleging Governor General having duty to consult — Not clear how Governor General's lack of consent to proposed legislation supporting cause of action against him — No royal consent sought for legislation, none given — Plaintiff's arguments surrounding Governor General's conferral of royal consent, duty to warn failing on same basis as those related to royal assent, duty to consult — Governor General's role in legislative process not justiciable — Appeal dismissed.

ONION LAKE CREE NATION V. CANADA (T-2428-14, 2017 FC 1049, Southcott J., order dated November 20, 2017, 28 pp.)

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded****DISTRIBUTION OF POWERS**

Judicial review of summary decision (2016 CIRB 843) by Canada Industrial Relations Board finding Board having jurisdiction to rule on application for certification of bargaining unit composed of teaching staff at school on Matimekush-Lac John Innu Nation territory — Applicant, teachers' employer, arguing presumption in favour of provincial jurisdiction over labour relations, respondent failing to rebut this presumption — Respondent arguing education of Aboriginal children on reserves falling under federal head of power, particularly because of *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I.5 — Whether Aboriginal school at issue a federal work, undertaking or business falling under scheme of *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 — School coming within category of federal work, undertaking or business, thus falling under scheme of *Canada Labour Code* — Supreme Court in *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, establishing functional test calling "for an inquiry into the nature, habitual activities and daily operations of the entity in question to determine whether it constitutes a federal undertaking" — Functional test applied in present case — Establishment of on-reserve school flowing from federal jurisdiction over Indians — Not enough for applicant to argue choice of Quebec curriculum for Aboriginal students as basis of provincial jurisdiction — School in question not associated with any school board — Provisions of *Indian Act* governing obligation for Aboriginal students living on reserves to attend school — Application dismissed.

INNU MATIMEKUSH-LAC JOHN NATION COUNCIL v. ASSOCIATION OF EMPLOYEES OF NORTHERN QUEBEC (CSQ) (A-333-16, 2017 FCA 212, Trudel and Pelletier J.J.A., judgment dated October 25, 2017, 18 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

Motion by respondents to strike without leave to amend, dismiss applications for judicial review of decisions by respondent Board of Internal Economy (Board) finding that members or former members of Parliament for New Democratic Party of Canada used parliamentary resources, services in contravention of Board's by-laws for expenses related to, *inter alia*, employment, telecommunications, travel — Issues whether: Board decisions subject to judicial review by Federal Court (F.C.) pursuant to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act), Board decisions relating to use of resources by members proceedings in Parliament, immunized by parliamentary privilege or whether they fall within House of Commons' exclusive right to manage its internal affairs — When enacting Act, ss. 2, 18, 18.1 legislator intending to remove judicial review jurisdiction over decisions of all federal boards, commissions or other tribunals from superior courts to F.C. — Board not excluded from F.C.'s jurisdiction pursuant to Act, ss. 2(1),(2) — Board's jurisdiction, powers clearly stated in *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1, s. 52.3 — It cannot be said that any power found in *Parliament of Canada Act* is an expression of privileges set out in *Constitution Act, 1867*, s. 18 — It is only the legislative conferral of privileges, immunities, powers found in *Parliament of Canada Act*, s. 4 that derives from s. 18 — Majority of provisions in *Parliament of Canada Act* not concerning constitutional parliamentary privileges — Board not as fundamental as Senate or House of Commons to notion of free democracy that it attracts same protections afforded thereto — Board not a "committee" of the House of Commons — Not examining policy, engaging in law-making — Board's capacity to enter into contracts, memoranda of understanding, other arrangements inconsistent with immunity from judicial scrutiny on grounds of parliamentary privilege — Respondents failing to demonstrate that decisions at stake falling within established category of parliamentary privilege — United Kingdom Supreme Court concluding in *R. v. Chaytor and others*, [2010] UKSC 52 (*Chaytor*) that submitting expense claim forms not qualifying as "Proceedings in Parliament" — Analysis, findings in *Chaytor* applying equally in context of judicial review — Matters herein concerning alleged use of parliamentary resources, services for political purposes, not parliamentary functions — Respondents citing no authority to support their position that matters at issue at core of parliamentary functions — Respondents' reliance on production order in *R. v. Duff*, 2015 ONCJ 694 (CanLII) misplaced — F.C. unconvinced herein that House of Commons' activities interfered with or House prevented from fulfilling constitutional functions since filing of applications for judicial review by applicants — Motion to strike dismissed.

BOULERICE v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1526-14, T-304-15, T-1539-14, T-1935-14, 2017 FC 942, Gagné J., order dated October 24, 2017, 20 pp.)

## INCOME TAX

## ASSESSMENT AND REASSESSMENT

Notice of objection — Consolidated appeals from Federal Court (F.C.) decision (2016 FC 98) allowing judicial review of appellant Minister's refusal to grant respondent waiver to file notice of objection relating to reassessment pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 220(2.1) — Respondent, others participating in Syncrude oilsands project — Instituting judicial review of amount determined by appellant under remission order — Appellant issuing reassessment for 2000 taxation year on protective basis prior to resolution of litigation — Respondent paying amount of reassessment, serving notice of objection — Syncrude project participants ultimately unsuccessful, respondent therefore entitled to refund of overpayment of tax made pursuant to protective reassessment — However, appellant refusing to issue refund on ground further reassessment issued for 2000 taxation year on November 7, 2008 against which no notice of objection served — Respondent asserting became aware of this reassessment on April 14, 2010 — Attempting to serve notice of objection on June 7, 2010 — Appellant refusing to consider notice on ground it was out of time — F.C. concluding, *inter alia*, appellant's decision unreasonable, remitting waiver application back to applicant to exercise discretion provided by s. 220(2.1) — Whether general waiver provision in s. 220(2.1) intended to apply to notices of objection — S. 220(2.1) not applying to notices of objection — F.C. erring in not correctly applying modern rule of statutory interpretation — Failing to give due consideration to purpose of other provisions, in particular Act, s. 166.1(7) — Objection scheme under Act, ss. 165–166.2 very detailed, including specific time limits for objecting — Appellant prohibited from granting extension unless conditions specified in Act, s. 166.1(7) satisfied — Respondent seeking relief by using general waiver provision in s. 220(2.1) to engage objection process without having to comply with its statutory conditions — Effect of application of s. 220(2.1) in this manner would give appellant power that appellant has been denied in detailed provision in s. 166.1(7) — General waiver provision cannot be applied in this manner to override more specific provision — This principle, i.e. “implied exception” rule of statutory interpretation, applying herein — Parliament not intending that s. 220(2.1) act as safety value for objections — Specific limitation periods provided for in objections regime having to be applied in this case — Appellant's decision reasonable, correct — Appeals allowed.

CANADA (NATIONAL REVENUE) v. CONOCOPhillips CANADA RESOURCES CORP. (A-66-16, A-73-16, 2017 FCA 243, Woods J.A., judgment dated December 11, 2017, 16 pp.)

## LABOUR RELATIONS

Judicial review of decision by referee finding that respondents federally regulated for labour relations purposes — Applicant, based in Ontario, providing interprovincial charter, coach bus services — Operating municipal transit services in York region with two divisions: “Can-Ar Coach” (Coach), “Can-Ar Transit Services” (Transit) — Canada Labour Relations Board (CLRB) concluding in 1995 that applicant federal undertaking for purposes of *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, Transit's labour relations within federal jurisdiction — Coach downsized in 2003; applicant awarded major contract to operate municipal transportation for York Region Transit — Contract then awarded to Veolia Transportation Services (Canada) Inc. (Veolia) in 2010 — Amalgamated Transit Union, Local 113 obtaining provincial certification in 2010 to represent Transit employees re-hired by Veolia — Order issued to pay severance to Transit employees under Code, s. 235 following termination of their employment — Applicant bringing wage recovery appeal under Code, Part III, arguing Transit's operations falling under provincial jurisdiction — Referee relying on 1995 CLRB decision, writing, *inter alia*, that once determination made that employer within federal jurisdiction, its status should remain constant — Concluding that Transit, Coach “single undertaking” providing interprovincial transportation services, that Transit employees federally regulated for labour relations purposes — Issue whether Transit employees federally or provincially regulated — Transit not within federal jurisdiction, falling under provincial regulation, Referee having no authority to deal with matter of severance pay based on Code, s. 167 — Referee erring in mentioning provincial presumption, then failing to apply it — Where federal jurisdiction over matter the exception, not rule, decision makers having to take that as starting point — Provincial presumption not falling away merely because labour tribunal determining constitutional issue — Referee's “consistency” rationale inconsistent — Referee erroneously focusing on “compelling” reasons to depart from 1995 CLRB decision, not engaging with whether Transit employees successfully rebutting presumption of provincial jurisdiction over Transit's labour matters — *Westcoast Energy Inc v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322 (*Westcoast*) setting out test by which decision makers determine whether undertaking “single”, in constitutional sense of being “indivisible”, “integrated” — “Single undertaking” test addressing situations where one organization containing discrete operations or divisions *prima facie* distinguishable from one another by some feature — Physical connection between two operations insufficient to establish “single undertaking” — “Single undertaking” test guarding against danger that decision maker will erroneously confuse company's particular commercial arrangement with functional integration of its related operations required under constitutional law — Focus should not be on whether two related operations functionally different, but on degree,

**LABOUR RELATIONS—Concluded**

quality of functional integration — “Derivative” jurisdictional analysis addressing varying factual situations where particular undertaking not itself federal in nature, but may be drawn into federal jurisdiction by virtue of its association with another federal undertaking — “Single undertaking”, “derivative jurisdiction” tests characterized by “integration” inquiry — Referee determining incorrectly that “functional integration” relevant only to “derivative jurisdiction” test, not “single undertaking” test — Not selecting or applying correct constitutional tests — Not conducting analysis with reference to constitutional principles set out in *Westcoast* — Focusing instead on degree of “centralization”, effectively directing herself not to consider “functional integration” unless derivative analysis arising — Misunderstanding role that “functional integration” playing in both direct, derivative jurisdiction — Important to distinguish “functional integration” inquiry into jurisdiction over labour relations, from issue of whether business interprovincial transportation undertaking — Coach interprovincial undertaking within meaning of *Constitutional Act, 1867*, s. 92(10)(a) — “Federal” undertaking for purposes of functional test, provincial presumption rebutted with respect to Coach’s labour relations — To rebut provincial presumption regarding Transit, necessary to find that Transit “federal” undertaking either because it was (i) “single” undertaking with Coach (direct jurisdiction), or (ii) “integral” to Coach (derivative jurisdiction) — Here, “direct”, “derivative” tests turning on relationship between Coach, Transit — Transit, Coach not working together towards any purpose — Operating out of a single physical location as matter of business convenience only — Transit not supporting or performing its work for Coach in manner envisioned by *Westcoast* — Transit neither “single” undertaking with Coach, nor “integral” to its operations, therefore not “federal” — Application allowed.

