



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2017, Vol. 2, Part 2**

**2017, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2017] 2 F.C.R., {<sup>165-351</sup><sub>D-5-D-10</sub>

Renvoi [2017] 2 R.C.F., {<sup>165-351</sup><sub>F-5-F-11</sub>

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

### LEGAL EDITORS

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2017.

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

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

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

### ARRÊTISTES

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2017.

N° de cat. JU1-2-1-PDF  
ISSN 1714-373X

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

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

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

*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.*

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

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	165–351
Digests .....	D-5–D-10

### **1395804 Ontario Ltd. (Blacklock’s Reporter) v. Canada (Attorney General) (F.C.) .....** 256

Copyright—Infringement—Action in which plaintiff contending that Department of Finance officials violating copyright by obtaining, reading, distributing two of plaintiff’s news articles without authorization—Case involving fair dealing provisions of *Copyright Act* in context of third party use of content protected by paywall—Plaintiff, small Ottawa-based online news agency owned, operated by two individuals, including managing editor—Plaintiff employing paywall to protect news copy—Complaining that in October 2013, certain Department officials acquiring, distributing two news articles without consent or payment—Plaintiff seeking damages—Managing editor writing articles about changes to Canadian sugar tariffs, consulting Department, president of Canadian Sugar Institute (CSI) for information—Articles making improper claims—CSI President taking out annual single subscription with plaintiff in order to read full articles—Concerned about articles’ accuracy, potential damage to working relationship with Department officials—Therefore emailing copies of articles to contact at Department—CSI president unaware of plaintiff’s Terms and Conditions for use—Articles emailed to other work colleagues by president’s contact—Whether conduct plaintiff impugning protected under fair dealing provisions of Act, in particular, s. 29—S. 29 providing basic legal protection where purpose of use research, private study, education, etc.—Two leading Supreme Court of Canada cases (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper*

*Continued on next page*

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

*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.*

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

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	165–351
Fiches analytiques .....	F-5–F-11

### **1395804 Ontario Ltd. (Blacklock’s Reporter) c. Canada (Procureur général) (C.F.) .....** 256

Droit d’auteur—Violation—Action par laquelle la demanderesse a soutenu que des fonctionnaires du ministère des Finances (le Ministère) ont violé son droit d’auteur en obtenant, lisant et distribuant deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation—L’affaire concernait les dispositions de la *Loi sur le droit d’auteur* relatives à l’utilisation équitable dans le contexte de l’utilisation, par une tierce partie, de contenu protégé par un mur à péage—La demanderesse est une petite agence de nouvelles en ligne établie à Ottawa qui est détenue et exploitée par deux personnes, dont le rédacteur en chef—La demanderesse a recours à un mur à péage pour protéger ses articles de nouvelles—La demanderesse s’est plainte qu’en octobre 2013, certains fonctionnaires du Ministère se sont procuré deux de ses articles de nouvelles et les ont distribués, sans autorisation ni contrepartie financière—La demanderesse a réclamé des dommages-intérêts—Le rédacteur en chef a consulté le Ministère et la présidente de l’Institut canadien du sucre (ICS) pour obtenir des renseignements, puis il a écrit un article portant sur des modifications aux tarifs douaniers canadiens sur le sucre—L’article contenait des propos mensongers—Pour lire la totalité de l’article, la présidente de l’ICS s’est abonnée à la demanderesse, à titre individuel et pour un an—Elle était préoccupée quant à l’exactitude de l’article et par le fait que sa relation de travail avec les fonctionnaires du Ministère pouvait être endommagée—Par conséquent, elle a envoyé des copies de l’article par

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

*Canada; Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*) dealing with s. 29 analysed—In *CCH*, Supreme Court establishing two-part test for determining whether use of copyrighted material constituting fair dealing—Test involving determining whether dealing is for purpose of “research” or “private study”; whether dealing “fair”—*CCH* decision concluding that “research” must be given large, liberal interpretation—In present case, Department’s acknowledged use of two articles at issue constituting fair dealing—Circulation of news copy within Department done for proper research purposes—Evidence establishing that president’s contact, Department official directly involved in responding to plaintiff’s managing editor; that each having legitimate concerns about fairness, accuracy of managing editor’s reporting—Plaintiff failing to ensure subscribers aware of terms, conditions seeking to impose—Approach deficient, potentially misleading to subscribers like CSI president—President or Department should not be taken to have been aware of plaintiff’s web-based terms of use—Plaintiff’s terms, conditions containing material ambiguity concerning downstream distribution—Plaintiff bound to interpretation most favourable to users of copy—Action dismissed.