TOKMAKJIAN INC. v. ACHORN (T-1110-15, 2017 FC 1057, Diner J., judgment dated November 22, 2017, 50 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Appeal from order of Prothonotary dismissing defendant’s third-party claim against 4103831 Canada Inc. (Trans Salonikios) on ground that Federal Court (F.C.) lacking jurisdiction — Defendant, marine carrier, agreeing in contract evidenced by bill of lading upon which plaintiff, Soline Trading Ltd., designated as consignee, to carry container of frozen shrimps from Ecuador to Port of Montreal — Container discharged at Port of Montreal, stored at yard belonging to Termont Terminal, stevedoring company, terminal operator — Trans Salonikios unlawfully taking possession of container — Defendant denying any liability for wrongful delivery of cargo, claiming that contract of carriage at an end when cargo was discharged in Montreal, placed in possession of Termont — Trans Salonikios contending that F.C. lacking jurisdiction over that claim on basis that its maritime law jurisdiction not extending to land transportation of goods carried by sea, especially where existence of contractual relationship between Trans Salonikios, parties not alleged — Prothonotary concluding plain, obvious that F.C. having no jurisdiction to hear third party claim — Finding that present set of circumstances closer to that of truckers in, *inter alia*, *Sio Export Trading Co. v. The Vessel “Dart Europe”*, [1984] 1 F.C. 256 (T.D.) (*The “Dart Europe”*), *Marley Co. v. Cast North America (1983) Inc.*, [1995] F.C.J. No. 489 (QL) (T.D.) (*Marley*) than that of terminal operator in *ITO – International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*) — Issue whether Prothonotary correctly concluding plain, obvious that F.C. having no jurisdiction to hear third party claim — Prothonotary’s conclusion legally defensible — In order to determine whether F.C. having jurisdiction over subject matter, test in *ITO* having to be met, i.e. there must be a statutory grant of jurisdiction by Parliament; there must be an existing body of federal law essential to the disposition of the case; the law on which the case is based must be a “law of Canada” — Defendant claiming, *inter alia*, that *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 22(1) providing statutory grant of jurisdiction over its third party claim as it confers on F.C. concurrent jurisdiction; that claim against Trans Salonikios falling within definition of “Canadian maritime law” as set out in Act, s. 2(1) — Whether third party claim is a claim for relief made under or by virtue of “Canadian maritime law” as defined by Act, s. 2(1), interpreted by courts — To extent underlying activity allegedly engaging Canadian maritime law in present case is that of a land carrier, not much support in case law, if any, for defendant’s position — Here, no proximity of Trans Salonikios operations to the sea, no connection between Trans Salonikios, contract of carriage by sea — No indication in *ITO* that cargo delivery activities going beyond tailboards of trucks or railway car doors integral part of carrying on activity of shipping within meaning of *Constitution Act, 1867*, s. 91(10) — Land transportation of cargo offloaded from ship at port terminal so that it be brought to its next destination not qualifying as port development business within meaning of *British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, 2007 SCC 23, [2007] 2 S.C.R. 86 — Situation of Trans Salonikios closer to that of land carriers in *The “Dart Europe”*, *Marley* — Integration of logistics between terminal operator, trucker not bringing matter of trucker’s activities within federal jurisdiction — Trans Salonikios remaining fundamentally a trucker governed by provincial law — Courts having to avoid encroachment on matters

**MARITIME LAW—Concluded**

of local concerns within exclusive provincial jurisdiction when determining scope of Parliament's jurisdiction over navigation, shipping — Appeal dismissed.

CERTAIN UNDERWRITERS AT LLOYD'S V. MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S.A. (T-1376-14, 2017 FC 893, LeBlanc J., order dated October 6, 2017, 29 pp.)

**PATENTS**

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2015 FC 997) finding that appellant's Canadian Patent No. 2515581 ('581 patent) invalid due to obviousness — '581 patent addressing waste created by mining industry's operations, in particular water-borne stream of dispersed particulate matter — Particulate matter settling out through use of paste thickener, leaving liquid at surface which can be removed, reused — Remaining water (underflow) pumped out to deposition area — '581 patent dealing with treatment of underflow during transfer from its initial treatment to deposition area — Patent no. WO-A-0192167 (Gallagher patent) teaching introduction of particles of water-soluble polymer into tailings feed allowing treated slurry to retain fluidity while being pumped to deposition area but to "rigidify", i.e. solidify upon standing — '581 patent stating that Gallagher patent emphasizing use of water-soluble polymer particles, alleging that use of aqueous solutions of dissolved polymer ineffective — This latter statement basis of claim that '581 patent void because of false, misleading statements in application for patent — '581 patent describing process improving on prior art — Finding, *inter alia*, that addition of aqueous solution of polymer to slurry mixture during transfer not causing instant rigidification (Claim 1) — F.C. concluding, *inter alia*, that skilled person would go directly, without difficulty to solution of adding a minimum dose of polymer to tailings feed, then increasing dosage to achieve desired outcome — Saying that applying effective amount of polymer obvious — Concluding four-step obviousness analysis of *Windsurfing/Pozzoli* framework (framework) established in *Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] R.P.C. 59 (C.A.), *Pozzoli SPA v. BDMO SA*, [2007] EWCA Civ. 588, adopted by Supreme Court in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 met — Main issues whether F.C. erring in its determination of inventive concept, in concluding '581 patent invalid for obviousness — F.C. erring in applying wrong legal test to facts of case herein — Misstating, misapplying framework — Not properly identifying proper roles of prior art, common general knowledge — Relying on summary of framework in *Eli Lilly Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2015 FC 125 — Formulation therein introducing error in framework when substituting "common general knowledge" for "matter cited as forming part of the 'state of the art'" — Inventive concept not to be compared to common general knowledge but to prior art — Framework bringing forward distinct conceptual steps in assessing obviousness — Obviousness not concerned with novelty as stand-alone ground of invalidity; on other hand, if patent not containing something new, there can be no invention — Step 3 assessing whether patent having novel elements but not answering question of novel relative to what: common general knowledge or prior art? — Novelty should be determined relative to prior art — Common general knowledge merely subset of prior art — Words "state of the art" in step 3 referring to prior art — Given provisions in *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 28.3, Supreme Court taking same view of role of prior art in obviousness analysis as English Courts — S. 28.3 to same effect as legislation in effect in United Kingdom except that it excludes certain elements of prior art, i.e. those elements disclosed or made known by specified persons less than one year from material date — Matter cited as forming part of prior art simply prior art relied upon by person alleging obviousness — F.C.'s paraphrase of step 4 of framework also introducing oversimplification of original statement of that step — Error or ambiguity arising in F.C.'s reference to "self-evident" — F.C. comparing invention to common general knowledge to arrive at inventive step instead of comparing inventive step to common general knowledge — Rather than returning matter to F.C., proper analysis undertaken herein — Much of what is claimed in Claim 1 of '581 patent found in Gallagher patent — Skilled person able to bridge difference between claim as construed, cited prior art in Gallagher patent — As a result, invention claimed in '581 patent obvious — Appeal dismissed — Woods J.A. (concurring reasons): issue regarding effect of s. 28.3 better addressed in appeal where it is relevant to outcome, where Court having benefit of full submissions from counsel.

CIBA SPECIALTY CHEMICALS WATER TREATMENTS LIMITED V. SNF INC. (A-479-15, 2017 FCA 225, Pelletier and Woods J.J.A., judgment dated November 17, 2017, 33 pp.)

**PATENTS—Concluded**

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2017 FC 22) dismissing appellant’s appeal from Prothonotary’s decision (2016 FC 716) granting respondent’s motion to dismiss appellant’s application for judicial review seeking declaration of unconstitutionality, order prohibiting Patented Medicine Prices Review Board (Board) from commencing proceeding against appellant — Appellant selling drug Soliris — Board alleging price of Soliris excessive, seeking order to reduce price — Declaratory judgment sought by appellant related to *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 83–86, words “in any proceeding under section 83” in Act, s. 87(1) — Appellant not raising this constitutional issue before Board — Provisions in 1993 amendments to Act giving Board its current suite of powers — Court in *Canada (Attorney General) v. Sandoz Canada Inc.*, 2015 FCA 249 (*Sandoz*) seeing 1993 amendments as enhancing Board’s remedial powers, holding provisions to be constitutional exercise of Parliament’s authority in relation to patents — Court holding in *Sandoz, inter alia*, that price control scheme retaining its constitutional validity when applied to non-patent owners or holders — Here, F.C. concluding that *Sandoz* binding authority, Prothonotary correct — Neither Prothonotary nor Federal Court Judge advertent to possibility of declining to hear application on basis that it was inappropriate for appellant to bypass Board and raise its constitutional challenge for first time in F.C. — Issues whether *Sandoz* binding authority, whether appellant entitled to bypass Board, bring its constitutional challenge directly to Federal Court on judicial review — Normal rule is that parties to administrative proceeding may proceed to court system only after all adequate remedial recourses in administrative process exhausted — This rule applying to constitutional issues — No reasons here justifying exception to the rule — In bypassing Board, application undermining its position as first-instance forum for decisions of fact, law within its mandate, depriving reviewing court of Board’s insights on purpose, operation of challenged provisions — Since appeal fully argued on its merits, in interest of judicial economy, issue as framed by appellant considered herein nonetheless — F.C. correct in concluding that Court actually decided in *Sandoz* that provisions of Act appellant seeking to challenge validly enacted by Parliament — Court “actually decid[ing]” in *Sandoz* that price control scheme as a whole is constitutional — Its conclusion on constitutional issue element of “dispositive *ratio decidendi*” rather than merely part of “wider circle of analysis” — No doubt that Court addressing pith, substance in *Sandoz* — “Fullness” of a court’s analysis not a determinant of what it decided — Court in *Sandoz* not overlooking any of Board’s powers in deciding constitutionality of statutory scheme — No basis to conclude that validity of scheme not decided — Appeal dismissed.

ALEXION PHARMACEUTICALS INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-51-17, 2017 FCA 241, Laskin J.A., judgment dated December 7, 2017, 26 pp.)

**PRACTICE****CLASS PROCEEDINGS**

Motion by plaintiffs to discontinue class action in favour of prosecuting corresponding action in Court of Queens’ Bench in Manitoba pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 334.4 — Defendant Canadian Wheat Board opposing discontinuance, seeking order dismissing action — R. 334.3 should be read in light of r. 165, whereunder plaintiff entitled to discontinuance without consent of opposite party or Court, subject only to bearing any resulting costs — R. 334.3 modifying general approach in proposed or certified class proceeding by requiring approval of Court for any discontinuance — However, consent of opposite party not required — Class proceeding rule protecting interests of putative or actual members of class, not enhancing interests of defendants or respondents — This is consistent with *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 30, [2009] 4 F.C.R. 211, where the sole focus of the Court was on protecting the interests of the class from substantial prejudice arising from a discontinuance — No asserted prejudice herein to proposed class arising from discontinuance — No compelling justification to deviate from usual approach to allow plaintiffs to discontinue proceeding without concurrence of defendant — Nothing in Rules, in absence of bad faith or misconduct, authorizing Court to impose dismissal in substitution for requested discontinuance — Plaintiffs’ decision to pursue claim in Manitoba courts representing strategic step intended to avoid complication of lately made jurisdictional challenge in Federal Court — Proceeding therefore discontinued without costs — Motion allowed.

DENNIS v. CANADA (T-356-12, 2017 FC 1011, Barnes J., order dated November 9, 2017, 6 pp.)

**PRACTICE—Concluded**

## EVIDENCE

Expert evidence — Appeal from Prothonotary's order striking in its entirety expert report tendered by plaintiff in support of his action against Crown for damages — Plaintiff, Canadian citizen, escaping from Mexican prison, arrested in Canada — Government of Canada agreeing to his extradition to Mexico to face criminal prosecution on charges of escape, manslaughter upon assurances that all reasonable precautions would be taken to ensure his safety in Mexico — Plaintiff returned to same prison from which he escaped — Claiming he was tortured by prison guards upon his arrival — Submitting that Crown responsible for alleged acts of torture since it did not put any mechanisms or procedures in place to ensure Mexico would respect diplomatic assurances — Plaintiff filing into evidence report by international law and human rights professor — Prothonotary striking report on basis that its essential character legal opinion on international law as it applies to facts of case — Stating that international law cannot be object of expert evidence because it is within expertise, experience of Court — Also concluding that report opining directly on plaintiff's case — Whether Prothonotary making reviewable error in striking report — No authoritative legal position in Canada on whether or not judges to take judicial notice of international law, on admissibility of expertise on international law — Prothonotary's determination that expert evidence on international law inadmissible because judges must take judicial notice of international law could be said to be legal error — That conclusion not the law in Canada — Such matters still decided on case-by-case basis — However, Prothonotary providing second legal ground justifying report's inadmissibility — Prothonotary making no legal error in determining that expert evidence providing legal conclusions inadmissible because unnecessary — Applying law to facts purview of lawyers to plead, judge to decide — Plaintiff's argument that legal conclusion in report not dispositive of issue to be determined at trial not convincing — Prothonotary's ultimate decision to strike report at preliminary stage before trial, in its entirety, proper exercise of his discretion as case manager herein — Here, this discretionary power not exercised in abusive, unreasonable or non-judicial manner — Permissible to strike evidence prior to hearing to allow hearing to proceed in a more timely, orderly fashion or where evidence clearly irrelevant or otherwise inadmissible — Motion dismissed.

BOILY V. CANADA (T-541-10, 2017 FC 1021, Gagné J., judgment dated November 9, 2017, 18 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## BREVETS

Appel d'une décision rendue par la Cour fédérale (C.F.) (2015 CF 997) concluant que le brevet canadien n° 2 515 581 (le brevet '581) n'était pas valide pour cause d'évidence — Le brevet '581 vise les déchets créés par les activités de l'industrie minière, plus particulièrement le flot de particules de matière dispersées dans l'eau — Les matières solides se déposent par décantation, ce qui laisse à la surface un liquide qu'on peut retirer, puis réutiliser — L'eau qui reste (la sousverse) est pompée dans un bassin de dépôt — Le brevet '581 porte sur le traitement de la sousverse durant son transfert de la première étape du traitement à un bassin de dépôt — Le brevet n° WO-A-0192167 (le brevet de M. Gallagher) enseigne l'ajout de particules d'un polymère hydrosoluble lors du transfert au bassin de dépôt, ce qui permet aux boues de conserver leur fluidité durant le transfert, puis de se solidifier une fois déposées — Le brevet '581 soutient que le brevet de M. Gallagher souligne l'importance d'utiliser des particules d'un polymère hydrosoluble et précise l'inefficacité de l'utilisation de solutions aqueuses de polymère dissous — Ce dernier énoncé était à la base de la contestation de la validité du brevet '581 au motif qu'il y avait des déclarations fausses et trompeuses dans la demande de brevet — Le brevet '581 décrit un processus qui est une amélioration de l'art antérieur — Il conclut entre autres choses que l'ajout d'une solution aqueuse de polymère aux boues au cours du transfert n'entraînait pas une solidification instantanée (revendication 1) — La C.F. a conclu notamment que la personne versée dans l'art parviendrait directement et sans difficulté à la solution, soit l'ajout d'une quantité très faible de polymère au bassin de dépôt, puis l'augmentation de la quantité afin d'atteindre le résultat désiré — Elle a affirmé que l'ajout d'une quantité efficace de solution de polymère était évident — Elle a conclu qu'il était satisfait à l'analyse en quatre étapes du caractère évident du cadre de *Windsurfing/Pozzoli* (le cadre) énoncée dans *Windsurfing International Inc. v. Tabur Marine (Great Britain) Ltd.*, [1985] R.P.C. 59 (C.A.), et *Pozzoli SPA v. BDMO SA*, [2007] EWCA Civ. 588, et adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 — Il s'agissait principalement de savoir si la C.F. a tiré une conclusion erronée quant à l'idée originale, en concluant que le brevet '581 était invalide pour cause d'évidence — La C.F. a commis une erreur en appliquant le mauvais critère aux faits de l'espèce — Elle a mal énoncé et mal appliqué le cadre — Elle n'a pas bien identifié les fonctions de l'art antérieur et des connaissances générales courantes — Elle s'est fondée sur le résumé du cadre fait dans la décision *Eli Lilly Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*, 2015 CF 125 — Le libellé de cette décision introduit une erreur dans le cadre lorsqu'il substitue « les connaissances générales courantes » à « ce qui ferait partie de "l'état de la technique" » — L'idée originale ne doit pas être comparée aux connaissances générales courantes, mais bien à l'art antérieur — Le cadre a mis de l'avant les étapes conceptuelles lors de l'évaluation de l'évidence — L'évidence ne tient pas compte de la nouveauté en tant que motif d'invalidité indépendant; cependant, si le brevet ne comporte aucune nouveauté, il ne peut y avoir d'invention — La troisième étape vise à cerner les éléments nouveaux dans le brevet en cause, mais cela ne permet pas de répondre à la question : « la nouveauté relativement à quoi, les connaissances générales courantes ou l'art antérieur? » — La nouveauté devrait être déterminée relativement à l'art antérieur — Les connaissances générales courantes sont simplement un sous-ensemble de l'art antérieur — L'expression « l'état de la technique » qui figure à l'étape 3 renvoie à l'art antérieur — Étant donné les dispositions de l'art. 28.3 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, la Cour suprême a adopté le même point de vue du rôle de l'art antérieur que les tribunaux anglais dans leur analyse de l'évidence — L'art. 28.3 a le même effet que la législation en vigueur au Royaume-Uni, sauf qu'il exclut certains éléments d'art antérieur, c'est-à-dire les éléments divulgués ou connus par des personnes précises moins d'un an avant la date pertinente — Ce qui fait partie de l'état de la technique est simplement l'art antérieur qu'invoque la partie qui prétend qu'il y avait évidence — La C.F., en paraphrasant l'étape 4 du cadre, a introduit aussi une simplification excessive du libellé initial de cette étape — Cette erreur ou ambiguïté provient de l'expression « évidentes en soi » par la C.F. — La C.F. a comparé l'invention aux connaissances générales courantes pour parvenir à l'idée originale plutôt

**BREVETS—Fin**

que de comparer l'idée originale aux connaissances générales courantes — Plutôt que de renvoyer le dossier à la C.F., la Cour a entrepris l'analyse dans la présente affaire — Une grande partie de la revendication 1 du brevet '581 se retrouve dans le brevet de M. Gallagher — La personne versée dans l'art aurait été en mesure de franchir cet écart entre la revendication telle qu'interprétée et l'antériorité citée dans le brevet de M. Gallagher — Ainsi, l'invention revendiquée dans le brevet '581 est évidente — Appel rejeté — La juge Woods, J.C.A. (motifs concordants) : La question de l'effet de l'art. 28.3 serait mieux traitée lorsqu'elle sera déterminante d'un appel et lorsque la Cour bénéficiera des observations complètes des avocats à ce sujet.