### **Canada (Attorney General) v. Canada (Public Sector Integrity Commissioner) (F.C.) . . . . . 165**

Ethics—Judicial review of decision of Public Sector Integrity Commissioner that *Public Servants Disclosure Protection Act*, s. 23(1) not applying to prevent investigation of disclosure involving Ottawa Air Section (OAS) of RCMP Air Services Branch (ASB)—Also challenging Commissioner’s interpretation of Act, s. 24(1)—Present judicial review requiring an examination, for first time, of Act, s. 23(1), which restricts

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

courriel à une personne-ressource au Ministère—La présidente de l’ICS ne connaissait pas les Conditions de la demanderesse—L’article a été envoyé par courriel à d’autres collègues de travail par la personne-ressource de la présidente—Il s’agissait de savoir si la conduite que la demanderesse reprochait était protégée par les dispositions de la Loi relatives à l’utilisation équitable, et plus particulièrement, par l’art. 29—L’art. 29 accorde une protection juridique de base lorsque l’utilisation est notamment aux fins d’étude privée, de recherche ou d’éducation—Deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l’art. 29 (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, et *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*) ont été analysés—Dans l’arrêt *CCH*, la Cour suprême a énoncé un critère à deux volets pour établir si l’utilisation de contenu visé par droit d’auteur constitue une utilisation équitable—Ce critère consistait à déterminer si l’utilisation avait pour but la « recherche » ou « l’étude privée » et si l’utilisation était « équitable »—La Cour suprême dans l’arrêt *CCH* a tiré la conclusion selon laquelle il faut interpréter le mot « recherche » de manière large—En l’espèce, l’utilisation reconnue par le Ministère des deux articles en litige constituait une utilisation équitable—La circulation de cet article de nouvelles au sein du Ministère a eu lieu à de véritables fins de recherche—La preuve a établi que la personne-ressource de la présidente et le fonctionnaire du Ministère ont tous les deux directement répondu au rédacteur en chef de la demanderesse et qu’ils avaient chacun des préoccupations légitimes à propos du caractère équitable et de l’exactitude de la nouvelle du rédacteur en chef—La demanderesse a omis de s’assurer que ses abonnés avaient connaissance des Conditions qu’elle souhaitait imposer—La méthode adoptée présentait des lacunes et elle pouvait possiblement tromper des abonnés comme la présidente de l’ICS—La présidente ou le Ministère ne devraient pas être réputés avoir eu connaissance des conditions d’utilisation de la demanderesse qui se trouvent sur le Web—Les Conditions de la demanderesse contenaient une ambiguïté importante en ce qui concerne la distribution en aval—La demanderesse était liée par l’interprétation la plus favorable aux utilisateurs de ses copies—Action rejetée.

### **Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l’intégrité du secteur public) (C.F.) . . . . . 165**

Éthique—Contrôle judiciaire visant une décision du commissaire à l’intégrité du secteur public du Canada selon laquelle l’art. 23(1) de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles* (la Loi) ne s’appliquait pas pour l’empêcher de tenir une enquête sur une divulgation touchant la Section de l’air d’Ottawa (SAO) de la Sous-direction des services de l’air (SDSA) de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Commissioner's ability to deal with disclosure if person or body acting under another act dealing with subject-matter of disclosure—In November 2014, after investigating disclosure involving OAS of ASB, Commissioner making finding of wrongdoing, reporting details to Parliament in Case Report of Wrongdoing—Applicant arguing, *inter alia*: that respondent having no authority to investigate disclosure because Transport Canada (TC) already dealing with subject-matter thereof under another act; that therefore, pursuant to Act, s. 23(1), respondent having no authority or jurisdiction to investigate disclosure; that respondent acting without jurisdiction under s. 24(1)—Whether respondent's interpretation of Act, ss. 23(1), 24(1) reasonable—Act, whistleblower legislation designed to enable federal government employees to bring to light wrongdoings in public sector without fear of reprisal—Phrase "dealing with" in Act, s. 23(1) must take meaning from context, cannot be interpreted so broadly as to frustrate scheme, purpose of legislation—Context, purpose of activities of TC entirely different than that of respondent's analysis, investigation under Act of allegations in disclosure—TC conducting broad examination of ASB, not focused review of OAS—Respondent reasonably interpreting activities of TC when determining TC not operating under another Act of Parliament—Regarding interpretation of Act, s. 24(1), subsection providing respondent with after-the-fact review of activity of another body—Based on all available information, reasonable for respondent to determine that TC having completed assessment either in December 2013 or January 2014; respondent free to decide whether having been adequately done—Respondent determining would not cease investigation given that preliminary finding of wrongdoing involving public safety matters in aviation—Act, s. 24(1)(f) giving respondent authority to exercise discretion if valid reason existing for not dealing with subject-matter of disclosure or investigation—Application dismissed.