CIBA SPECIALTY CHEMICALS WATER TREATMENTS LIMITED C. SNF INC. (A-479-15, 2017 CAF 225, juges Pelletier et Woods, J.C.A., jugement en date du 17 novembre 2017, 33 p.)

Appel d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) (2017 CF 22) rejetant l'appel interjeté par l'appelante contre la décision du protonotaire (2016 CF 716) d'accueillir la requête de l'intimé visant à rejeter la demande de contrôle judiciaire de l'appelante en vue d'obtenir une déclaration d'inconstitutionnalité et une ordonnance interdisant au Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) d'intenter une action contre l'appelante — L'appelante vendait le médicament Soliris — Le Conseil a allégué que le prix du Soliris était excessif et a demandé une ordonnance réduisant ce prix — Le jugement déclaratoire demandé par l'appelante se rapportait aux art. 83 à 86 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et aux mots « dans le cadre d'une audience publique tenue en vertu de l'article 83 » de l'art. 87(1) de la Loi — L'appelante n'a pas soulevé cette question constitutionnelle devant le Conseil — Les dispositions des modifications apportées en 1993 à la Loi ont donné au Conseil l'éventail de pouvoirs dont il dispose présentement — Dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Sandoz Canada Inc.*, 2015 CAF 249 (*Sandoz*), la Cour a considéré que les modifications apportées en 1993 rehaussaient les pouvoirs de réparation du Conseil, statuant que les dispositions étaient un exercice constitutionnel du pouvoir du législateur relativement aux brevets — La Cour a notamment statué dans l'arrêt *Sandoz* que le régime de contrôle des prix demeure constitutionnel lorsqu'il s'applique à d'autres personnes que les titulaires ou les propriétaires de brevets — En l'espèce, la C.F. a conclu que la décision dans l'arrêt *Sandoz* est contraignante et que la décision du protonotaire était correcte — Ni le protonotaire ni le juge de la Cour fédérale n'est revenu sur la possibilité de refuser d'entendre la demande au motif qu'il n'était pas permis à l'appelante de contourner le Conseil et de présenter sa contestation constitutionnelle pour la première fois devant la C.F. — Il s'agissait de déterminer si la décision dans l'arrêt *Sandoz* est contraignante et si l'appelante avait le droit de contourner le Conseil et de présenter sa contestation constitutionnelle directement à la Cour fédérale dans le cadre d'un contrôle judiciaire — Normalement, les parties à une instance administrative ne peuvent s'adresser aux tribunaux qu'après avoir épuisé tous les recours prévus dans le cadre du processus administratif — Cette règle s'applique à l'égard des questions constitutionnelles — Il n'y avait dans la présente affaire aucune raison justifiant de faire exception à cette règle — En contournant le Conseil, la demande a sapé le statut de tribune de première instance de ce dernier aux fins de trancher des questions de fait et de droit relevant de son mandat, privant ainsi le tribunal de révision du point de vue du Conseil sur l'objet et l'effet des dispositions contestées — Puisque l'appel a été débattu entièrement sur le fond et par souci d'économie des ressources judiciaires, la question telle qu'elle a été posée par l'appelante a néanmoins été examinée dans la présente affaire — La C.F. a conclu à juste titre que la Cour a en fait décidé dans l'arrêt *Sandoz* que les dispositions de la Loi que l'appelante souhaitait contester avaient été adoptées légalement par le législateur — La Cour a « en fait décidé » dans l'arrêt *Sandoz* que le régime de contrôle des prix dans son ensemble est constitutionnel — Sa conclusion sur la question constitutionnelle constitue une « stricte *ratio decidendi* » et ne fait pas simplement partie d'un « cadre d'analyse plus large » — Il ne fait aucun doute que la Cour s'est penchée sur l'essence de la question dans l'arrêt *Sandoz* — L'« exhaustivité » de l'analyse faite par un tribunal n'est pas un élément décisif de sa décision — Dans l'arrêt *Sandoz*, la Cour n'a fait fi d'aucun des pouvoirs du Conseil lorsqu'elle s'est prononcée sur la constitutionnalité du régime législatif — Il n'y avait aucune raison de conclure que la question de la validité du régime n'a pas été tranchée — Appel rejeté.

ALEXION PHARMACEUTICALS INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-51-17, 2017 CAF 241, juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 7 décembre 2017, 26 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE**

Requête par les défendeurs visant à radier et à rejeter sans autorisation de modifier des demandes de contrôle judiciaire des décisions du Bureau de régie interne (Bureau), qui a conclu que certains députés ou anciens députés du Nouveau Parti démocratique du Canada avaient utilisé des ressources et des services parlementaires pour payer des frais liés, entre autres, à l'emploi, aux télécommunications et aux déplacements, en violation des règlements administratifs du Bureau — Il s'agissait de déterminer si les décisions du Bureau pouvaient faire l'objet d'un contrôle judiciaire par la Cour fédérale (C.F.) en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la Loi), si les décisions du Bureau concernant l'utilisation des ressources

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin**

par les députés constituent des débats et travaux parlementaires et s'ils sont protégées par le privilège parlementaire ou relèvent du droit exclusif de la Chambre des communes de gérer ses affaires internes — Lorsque les art. 2, 18 et 18.1 de la Loi ont été adoptés, l'intention du législateur était de retirer aux cours supérieures la compétence en matière de contrôle judiciaire sur les décisions de tout office fédéral et de la conférer à la C.F. — Le Bureau n'échappe pas à la compétence de la C.F., conformément aux art. 2(1) et 2(2) de la Loi — La compétence et les pouvoirs du Bureau sont clairement indiqués à l'art. 52.3 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1 — On ne peut pas dire que tout pouvoir prévu par la *Loi sur le Parlement du Canada* est une expression des privilèges établis à l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Il ne s'agit que des privilèges, des immunités et des pouvoirs conférés par la loi en vertu de l'art. 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, qui découlent de l'art. 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — La plupart des dispositions prévues dans la *Loi sur le Parlement du Canada* ne concernent pas les privilèges parlementaires constitutionnels — Le Bureau n'est pas aussi fondamental à la notion de démocratie libre de sorte qu'il est protégé par les mêmes protections dont bénéficient le Sénat et la Chambre des communes — Le Bureau n'est pas un « comité » de la Chambre des communes — Il n'examine pas les politiques ni ne prend part à l'élaboration des lois — Le pouvoir du Bureau de conclure des contrats, ententes ou autres arrangements est incompatible avec l'immunité à l'égard de l'examen par les tribunaux au motif du privilège parlementaire — Les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau de démontrer que les décisions en litige relevaient d'une catégorie de privilèges parlementaires établie — Dans l'arrêt *R. v. Chaytor and others* [2010] UKSC 52 (*Chaytor*), la Cour suprême du Royaume-Uni a conclu que la présentation de formulaires de dépenses ne pouvait être qualifiée de « Débats ou travaux parlementaires » — L'analyse et la décision dans l'arrêt *Chaytor* s'appliquent également dans le cas d'un contrôle judiciaire — En l'espèce, les questions concernaient la supposée utilisation de ressources et de services parlementaires à des fins politiques plutôt qu'aux fins des fonctions parlementaires — Les défendeurs n'ont cité aucune jurisprudence pour étayer leur thèse selon laquelle les questions en litige sont au cœur des fonctions parlementaires — Les défendeurs ont invoqué à tort l'ordonnance de communication dans la décision *R. v. Duffy*, 2015 ONCJ 694 (CanLII) — La C.F. n'était pas convaincue en l'espèce que les activités de la Chambre des communes ont été gênées ou que la Chambre n'a pas pu remplir ses fonctions constitutionnelles depuis que les demandeurs ont déposé leurs demandes de contrôle judiciaire — Requête en radiation rejetée.

BOULERICE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1526-14, T-304-15, T-1539-14, T-1935-14, 2017 CF 942, juge Gagné, ordonnance en date du 24 octobre 2017, 20 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## DROITS ANCESTRAUX OU ISSUS DE TRAITÉS

Appel de la décision d'un protonotaire qui a accueilli la requête des défendeurs en vue d'exclure le défendeur, le gouverneur général, comme partie à l'action sous-jacente contestant la constitutionnalité de la *Loi sur la transparence financière des Premières Nations*, L.C. 2013, ch. 7 (LTFPN) — La demanderesse a affirmé dans sa déclaration que la Nation crie d'Onion Lake regroupe deux peuples issus de traités, qui succèdent à ceux qui ont conclu un traité avec la Couronne en 1876 — Elle a affirmé que l'adoption et la mise en œuvre de la LTFPN dérogeait aux obligations des défendeurs issus du traité et contrevenaient aux droits de la demanderesse issus du traité — Elle a affirmé aussi, entre autres choses, que le gouverneur général a manqué à son obligation fiduciaire de consulter la demanderesse et a porté atteinte à l'honneur de la Couronne en n'honorant pas le traité, et que la LTFPN a été adoptée sans le consentement royal — Le protonotaire s'est fondé sur la décision rendue dans l'affaire *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91 (*Galati*), concluant notamment que le pouvoir discrétionnaire du gouverneur général, lorsqu'il donne la sanction royale, est entièrement régi par la convention du gouvernement responsable; le rôle du gouverneur général fait partie du processus législatif sur lequel les tribunaux n'ont aucun droit de regard; et le processus législatif ne fait naître aucune obligation de tenir des consultations; il était évident que les allégations contenues dans les paragraphes attaqués de la déclaration ne révélaient aucune cause d'action valable — Il s'agissait de déterminer si le protonotaire a commis une erreur dans son analyse du caractère justiciable de la demande contre le gouverneur général en se limitant au caractère justiciable de l'acte de la sanction royale — La décision du protonotaire portait sur la question de savoir si l'acte de la sanction royale était justiciable — Le protonotaire n'a commis aucune erreur en se fondant sur l'affaire *Galati* pour étayer sa conclusion selon laquelle l'octroi, par le gouverneur général, de la sanction royale en l'espèce n'était pas justifiable — L'affaire *Galati* ne pouvait être distinguée de l'espèce — Le protonotaire s'est fondé aussi sur l'affaire *Canada (Gouverneur général en conseil) c. Première Nation Crie Mikisew*, 2016 CAF 311 parce qu'elle a adopté la conclusion de l'affaire *Galati* et parce qu'elle a conclu qu'il n'existait aucune obligation de tenir des consultations préalables à l'adoption de la loi, et ce, même s'il les droits issus de traités seront touchés — Il est ressorti clairement de la décision que le protonotaire savait que la

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

demanderesse alléguait aussi que le gouverneur général avait l'obligation de tenir des consultations — Il n'était pas clair en quoi l'absence de consentement du gouverneur général au projet de loi pouvait servir de fondement à une cause d'action contre lui — Aucun consentement royal n'a été demandé ni accordé — Les arguments de la demanderesse entourant le consentement royal du gouverneur général et l'existence d'une obligation d'avertir n'ont pas réussi pour la même raison que ceux qui portaient sur la sanction royale et sur l'existence d'une obligation de tenir des consultations — Le rôle du gouverneur général dans le processus législatif n'est pas justiciable — Appel rejeté.

ONION LAKE CREE NATION C. CANADA (T-2428-14, 2017 CF 1049, juge Southcott, ordonnance en date du 20 novembre 2017, 28 p.)

**PARTAGE DES POUVOIRS**

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision sommaire (2016 CCRI 843) rendue par le Conseil canadien des relations industrielles dans laquelle le Conseil s'estime compétent pour statuer sur la demande d'accréditation visant l'unité de négociation composée du personnel enseignant d'une école située sur le territoire de la Nation Innu Matimekush-Lac John — Le demandeur, l'employeur des enseignants, a soutenu qu'il existe une présomption à l'effet que les relations de travail sont de compétence provinciale et que la défenderesse n'a pas renversé cette présomption — La défenderesse a plaidé que l'éducation des enfants autochtones sur les réserves relève d'un chef de compétence fédérale en raison, entre autres, de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. 1.5 — Il s'agissait de déterminer si l'école autochtone visée est une entreprise fédérale qui tombe sous le régime du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 — L'école entre dans la catégorie des entreprises fédérales et tombe ainsi sous le régime du *Code canadien du travail* — La Cour suprême dans l'arrêt *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696, a établi le critère fonctionnel, qui « requiert l'examen de la nature, des activités habituelles et de l'exploitation quotidienne de l'entité en question afin de déterminer s'il s'agit d'une entreprise fédérale » — C'est ce critère qui a été appliqué en l'espèce — L'établissement d'une école sur réserve découle de la compétence fédérale sur les Indiens — Il était insuffisant pour le demandeur de plaider le choix du cursus scolaire québécois pour les étudiants autochtones comme fondement de la compétence provinciale — L'école en question n'est rattachée à aucune commission scolaire — Ce sont les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui régissent l'obligation de fréquentation scolaire des étudiants autochtones vivant sur les réserves — Demande rejetée.

CONSEIL DE LA NATION INNU MATIMEKUSH-LAC JOHN C. ASSOCIATION DES EMPLOYÉS DU NORD QUÉBÉCOIS (CSQ) (A-333-16, 2017 CAF 212, juges Trudel et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 25 octobre 2017, 18 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

Appel interjeté à l'égard d'une ordonnance d'une protonotaire rejetant la requête de mise en cause déposée par l'intimée contre 4103831 Canada Inc. (Trans Salonikios), au motif que la Cour fédérale (C.F.) n'avait pas compétence — L'intimée, un transporteur maritime, a convenu par contrat, constaté par un connaissance, dans lequel la demanderesse, Soline Trading Ltd., était désignée à titre de consignataire, de transporter un conteneur contenant des crevettes surgelées depuis l'Équateur jusqu'au Port de Montréal — Le conteneur a été déchargé au Port de Montréal et entreposé dans l'aire du terminal de Termont, une entreprise d'arrimage et un exploitant de terminal — Trans Salonikios a illégalement pris possession du conteneur — L'intimée a rejeté toute responsabilité pour la livraison fautive de la cargaison, soutenant que le contrat de transport avait pris fin à l'instant où la cargaison avait été libérée à Montréal et livrée à Termont — Trans Salonikios a fait valoir que la C.F. n'avait pas compétence pour entendre la requête du fait que sa compétence en droit maritime ne s'étend pas à un transport routier de marchandises transportées par mer, surtout lorsqu'aucune partie n'allègue qu'il existe une relation contractuelle entre Trans Salonikios et l'un ou l'autre demandeur — La protonotaire a conclu qu'il était évident et manifeste que la C.F. n'avait pas compétence pour entendre la requête de mise en cause — Elle a conclu que la situation en l'espèce se rapprochait plus de celle d'entreprises de camionnage notamment dans les décisions *Sio Export Trading Co c. The « Dart Europe »*, [1984] 1 C.F. 256 (1<sup>re</sup> inst.) (*The « Dart Europe »*) et *Marley Co. c. Cast North America (1983) Inc.*, [1995] A.C.F. n° 489 (QL) (1<sup>re</sup> inst.) (*Marley*), plutôt que de celle d'un exploitant de terminal, comme dans l'arrêt *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*) — Il s'agissait de déterminer si la protonotaire a conclu correctement qu'il était évident et manifeste que la C.F. n'avait pas compétence pour entendre la requête de mise en cause — La conclusion de la protonotaire était défendable

**DROIT MARITIME—Fin**

en droit — Pour déterminer si la C.F. a compétence à l'égard d'une matière donnée, il faut que le critère exposé dans l'arrêt *ITO* soit satisfait, à savoir qu'il doit y avoir attribution de compétence par le Parlement; qu'il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige; que la loi invoquée dans l'affaire doit être « une loi du Canada » — L'intimée a soutenu notamment que l'art. 22(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, constitue le fondement de l'attribution légale de compétence relativement à sa requête de mise en cause, puisqu'il confère à la C.F. une compétence concurrente — L'intimée a également soutenu que son recours contre Trans Salonikios est visé par la définition de « droit maritime canadien » exposée à l'art. 2(1) de la Loi — La question en litige était de savoir si la requête de mise en cause constituait une demande de réparation déposée en vertu du « droit maritime canadien », comme défini à l'art. 2(1) et interprété par les cours — Dans la mesure où l'activité sous-jacente, qui ferait intervenir le droit maritime canadien en l'espèce, est le transport routier, il semble y avoir peu d'appui, sinon aucun, dans la jurisprudence pour la position de l'intimée — En l'espèce, il n'y avait aucune proximité entre les activités de Trans Salonikios et la mer, et il n'y avait aucun lien entre Trans Salonikios et le contrat de transport maritime — L'arrêt *ITO* n'indique pas que les activités de livraison de cargaisons au-delà de ces lieux — les hayons des camions ou les portes des wagons de chemin de fer — sont étroitement liées à l'exécution de l'activité d'expédition par mer, au sens de l'art. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Le transport routier de cargaisons déchargées d'un navire dans un terminal portuaire pour livraison à leur prochaine destination n'est pas assimilable à une activité de développement portuaire au sens de l'arrêt *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, 2007 CSC 23, [2007] 2 R.C.S. 86 — La situation de Trans Salonikios s'apparente plus à celle des transporteurs routiers dans les décisions *The « Dart Europe »* et *Marley* — L'intégration de la logistique entre un exploitant de terminal et une entreprise de camionnage n'entraîne pas que les activités d'une entreprise de camionnage relèvent de la compétence fédérale — Trans Salonikios demeure fondamentalement une entreprise de camionnage régie par les lois provinciales — Pour déterminer l'étendue de la compétence du Parlement en matière de navigation et de marine marchande, les cours doivent éviter d'empiéter sur ce qui constitue une matière de nature locale qui relève essentiellement de la compétence exclusive des provinces — Appel rejeté.

CERTAINS SOUSCRIPTEURS DE LA LLOYD'S C. MEDITERRANEAN SHIPPING COMPANY S.A. (T-1376-14, 2017 CF 893, juge LeBlanc, ordonnance en date du 6 octobre 2017, 29 p.)

**FORCES ARMÉES**

Contrôle judiciaire de la décision prise par le chef d'état-major de la défense (CEMD), qui a conclu que la demanderesse n'était pas en service au moment d'un accident de voiture, et que les préjudices qu'elle a subis n'étaient pas imputables à son service militaire — La demanderesse est membre des Forces armées canadiennes (FAC) et était en service dans une unité à disponibilité opérationnelle élevée — Elle est revenue au travail après son congé de maternité et a rempli un plan de garde familial (PGF) des FAC — Elle a amené son fils à la garderie le jour de l'accident, car son mari a été informé qu'il devait se présenter au travail tôt — Elle a informé son supérieur qu'elle activait son PGF et serait en retard au travail — L'enquête sommaire des FAC sur l'accident a conclu que la demanderesse était en service au moment de l'accident — Anciens Combattants Canada a rejeté la demande de prestations d'invalidité après avoir conclu que les préjudices subis n'étaient pas attribuables au service militaire — La demanderesse a déposé un grief — Le CEMD a conclu notamment que le PGF ne constituait pas un « service militaire réglementé », mais bien un « plan de contingence » — Il a conclu que le fait que la demanderesse a reçu la permission de se présenter plus tard au travail en raison de la participation de son mari à un entraînement en vue d'un déploiement ne constituait pas l'exécution du PGF — Il s'agissait de déterminer si le CEMD a correctement examiné l'impact du PGF; si la conclusion que la demanderesse n'était pas en service au moment de l'accident et que le préjudice subi n'était pas attribuable au service militaire était raisonnable — La conclusion du CEMD selon laquelle « aucune fin militaire n'était servie » lorsque la demanderesse a été excusée de ses fonctions était une conclusion raisonnable — La déclaration de PGF se compose de deux parties : il est obligatoire de remplir la partie I du PGF, mais les militaires ont l'option de remplir la partie II s'ils souhaitent fournir des renseignements sur leur PGF aux responsables de leur unité — Aucune pénalité n'est prévue pour les membres qui ne remplissent pas la partie II — Le contenu opératif du PGF de la demanderesse se trouve dans la partie II et définit des renseignements relevant de la situation familiale spécifique de la demanderesse, lesquels ne lui ont pas été dictés par les FAC — La demanderesse et son mari étaient dans des unités à disponibilité opérationnelle élevée, mais cela n'avait aucune incidence sur la nature du PGF, qui est celle d'un plan de contingence, dont la teneur opérative est définie par les membres des FAC eux-mêmes — Le statut de disponibilité opérationnelle élevée ne suffisait pas à lui seul à déclencher le PGF — La conclusion du CEMD, selon laquelle le PGF n'était pas applicable à la situation où la demanderesse déposait son fils à la garderie, sans avoir été appelée loin de sa famille pour son service militaire, était raisonnable — La demanderesse ne s'était pas déplacée et n'était pas en train de poser un geste pour répondre à des ordres militaires — La demanderesse était en congé pour des raisons familiales, alors que le PGF ne