### **Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . . . 211**

Aboriginal Peoples—Registration—Appeal from Federal Court decision dismissing Canadian Human Rights Commission's applications for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decisions dismissing complaints by several

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

GRC—L'interprétation de l'art. 24(1) par le commissaire était également contestée—Ce contrôle judiciaire exigeait, pour la première fois, un examen de l'art. 23(1) de la Loi, qui restreint le pouvoir du commissaire de donner suite à une divulgation si une personne ou un organisme est saisi de l'objet de celle-ci au titre d'une autre loi fédérale—En novembre 2014, après avoir examiné une divulgation touchant la SAO de la SDSA, le commissaire a conclu à l'existence d'un acte répréhensible et en a signalé les détails au Parlement dans un rapport d'acte répréhensible—Le demandeur a affirmé, entre autres, que le défendeur n'avait pas le pouvoir d'enquêter sur la divulgation parce que Transports Canada (TC) était déjà saisi de l'objet de la divulgation en vertu d'une autre loi et que par conséquent, selon l'art. 23(1), il n'avait ni le pouvoir ni la compétence d'examiner la divulgation et qu'il a agi sans compétence en vertu de l'art. 24(1)—Il s'agissait principalement de savoir si l'interprétation des art. 23(1) et 24(1) de la Loi par le défendeur était raisonnable—La Loi est une loi sur les lanceurs d'alerte conçue pour permettre aux employés du gouvernement fédéral de signaler des actes répréhensibles dans la fonction publique sans crainte de représailles—Le terme « saisi » à l'art. 23(1) de la Loi doit tirer son sens du contexte et ne peut pas être interprété si largement qu'il frustre l'esprit et l'intention de la loi—Le contexte et le but des activités de TC étaient totalement différents de ceux de l'analyse et de l'enquête sur les allégations contenues dans la divulgation menées par le défendeur au titre de la Loi—TC menait un examen d'ensemble de la SDSA et non un examen propre au SAO—Le défendeur a interprété de façon raisonnable les activités de TC en concluant que TC n'agissait pas au titre d'une autre loi fédérale—En ce qui concerne l'interprétation de l'art. 24(1) de la Loi, cette disposition fournit au défendeur un examen *a posteriori* des activités d'une autre instance—D'après tous les renseignements disponibles, il était raisonnable pour le défendeur de conclure que TC avait terminé son évaluation en décembre 2013 ou en janvier 2014 et qu'il était libre de décider si le travail avait été fait de manière adéquate—Le défendeur a décidé de ne pas mettre un terme à son enquête compte tenu de la conclusion préliminaire d'acte répréhensible touchant des questions de sécurité publique en aviation—L'art. 24(1)(f) de la Loi permet au défendeur d'exercer son pouvoir discrétionnaire s'il estime que cela est opportun pour tout autre motif justifié—Demande rejetée.

### **Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 211**

Peuples autochtones—Inscription—Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l'encontre de décisions par lesquelles le Tribunal canadien des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