**FORCES ARMÉES—Fin**

régit que les absences de la famille pour des raisons militaires — Il n’y a dans l’art. 30 de l’ordonnance administrative (OAF) 24-6, *Enquêtes sur des cas de blessures ou de décès*, aucune disposition exigeant une interprétation libérale du terme « imputabilité » — L’interprétation par le CEMD qui distingue l’OAF 24-6 de la *Loi sur les pensions*, L.R.C. (1985), ch. P-6, ne constituait pas une erreur — Sa conclusion selon laquelle le fait que la demanderesse s’acquittait de sa responsabilité parentale n’était pas attribuable au service militaire était raisonnable — Demande rejetée.

FAWCETT C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-2187-16, 2017 CF 1071, juge McDonald, jugement en date du 27 novembre 2017, 15 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## COTISATION ET NOUVELLE COTISATION

Avis d’opposition — Appels réunis de la décision de la Cour fédérale (C.F.) (2016 CF 98) accueillant le contrôle judiciaire du refus du ministre appelant d’accorder à l’intimée la renonciation à la production d’un avis d’opposition à la nouvelle cotisation au titre de l’art. 220(2.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 — L’intimée et d’autres sociétés ont participé au projet des sables bitumineux de Syncrude — Elles ont déposé une demande de contrôle judiciaire concernant les montants calculés par l’appelant en vertu d’un décret de remise — L’appelant a établi une nouvelle cotisation pour l’année d’imposition 2000 sur une base préventive avant le règlement du litige — L’intimée a payé le montant de la nouvelle cotisation et elle a signifié un avis d’opposition — Les participants au projet de Syncrude ayant en fin de compte été déboutés, l’intimée a donc eu droit au remboursement de l’impôt payé en trop en vertu de la nouvelle cotisation établie sur une base préventive — Toutefois, l’appelant a refusé de verser un remboursement au motif qu’une autre nouvelle cotisation avait été établie pour l’année d’imposition 2000 le 7 novembre 2008, à l’égard de laquelle aucun avis d’opposition n’avait été signifié — L’intimée a affirmé qu’elle n’a pris connaissance de cette nouvelle cotisation que le 14 avril 2010 — Elle a tenté de signifier un avis d’opposition le 7 juin 2010 — L’appelant a refusé d’examiner l’avis d’opposition au motif qu’il était hors délai — La C.F. a conclu notamment que la décision de l’appelant était déraisonnable et a renvoyé la demande de renonciation au demandeur afin qu’il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 220(2.1) — Il s’agissait de savoir si la disposition portant sur la renonciation générale prévue à l’art. 220(2.1) devait s’appliquer aux avis d’opposition — L’art. 220(2.1) ne s’applique pas aux avis d’opposition — La C.F. a commis une erreur en appliquant mal la règle moderne en matière d’interprétation des lois — Elle n’a pas tenu compte de l’objectif d’autres dispositions, plus particulièrement l’art. 166.1(7) de la Loi — Le régime relatif aux oppositions établi aux art. 165 à 166.2 de la Loi est très détaillé et prévoit des délais précis pour présenter une opposition — L’appelant ne peut accorder une prorogation que si les conditions prévues à l’art. 166.1(7) de la Loi sont réunies — L’intimée a cherché à utiliser la disposition générale de renonciation prévue à l’art. 220(2.1) de la Loi pour lancer le processus d’opposition sans avoir à se conformer aux conditions législatives qui s’appliquaient — Cette application de l’art. 220(2.1) aurait pour effet de conférer à l’appelant un pouvoir qui lui est refusé de façon détaillée à l’art. 166.1(7) — La disposition générale de renonciation ne peut pas être appliquée pour écarter une disposition plus précise — Cette règle de « l’exception implicite » en matière d’interprétation des lois s’applique dans la présente affaire — L’intention du législateur n’était pas que l’art. 220(2.1) constitue une soupape pour les oppositions — Les délais de prescription précis prévus par le régime relatif aux oppositions devaient être appliqués en l’espèce — La décision de l’appelant était raisonnable et correcte — Appels accueillis.

CANADA (REVENU NATIONAL) C. CONOCOPHILLIPS CANADA RESOURCES CORP. (A-66-16, A-73-16, 2017 CAF 243, juge Woods, J.C.A., jugement en date du 11 décembre 2017, 16 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

## ÉLECTIONS

Motifs de l’ordonnance rejetant un appel interjeté d’une élection concernant l’allégation voulant qu’un candidat élu lors des élections du chef et des conseillers eût acheté le vote d’une électrice en lui versant de l’argent le jour de l’élection — Cette instance, en particulier, constituait une occasion de traiter du croisement entre le droit des Autochtones et la jurisprudence canadienne et du processus autochtone en matière de règlement de différends au moyen d’une entente plutôt que par l’audition et la décision des différends — La Première Nation Anishinabe de Roseau River (PNARR) choisit ses dirigeants en suivant la Constitution de la PNARR et la Loi électorale de la PNARR — Le conseil coutumier est formé de représentants des

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

familles, et le chef et les conseillers, qui sont élus par les représentants des Premières Nations — En 2015, les demandeurs ont présenté une demande urgente d'injonction relative à l'élection du chef et du conseil et au déroulement de l'élection par la PNARR — Les parties ont convenu qu'une ordonnance sur consentement serait rendue, statuant que des coprésidents d'élection trancheraient conjointement les questions électorales et qu'en cas de mésentente, ils solliciteraient d'un magistrat une directive ou une ordonnance impérieuse — Toutes les parties ont convenu que la Cour fédérale (C.F.) était compétente pour entendre l'affaire, l'examiner et tirer une conclusion en ce qui a trait à l'appel relatif à l'élection — Il a été précisé dans l'ordonnance que la C.F. pouvait prendre en compte des sources juridiques pertinentes, y compris, sans toutefois s'y limiter, la Loi électorale de la PNARR, la Constitution de la PNARR, ainsi que tout texte législatif et toute jurisprudence canadienne — Il s'agissait de déterminer si l'achat d'un vote est un motif d'appel valide et si les faits ont démontré qu'un vote a été acheté dans le cadre de l'élection — L'achat de vote est un motif d'appel valide en vertu de la Loi électorale de la PNARR — La règle moderne d'interprétation des lois s'applique aux dispositions législatives régissant la gouvernance coutumière, adoptées par les Premières Nations — Une interprétation de la Loi électorale de la PNARR permet de constater qu'elle a comme objet de tenir des élections justes par lesquelles les électeurs de la PNARR peuvent librement choisir leurs dirigeants — La pratique d'achat de votes est une pratique corrompue et elle est contraire à la tenue d'élections justes — Les personnes pour qui la justice ne serait pas l'un de leurs attributs s'exposent à la possibilité d'être relevées de leur fonction en vertu de l'art. 14a) de la Loi électorale de la PNARR — L'interdiction de s'adonner à des pratiques injustes et frauduleuses visant les élus, sans pour autant que cette interdiction vise également ceux et celles qui briguent un tel poste, serait illogique et contraire à la Loi électorale de la PNARR — Par conséquent, la pratique immorale et frauduleuse de l'achat de votes est contraire à l'intérêt public de la PNARR, qui consiste à tenir des élections libres et justes, et elle est donc contraire à la Loi électorale de la PNARR — Les termes « pratique frauduleuse » contenus aux art. 4(i) et 10b)(ii) de la Loi électorale de la PNARR renvoient à la notion d'actes ou d'activités de nature « criminelle » selon lesquels l'achat de votes est un motif d'appel d'une élection de la PNARR — Le mot « criminel » doit signifier, notamment, conduite « scandaleuse [ou] déplorable » comme des manœuvres frauduleuses, y compris l'achat de votes — Dans la présente affaire, l'allégation voulant que le candidat ait eu l'intention d'acheter le vote de l'électrice n'a pas été appuyée par la prépondérance de la preuve — Par conséquent, la présidente d'élection a recommandé que l'appel soit rejeté — Cette recommandation a été acceptée — Appel de l'élection rejeté.

HENRY C. PREMIÈRE NATION ANISHINABE DE ROSEAU RIVER (T-199-15, 2017 CF 1038, juge Mandamin, ordonnance en date du 15 novembre 2017, 62 p.)