members of two First Nations alleging that provisions in *Indian Act* (Act) precluding registration of their children as “Indians” under the Act violating their human rights because impugned provisions constituting prohibited discrimination—Act setting out criteria as to whether individual an “Indian” under the Act—Prior to 1985, various provisions in Act providing for “enfranchisement”, effectively stripping individuals, descendants thereof of right to Indian status under Act—Those provisions repealed in 1985—Amendments (i.e. Act, ss. 6(1),(2)) introducing “second generation cut-off rule” whereby, *inter alia*, individuals born of only one parent with Indian status considered second generation, granted status under s. 6(2), people born of two parents with Indian status considered first generation, granted status under s. 6(1)—Complainants registered under s. 6(2)—Complainants’ children not eligible for registration—Tribunal deciding that complaints not alleging discriminatory practice under *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 5—Finding, *inter alia*, that complaints directly challenging provisions of Act; still bound by decision in *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency)* (*Murphy*) wherein Federal Court of Appeal finding adoption of legislation not falling under CHRA, s. 5—Whether *Murphy* wrongly decided or no longer good law—Tribunal’s decisions reasonable—No basis upon which to declare *Murphy* no longer good law—Tribunal’s interpretation of s. 5, i.e. that adoption of legislation not giving rise to service customarily available to general public, reasonable—Such service requiring that something of benefit be available, held out or offered to public—Legislator not “holding out” or “offering” something of benefit when adopting legislation—Tribunal reasonably concluding binding precedent, i.e. *Murphy*, supporting its result—Tribunal not empowered to issue declaration of invalidity or to read in additional language into Act to broaden those entitled to Indian status—Not violating CHRA, s. 2 in declining to rule on direct challenges to federal legislation—Tribunal not alternate forum to courts for adjudicating alleged discriminatory nature of legislation—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

droits de la personne (le Tribunal) a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* (la Loi) interdisant l’inscription de leurs enfants à titre d’« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne parce que les dispositions contestées constituent de la discrimination interdite—La Loi établit les critères permettant de déterminer si une personne est un « Indien » au sens de la Loi—Avant 1985, différentes dispositions de la Loi permettaient l’« émancipation », qui avait pour effet de retirer à certaines personnes et à leurs descendants le droit au statut d’Indien au sens de la Loi—Ces dispositions ont été abrogées en 1985—Des modifications (c.-à-d. art. 6(1) et (2)) ont introduit la « règle de l’exclusion après la deuxième génération » selon laquelle, entre autres, les personnes dont un parent a le statut d’Indien sont considérées comme étant de la deuxième génération et acquièrent le statut en vertu de l’art. 6(2), et les personnes dont les deux parents ont le statut d’Indien sont considérées comme étant de la première génération et acquièrent le statut en vertu de l’art. 6(1)—Les plaignants étaient inscrits en vertu de l’art. 6(2)—Les enfants des plaignants n’étaient pas admissibles à l’inscription—Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP)—Le Tribunal a conclu, entre autres, que les plaintes visaient directement à contester les dispositions de la Loi et qu’il était toujours lié par la décision rendue dans l’arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)* (*Murphy*), où la Cour d’appel fédérale a conclu que l’adoption d’une loi ne relève pas de l’art. 5 de la LCDP—Il s’agissait de déterminer si la décision rendue dans *Murphy* est erronée ou ne fait plus jurisprudence—Les décisions du Tribunal sont raisonnables—Il n’y a aucun motif pour déclarer que l’affaire *Murphy* ne fait plus autorité—L’interprétation par le Tribunal de l’art. 5 de la LCDP selon laquelle l’adoption de lois ne donne pas naissance à un service destiné au public est également raisonnable—Un tel service exige qu’il y ait un avantage et que cet avantage soit offert au public—Le Tribunal a raisonnablement conclu que le précédent qui le lie (*Murphy*) appuyait le résultat auquel il est parvenu—Le Tribunal n’est pas habilité à rendre une déclaration d’invalidité ou à interpréter la *Loi sur les Indiens* de manière à élargir le type de personnes qui peuvent réclamer le statut d’Indien—Le fait que le Tribunal refuse d’accepter qu’il a le droit d’instruire des contestations directes d’une loi fédérale ne constitue pas une atteinte à l’art. 2 de la LCDP—Le Tribunal n’est pas un for subsidiaire à la juridiction judiciaire habilité à entendre des questions se rapportant à la nature prétendument discriminatoire d’une loi—Appel rejeté.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Human Rights—Standard of review—Federal Court dismissing applications by Canadian Human Rights Commission for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decisions dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in *Indian Act* (Act) precluding registration of their children as “Indians” under the Act violating their human rights—Tribunal deciding that complaints not alleging discriminatory practice under *Canadian Human Rights Act* (CHRA), s. 5—Issue standard of review applicable to Tribunal’s decisions—Tribunal’s interpretation of CHRA, s. 5, determination that adoption of legislation is not a service customarily available to general public reviewable on reasonableness standard—Reasonableness standard presumptively applying to decisions of administrative tribunals interpreting constituent statutes under post-*Dunsmuir v. New Brunswick* case law—This presumption inapplicable under certain conditions—Difficult to draw line as to when reasonableness, correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting scope of protections afforded in their constituent legislation—Survey of case law revealing lack of guidance on when to afford deference to decisions of human rights tribunals interpreting provisions in human rights legislation—Matter herein decided on narrower basis by applying general principles emerging from Supreme Court’s case law—Fact discrimination protection of broad general importance to legal system not enough to merit correctness review—Justification for correctness review having to be found on other basis, such as overlap of jurisdiction—No overlap in present case—Only Tribunal may decide what constitutes service customarily available to general public within meaning of s. 5—Presumptive application of reasonableness standard of review not rebutted herein.

### **Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Attorney General) (F.C.) ..... 304**

Judges and Courts—Judicial review of Court Martial Administrator (CMA) decision refusing to provide applicant with unredacted copies of six court martial decisions—

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Droits de la personne—Norme de contrôle judiciaire—La Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l’encontre de décisions par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* (la Loi) interdisant l’inscription de leurs enfants à titre d’« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne—Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP)—Il s’agissait de déterminer quelle norme de contrôle est applicable aux décisions du Tribunal—L’interprétation faite par le Tribunal de l’art. 5 de la LCDP et sa décision selon laquelle l’adoption d’une loi n’est pas un service destiné au public sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable—Selon la jurisprudence suivant l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, la norme de la décision raisonnable est présumée s’appliquer aux décisions de tous les tribunaux administratifs qui interprètent leurs lois constitutives—Cette présomption est toutefois inapplicable dans certaines conditions—Il est difficile de tracer une ligne quant au moment où la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte s’appliquera aux décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent la portée des garanties prévues dans leurs lois constitutives—Un survol de la jurisprudence a révélé qu’il y a un manque de directives quant au moment où les décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent des dispositions relatives aux droits de la personne bénéficieront d’une déférence—La question en l’espèce pouvait être tranchée de manière plus restreinte en application des principes généraux qui découlent de la jurisprudence de la Cour suprême—Le fait que la protection contre la discrimination soit d’une grande importance pour le système juridique ne suffit pas à justifier un contrôle selon la norme de la décision correcte—La justification d’un contrôle selon la norme de la décision correcte doit s’appuyer sur un autre fondement, notamment sur un chevauchement de compétence—Il n’y avait pas de chevauchement en l’espèce—La question de savoir ce qui constitue un service destiné au public au sens de l’art. 5 de la LCDP ne peut être tranchée que par le Tribunal—L’application présumée de la norme de contrôle de la décision raisonnable n’a pas été réfutée en l’espèce.

### **Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général) (C.F.) ..... 304**

Juges et Tribunaux—Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle l’administrateur des cours martiales (ACM) a refusé de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

Competing interests herein: open court principle, protection of privacy of sexual assault complainants in court martial cases—Journalist employed with applicant investigating prosecution of sexual assault by Canadian military justice system; requesting from Department of National Defence documents relating to particular sexual assault court martial, other decisions involving sexual assault allegations—Almost all decisions sent to journalist included warning about existence of publication bans; also prohibiting publication, broadcasting of identity of complainants involved—Applicant seeking names of complainants for purpose of having reporter contact them to share stories; submitting that open court principle applying to courts martial—Whether CMA’s continued refusal to provide copies of unredacted decisions subject to publication ban lawful; what remedies should be awarded herein—Courts martial public—CMA erring in finding that publication bans requiring redaction of complainants’ names when providing access to requested court martial decisions—Open court principle applying to courts martial as prescribed by *National Defence Act*, s. 180—Publication bans one of several forms of relief limiting open court principle to protect other interests such as privacy of sexual assault complainants—Parties in present case disagreeing on scope of publication bans ordered in 2004—Act of providing copy of unredacted decision not constituting “publishing” within meaning of *Criminal Code*, s. 486(3) (2004 version) or s. 486.4 (current version)—Word “publish” in context of publication bans ordered by military judges pursuant to *Criminal Code*, s. 486(3) interpreted as prohibition to disseminate information to general public—In absence of order permitting redaction, sealing or anonymization of complainants’ identities when initial publication bans ordered, CMA having no authority, in capacity as administrator of office of Chief Military Judge, to redact information from decisions, to deny access thereto—CMA’s decision refusing to provide unredacted copies of court martial decisions set aside; matter returned to CMA for redetermination—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