**TERRES**

Obligation de consulter — Contrôle judiciaire s'opposant au caractère suffisant de la consultation menée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord intime (ministre) auprès des membres de l'Alliance Métis North Slave (l'Alliance) au sujet de l'accord de principe sur les terres et les ressources de la Nation métisse du Territoire du Nord-Ouest (l'accord de principe de la Nation) — Le demandeur a affirmé entre autres choses : que les droits ancestraux de récolte de l'Alliance qui ont été reconnus et confirmés aux termes de l'art. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* seront lésés par un accord définitif négocié aux termes de l'accord de principe de la Nation; que la décision d'exclure l'Alliance des consultations reposait sur plusieurs erreurs de droit et était déraisonnable; qu'il fallait surseoir aux négociations visant la conclusion d'un accord définitif sur les terres et les ressources de la Nation métisse du Territoire du Nord-Ouest jusqu'à ce qu'une consultation sérieuse avec l'Alliance puisse avoir lieu — Le ministre a prétendu notamment que l'obligation de consulter ne s'appliquait pas en l'espèce, les membres de la Nation faisant partie du groupe avec lequel le Canada était en cours de négociation — Le demandeur a affirmé que le Canada et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (G.T.N.-O.) négociaient avec les Métis des Territoires du Nord-Ouest (M.T.N.-O.) un accord ne tenant pas compte de la distinction constitutionnelle entre « Métis » et « Indiens »; l'appartenance à une lignée autochtone n'était que l'un des indices tendant à établir l'identité métisse; le mot « Métis » ne visait pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne — Il a prétendu que les membres de l'Alliance étaient des « Métis » sur le plan ethnique, puisqu'ils répondent aux facteurs établis par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207 (*Powley*) — Conformément à la clause de non-dérogation contenue dans l'accord de principe de la Nation, les dispositions de tout accord définitif ne doivent pas être interprétées de manière à avoir une incidence sur tout droit ancestral ou issu d'un traité d'un peuple autochtone, à l'exception des personnes admissibles à l'inscription aux termes de l'accord définitif — Le demandeur a reconnu que les membres de l'Alliance qui partagent des liens ancestraux avec les Dénés de la région South Slave seraient admissibles à devenir membres aux termes de l'accord définitif, et que la clause de non-dérogation ne protégerait que les droits des groupes autochtones distincts de ceux qui ont des liens ancestraux avec les Dénés de la région South Slave — Il a soutenu que ces personnes devraient avoir la possibilité de revendiquer, par l'entremise de l'Alliance, des droits à titre de

**PEUPLES AUTOCHTONES—Suite**

Métis du type reconnu dans l'arrêt *Powley*, plutôt que de participer au processus de négociation avec la Nation du fait de leur appartenance à la lignée des Dénés — Le demandeur avait l'autorité d'introduire cette demande en raison de ses fonctions de président dûment élu de l'Alliance de sorte que les exigences de la règle 114(1)b des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, aient été remplies — Il s'agissait de déterminer si l'obligation de consulter l'Alliance a pris naissance et si la Couronne a bien évalué l'étendue de son obligation de consulter l'Alliance — L'obligation de la part du Canada de consulter l'Alliance a pris naissance en l'espèce — Le différend quant à savoir si l'Alliance avait droit à la consultation découlait du fait que des Métis, et non des « Indiens », sont le peuple autochtone dont les droits étaient en cause — Les structures de gouvernance et la qualité juridique des groupes d'« Indiens » sont largement prévues aux termes de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 — Aucune loi comparable en vigueur au niveau fédéral ou territorial ne crée de qualités juridiques et de structures de gouvernance pour les collectivités métisses — Ainsi, il peut être difficile de savoir quelle entité la Couronne doit consulter avant d'entreprendre des démarches pouvant avoir une incidence sur les droits ancestraux des Métis — L'Alliance représente un autre segment de la communauté métisse que la Nation — Les deux organismes n'ont pas les mêmes objectifs, priorités et conditions d'adhésion — Une inférence défavorable a été tirée du fait que la Nation a refusé de divulguer le nombre actuel de ses membres — Ce renseignement n'aurait probablement pas aidé la Nation à démontrer qu'elle est le seul organisme ayant droit à la consultation — Les communautés métisses ont un rôle important à jouer dans l'identification des conditions d'appartenance et l'élaboration de structures organisationnelles et de gouvernance — Il n'appartenait pas au Canada de décider lequel des organismes était mieux placé pour représenter les intérêts de la communauté métisse des Territoires du Nord-Ouest ou lequel des organismes avait le programme le plus attrayant — Dans la présente affaire, le Canada et le G.T.N.-O. ont négocié avec la Nation pour des raisons historiques, en fonction de l'ascendance autochtone de ses membres, et non pas parce que les membres de la Nation représentent nécessairement une communauté métisse titulaire de droits visés à l'art. 35 comme celle décrite dans l'arrêt *Powley* — La connaissance d'une revendication crédible, mais non encore établie, suffit à faire naître l'obligation de consulter et d'accommoder — Le Canada semble avoir conclu qu'il n'avait aucune obligation de consulter l'Alliance dès lors qu'il a conclu que certains membres de l'Alliance étaient admissibles à l'inscription à la Nation et pouvaient devenir membres aux termes de l'accord de principe de la Nation — Il n'a pas tenu compte des différences qui existent entre les deux organismes quant à leurs objectifs, leurs priorités et leurs critères d'adhésion, ni de la crédibilité des organismes à titre de représentants de la communauté métisse des Territoires du Nord-Ouest — La conclusion selon laquelle il n'avait aucune obligation de consulter l'Alliance n'avait pas la justification, la transparence et l'intelligibilité nécessaires à une décision raisonnable — L'Alliance est un organisme crédible qui a le droit d'être consultée quant aux démarches de la Couronne qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits ancestraux de ses membres — Le Canada n'a pas tenu une consultation suffisamment approfondie avec l'Alliance avant de conclure l'accord de principe de la Nation — L'étendue de l'obligation de consulter dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité des éléments de preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué et la gravité des effets préjudiciables éventuels sur le droit ou le titre — Le défaut de la Couronne de procéder à l'évaluation préliminaire de la solidité d'une revendication autochtone, de déterminer l'étendue de la consultation nécessaire et de discuter de l'évaluation préliminaire avec le groupe autochtone en question a constitué un manquement à l'obligation de consulter — L'évaluation préliminaire par le Canada a décrit le droit ancestral de chasser pour se nourrir conformément aux pratiques traditionnelles — Elle a précisé notamment que l'accord de principe de la Nation prévoit que des droits de récolte seront accordés aux Métis dans l'ensemble de la zone de l'accord proposée — L'évaluation préliminaire n'a jamais été partagée avec l'Alliance et ne lui a été remise que dans le contexte de la présente demande — La Couronne devait donner au groupe autochtone concerné l'occasion de commenter l'évaluation préliminaire de la solidité d'une revendication et des effets éventuels de la décision proposée sur les droits revendiqués — Le document ne faisait nullement mention de l'évaluation faite par le Canada de la solidité de la revendication par les membres de l'Alliance en tant que Métis de droits ancestraux de récolte visés à l'art. 35 — Il n'y avait aucune indication de l'évaluation faite par la Couronne, le cas échéant, concernant l'étendue de son obligation de consulter l'Alliance — La Couronne était tenue de délimiter correctement les paramètres juridiques de la teneur de l'obligation de consulter — Le Canada a refusé d'évaluer la solidité du droit revendiqué des membres de l'Alliance à titre de Métis de chasser dans le secteur situé au nord du Grand lac des Esclaves — L'évaluation préliminaire n'a pas tenu compte des effets préjudiciables potentiels les plus importants qui sont prévus par l'accord de principe de la Nation, à savoir l'extinction des droits ancestraux de récolte, dans le secteur situé au nord du Grand lac des Esclaves, des membres de l'Alliance ayant des ancêtres dénés de la région South Slave — Le Canada a semblé se méprendre sur la portée de l'incidence qu'un accord définitif sur les terres et les ressources pourrait avoir sur ce droit — L'extinction d'un droit ancestral important sur le territoire traditionnel d'un groupe correspond à une mesure de la Couronne qui aurait une profonde incidence sur un droit ancestral revendiqué et un mode de vie traditionnel, constituant un préjudice qui ne peut être facilement compensé — Cela semble indiquer que la consultation requise en l'espèce se trouverait à l'extrémité la plus élevée du continuum — Aucun accord sur les terres et les ressources entre les gouvernements fédéral et territorial et les Métis des Territoires du Nord-Ouest ne devra être conclu tant qu'une consultation sérieuse avec les membres de l'Alliance se situant au milieu ou au haut du continuum

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

de consultation n'aura pas été menée et que les mesures d'adaptation nécessaires n'auront pas été prises en compte quant aux préoccupations soulevées par l'Alliance — Demande accueillie.

ENGE C. CANADA (AFFAIRES INDIENNES ET DÉVELOPPEMENT DU NORD), *sub nom.* Enge c. Canada (Affaires autochtones et du Nord) (T-1427-15, 2017 CF 932, juge Mactavish, jugement en date du 19 octobre 2017, 78 p.)

**PRATIQUE**

## RECOURS COLLECTIFS

Requête par les demandeurs demandant le désistement de l'action en justice en faveur de la poursuite d'une action correspondante devant la Cour du Banc de la Reine au Manitoba en vertu de la règle 334.4 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — La défenderesse, la Commission canadienne du blé, s'est opposée au désistement, et a sollicité une ordonnance rejetant le recours — La règle 334.3 devrait être lue à la lumière de la règle 165, en vertu de laquelle un demandeur a le droit de se désister d'un recours sans le consentement de la partie adverse ou le tribunal, sous réserve uniquement d'assumer tous dépens en découlant — La règle 334.3 modifie l'approche générale dans un recours envisagé ou de groupe en exigeant l'approbation du juge pour tout désistement — Le consentement de la partie adverse n'est toutefois pas nécessaire — L'objectif de l'article concernant le recours collectif est de protéger les intérêts des membres putatifs ou réels du groupe et non de soutenir les intérêts des défendeurs — Ceci est conforme avec la décision dans *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 30, [2009] 4 R.C.F. 211, dans laquelle l'attention de la Cour était portée uniquement sur la protection des intérêts du groupe d'un préjudice significatif qui découlerait d'un désistement — En l'espèce, il n'y a pas eu d'affirmation qu'un désistement porterait préjudice au groupe proposé — Il n'y avait pas de justification convaincante en l'espèce de s'éloigner de l'approche habituelle, qui est de permettre aux demandeurs de se désister de ce recours sans l'assentiment du défendeur — Il n'y a rien dans les *Règles des Cours fédérales*, en l'absence de mauvaise foi ou d'inconduite, qui autorise la Cour à imposer un rejet en substitution à un désistement demandé — La décision des demandeurs de poursuivre leur demande devant les tribunaux du Manitoba représentait une mesure stratégique qui avait pour but d'éviter la complication d'une contestation en matière de compétence présentée récemment devant la Cour fédérale — Le désistement du recours a donc été approuvé sans dépens — Requête accueillie.