décisions des cours martiales—La décision en l’espèce portait sur des intérêts opposés : il y avait d’une part le principe de la publicité des débats judiciaires, et d’autre part la protection de la confidentialité des plaintes d’agression sexuelle entendues en cour martiale—La journaliste au service de la demanderesse faisait enquête sur les poursuites en matière d’agression sexuelle entendues par le système de justice militaire canadien; elle a communiqué avec le ministère de la Défense nationale pour demander tous les documents relatifs à une affaire d’agression sexuelle en particulier entendue en cour martiale, ainsi que d’autres décisions concernant des allégations d’agression sexuelle—Presque toutes les décisions contenaient des mises en garde sur l’existence d’interdictions de publication et elles interdisaient également la publication et la diffusion de l’identité des plaignants visés—La demanderesse a indiqué qu’elle cherchait à obtenir les noms des plaignants afin qu’un reporter puisse communiquer avec eux pour les inviter à raconter leur histoire; elle a affirmé que le principe de la publicité des débats judiciaires s’applique aux cours martiales—Il s’agissait de savoir si le refus continu de l’ACM de fournir des copies non expurgées des décisions faisant l’objet d’une interdiction de publication était légitime et quelles étaient les mesures de réparation qui devraient être accordées en l’espèce—Les débats de la cour martiale sont publics—L’ACM a commis une erreur en concluant que les interdictions de publication exigeaient la suppression des noms des plaignants avant de fournir un accès aux décisions des cours martiales demandées—Le principe de la publicité des débats judiciaires vaut également pour les cours martiales, tel qu’il est prescrit par l’art. 180 de la *Loi sur la défense nationale* (LDN)—Une interdiction de publication constitue l’une des nombreuses formes de recours qui limitent le principe de la publicité des débats judiciaires pour protéger d’autres intérêts comme le caractère confidentiel des plaintes en matière d’agression sexuelle—Les parties en l’espèce ne s’entendaient pas sur la portée des interdictions de publication ordonnées en 2004—Fournir, sur demande, une copie d’une décision non expurgée n’équivaut pas à « publier » selon la définition de l’art. 486(3) de la version de 2004 du *Code criminel* ou de l’art. 486.4 de la version actuelle du *Code criminel*—Le terme « publier » dans le contexte des ordonnances d’interdiction de publication rendues par les juges militaires en vertu de l’art. 486(3) du *Code criminel* doit être interprété comme signifiant une interdiction de diffuser l’information au grand public—En l’absence d’une ordonnance autorisant le caviardage ou la mise sous scellés de l’identité des plaignants, ou le maintien de leur anonymat, au moment où les interdictions de publication initiales ont été ordonnées, l’ACM n’avait pas le pouvoir, en sa capacité d’administrateur du Cabinet du juge militaire en chef, d’expurger les renseignements des décisions

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice—Applications—In judicial review of decision by Court Martial Administrator (CMA) refusing to provide applicant with unredacted copies of six court martial decisions, respondent arguing that application brought outside 30-day time limit as prescribed by *Federal Courts Act*, s. 18.1(2)—Whether application for judicial review out of time—Subject matter of application for judicial review continuing course of conduct; consequently, not time-barred—Applicant challenging CMA’s continued refusal to provide unredacted copies of court martial decisions subject to publication ban—Application for judicial review not arising from single decision of CMA but rather CMA’s ongoing practice to redact court martial decisions subject to publication ban—Also, even if applicant late in bringing application for judicial review, present matter proper case in which to grant extension of time.

Privacy—Court Martial Administrator (CMA) refusing to provide applicant with unredacted copies of six court martial decisions—Applicant seeking names of complainants in these matters for the purpose of having a reporter contact them, invite them to tell their stories—Competing interests herein: open court principle, protection of privacy of sexual assault complainants in court martial cases—Whether *Privacy Act* applying to court records of courts martial—Pursuant to *Privacy Act*, s. 69(2), prohibition on use, disclosure of personal information prescribed by ss. 7, 8 not applying where information available to public—Courts martial, records thereof presumptively public—In absence of redaction, sealing or anonymity order, information CMA wanting to protect part of public record; as such, falling within meaning of exception contained in *Privacy Act*, s. 69(2)—Thus, no basis on which to conclude *Privacy Act* prohibitions on use, disclosure of personal information would apply to court martial decisions.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

et d’empêcher l’accès à ces décisions—La décision de l’ACM de fournir des copies expurgées des décisions des cours martiales a été annulée et l’affaire a été renvoyée à l’ACM pour un réexamen—Demande accueillie.