DENNIS C. CANADA (T-356-12, 2017 CF 1011, juge Barnes, ordonnance en date du 9 novembre 2017, 6 p.)

## PREUVE

Preuve d'expert — Appel à l'encontre de l'ordonnance du protonotaire en vertu de laquelle le rapport d'expert soumis par le demandeur à l'appui de son action contre la Couronne pour dommages-intérêts, a été radié dans son intégralité — Le demandeur, un citoyen canadien, s'est évadé d'une prison mexicaine et a été arrêté au Canada — Le gouvernement du Canada a accepté son extradition au Mexique pour qu'il fasse l'objet de poursuites pénales pour accusations d'évasion et d'homicide involontaire coupable, avec l'assurance que toutes les précautions raisonnables seraient prises pour assurer sa sécurité au Mexique — Le demandeur est retourné à la même prison d'où il s'était évadé — Il a soutenu qu'il a été torturé par des gardiens de prison à son arrivée — Il a soutenu que la Couronne était responsable de la torture alléguée puisqu'elle n'a pas mis en place de mécanismes ou de procédures pour s'assurer que le Mexique respecterait les assurances diplomatiques — Le demandeur a déposé en preuve le rapport d'un professeur de droit international et des droits de la personne — Le protonotaire a radié le rapport au motif que son caractère essentiel était un avis juridique sur le droit international tel qu'il s'applique aux faits de l'espèce — Il a déclaré que le droit international ne peut pas faire l'objet d'une preuve d'expert parce qu'il se situe dans l'expertise et l'expérience de la Cour — Il a conclu également que le rapport émettait directement une opinion sur le cas du demandeur — Il s'agissait de déterminer si le protonotaire a commis une erreur susceptible de contrôle quand il a radié le rapport — Il n'y a pas de situation juridique faisant autorité au Canada afin de savoir si les juges doivent prendre connaissance d'office du droit international et de l'admissibilité de l'expertise sur le droit international — La conclusion selon laquelle la preuve d'expert sur le droit international est inadmissible parce que les juges doivent prendre connaissance d'office du droit international pourrait constituer une erreur de droit — Cette conclusion n'est pas de droit au Canada — Ces questions sont encore tranchées selon les faits d'une affaire — Toutefois, le protonotaire a donné un deuxième fondement juridique afin de justifier l'inadmissibilité du rapport — Le protonotaire n'a commis aucune erreur de droit lorsqu'il a déterminé qu'une preuve d'expert qui donne des conclusions de droit est inadmissible parce qu'elle est inutile — L'application du droit aux faits relève des avocats qui plaident et au juge qui décide — L'argument du demandeur, selon lequel la conclusion de droit se trouvant dans le rapport n'est pas déterminante en ce qui

**PRATIQUE—Fin**

concerne la question à trancher au procès, n'était pas convaincant — La décision finale du protonotaire de radier le rapport au stade préliminaire avant le procès et dans son ensemble était un exercice approprié de son pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la gestion de l'instance — Dans la présente affaire, le pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé de manière abusive, déraisonnable ou non judiciaire — Il est permis de radier des éléments de preuve avant une audience afin que celle-ci procède d'une manière plus ordonnée ou lorsque la preuve n'est clairement pas pertinente ou est autrement inadmissible — Requête rejetée.

BOILY C. CANADA (T-541-10, 2017 CF 1021, juge Gagné, jugement en date du 9 novembre 2017, 18 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Contrôle judiciaire d'une décision d'un arbitre concluant que les défendeurs étaient assujettis à la réglementation fédérale concernant les relations de travail — La demanderesse était établie en Ontario et offrait des services interprovinciaux de transport par autocars et autobus nolisés — Elle offrait également des services municipaux de transport dans la région de York par l'entremise de deux divisions : « Can-Ar Coach » (Coach) et « Can-Ar Transit Services » (Transit) — Le Conseil canadien des relations du travail (CCRT) a conclu en 1995 que la demanderesse était une entreprise fédérale aux fins du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, et que les relations de travail de la division Transit relevaient de la compétence fédérale — La division Coach a subi une réduction d'effectifs en 2003; la demanderesse s'est vu offrir un contrat important pour assurer un service de transport municipal pour York Region Transit — Le contrat a ensuite été attribué à Veolia Transportation Services (Canada) (Veolia) en 2010 — La section locale 113 de l'Amalgamated Transit Union a obtenu l'accréditation provinciale en 2010 afin de représenter les employés de Transit réembauchés par Veolia — À la suite de la cessation de leur emploi, les employés de la division Transit ont obtenu une ordonnance de paiement d'une indemnité de départ conformément à l'art. 235 du Code — La demanderesse a introduit un appel pour recouvrement du salaire en vertu de la partie III du Code, alléguant que les opérations de sa division Transit relevaient de la compétence provinciale — L'arbitre s'est appuyée sur la décision du CCRT de 1995, écrivant notamment qu'une fois qu'il a été déterminé qu'un employeur relève de la compétence fédérale, son statut devrait rester constant — Elle a conclu que les divisions Transit et Coach étaient une « entreprise unique » offrant des services de transport interprovinciaux, et que les employés de la division Transit étaient assujettis à la compétence fédérale aux fins des relations de travail — La question était de savoir si les employés de la division Transit étaient assujettis à la réglementation fédérale ou provinciale — Puisque la division Transit ne relevait pas de la compétence fédérale, mais relevait plutôt de la compétence provinciale, l'arbitre n'avait pas l'autorité de traiter de la question de l'indemnité de départ en vertu de l'art. 167 du Code — L'arbitre a commis une erreur en mentionnant la présomption provinciale, mais en omettant ensuite de l'appliquer — Lorsqu'une compétence fédérale sur une question est l'exception, non la règle, les décideurs doivent se servir de cette idée comme point de départ — La présomption provinciale ne disparaît pas simplement parce qu'une décision a été prise par un tribunal du travail sur la question constitutionnelle — La justification de la « constance » de l'arbitre était incohérente — L'arbitre s'est appuyée de façon erronée sur les motifs « impérieux » pour partir de la décision du CCRT de 1995, et elle n'a pas répondu à la question de savoir si les employés de la division Transit avaient réfuté ou non avec succès la présomption de la compétence provinciale sur les questions liées au travail de la division Transit — L'arrêt *Westcoast Energy Inc c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322 (*Westcoast*) a élaboré le critère en fonction duquel les décideurs déterminent si une entreprise est « unique », au sens constitutionnel d'être « indivisible » et « intégrée » — Le critère de l'« entreprise unique » permet de résoudre des situations dans lesquelles une organisation comporte des activités ou divisions distinctes qui, à première vue, se distinguent les unes des autres par une quelconque caractéristique — Un lien physique entre deux exploitations ne suffit pas pour établir une « entreprise unique » — Le critère de l'« entreprise unique » sert de protection contre le risque qu'un décideur confonde par erreur l'entente commerciale particulière d'une entreprise avec l'intégration fonctionnelle de ses exploitations connexes requise en vertu du droit constitutionnel — Il ne s'agit pas tant de savoir si deux exploitations connexes sont différentes du point de vue fonctionnel, mais plutôt de connaître le niveau et la qualité de l'intégration fonctionnelle — L'analyse de la « compétence dérivée » couvre les situations factuelles variées dans lesquelles une entreprise particulière n'est pas en soi de nature fédérale, mais pourrait relever de la compétence fédérale en raison de son lien avec une autre entreprise fédérale — Le critère de l'« entreprise unique » et le critère de la « compétence dérivée » sont caractérisés par un examen de l'« intégration » — L'arbitre a déterminé incorrectement que l'« intégration fonctionnelle » n'était pertinente qu'au critère de la « compétence dérivée » et non au critère de l'« entreprise unique » — Elle n'a pas choisi ni appliqué les bons critères constitutionnels — Elle n'a pas mené son analyse en se référant aux principes constitutionnels établis dans l'arrêt *Westcoast* — Elle s'est plutôt intéressée au niveau de « centralisation » et s'est effectivement donné comme consigne de ne pas prendre en considération l'« intégration fonctionnelle » à moins qu'une analyse de la compétence dérivée s'avère nécessaire — Elle a mal compris le rôle que joue l'« intégration fonctionnelle » à l'égard de la compétence directe et de la compétence dérivée — Il est

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

important de faire la distinction entre l'examen de l'« intégration fonctionnelle » pour trancher la question de la compétence sur les relations de travail et la question de savoir si une entreprise est une entreprise de transport interprovinciale — La division Coach était une entreprise interprovinciale au sens de l'art. 92(10) a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Elle était une entreprise « fédérale » pour les fins du critère fonctionnel, et la présomption provinciale a été réfutée en ce qui a trait aux relations de travail de la division Coach — Pour réfuter la présomption provinciale, il fallait conclure que la division Transit était une entreprise « fédérale » soit parce qu'elle formait i) une entreprise « unique » avec la division Coach (compétence directe), soit parce qu'elle ii) faisait « partie intégrante » de la division Coach (compétence dérivée) — Le critère de la compétence « directe » et le critère de la compétence « dérivée » valident la relation entre la division Coach et la division Transit — Les divisions Transit et Coach ne travaillaient pas ensemble vers un objectif quelconque — Elles exerçaient leurs activités dans une même installation physique pour des raisons de commodité commerciale uniquement — La division Transit ne soutenait pas la division Coach ni ne travaillait pour cette dernière de la manière envisagée dans l'arrêt *Westcoast* — La division Transit ne formait pas une entreprise « unique » avec la division Coach, ni ne faisait « partie intégrante » de ses opérations, et elle n'était donc pas « fédérale » — Demande accueillie.

TOKMAKJIAN INC. C. ACHORN (T-1110-15, 2017 CF 1057, juge Diner, jugement en date du 22 novembre 2017, 50 p.)

If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3