Pratique—Demandes—Dans le cadre du contrôle judiciaire d’une décision par laquelle l’administrateur des cours martiales (ACM) a refusé de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six décisions des cours martiales, le défendeur a fait valoir que la demande de contrôle judiciaire a été déposée en dehors du délai de 30 jours prescrit à l’art. 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Il s’agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire était hors délai—La demande de contrôle judiciaire concernait une même série d’actes et par conséquent, la demande de contrôle judiciaire n’était pas prescrite—La demanderesse contestait le refus continu de l’ACM de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiales faisant l’objet d’une interdiction de publication—La demande de contrôle judiciaire ne découlait pas d’une seule décision de l’ACM, mais bien de la pratique continue de l’ACM d’expurger les décisions des cours martiales faisant l’objet d’une interdiction de publication—De plus, même si la demanderesse a tardé à déposer sa demande de contrôle judiciaire, une prorogation du délai était indiquée en l’espèce.

Protection des renseignements personnels—L’administrateur des cours martiales (ACM) a refusé de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six décisions des cours martiales—La demanderesse a indiqué qu’elle cherchait à obtenir les noms des plaignants afin qu’un reporter puisse communiquer avec eux pour les inviter à raconter leur histoire—La décision en l’espèce portait sur des intérêts opposés : il y avait d’une part le principe de la publicité des débats judiciaires, et d’autre part la protection de la confidentialité des plaintes d’agression sexuelle entendues en cour martiale—Il s’agissait de savoir si la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s’appliquait aux dossiers des cours martiales—En vertu de l’art. 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l’interdiction relative à l’utilisation et à la communication de renseignements personnels prévue aux art. 7 et 8 ne s’applique pas aux renseignements personnels auxquels le public a accès—Les débats des cours martiales sont présumés publics, de même que les dossiers des cours martiales—En l’absence d’une ordonnance de caviardage, de mise sous scellés ou d’anonymat, les renseignements que l’ACM souhaitait protéger faisaient partie du dossier public et, à ce titre, relevaient de l’exception prévue à l’art. 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*—Par conséquent, rien ne permettait de conclure que les

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc. (F.C.A.) ..... 280**

Patents—Infringement—Appeal from Federal Court decision allowing respondent Eli Lilly Canada Inc.’s application for order under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6 prohibiting notice of compliance (NOC) from being issued to appellant—Impugned Canadian Patent No. 2226784 ('784 patent) claiming tadalafil, 3-methyl tadalafil (two compounds) for treatment of erectile dysfunction—Specifically, two compounds inhibiting production of PDE V (enzyme preventing erections)—'784 patent having priority date of July 14, 1995, filing date of July 11, 1996, publication date of February 6, 1997—Eli Lilly previously acquiring '377 patent that claimed tadalafil, having priority date of January 21, 1994, filing date of January 19, 1995—Pfizer publishing '902 patent application for PDE V inhibitor sildenafil on December 22, 1994—Appellant filing notice of allegation that '784 patent invalid for inutility on basis of lack of sound prediction, obviousness-type double-patenting—Federal Court determining priority date of '377 patent as relevant date on which to assess impugned patent—Determining, *inter alia*, that at priority date of '377 patent, use of PDE V inhibitors patentably distinct from '377 patent—Rejecting challenge to utility of patent—Whether Federal Court erring in finding that impugned patent not invalid for either obviousness-type double-patenting or lack of utility—Federal Court committing no reversible errors in finding impugned patent not invalid for either obviousness-type double-patenting or lack of utility—While Federal Court erring in referring to specification when construing claims of '377 patent, error of no consequence—As to date from which obviousness-type double-patenting should be assessed, publication date of '784 patent not correct date—Inappropriate to use any date after claim date of second patent—Otherwise Court would consider prior art beyond what *Patent Act*, s. 28.3 allowing—Not necessary to determine appropriate date among those remaining as Federal Court not erring in concluding that '784 patent patentably distinct even in light of '902 patent application—Skilled person would not have unhesitatingly accepted teachings of '902 patent application as true; not part of common knowledge—Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

interdictions sur l’usage et la divulgation des renseignements personnels prévues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pourraient s’appliquer aux décisions des cours martiales.

### **Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc. (C.A.F.) ..... 280**

Brevets—Contrefaçon—Appel interjeté à l’encontre d’une décision par laquelle la Cour fédérale a fait droit à la requête d’Eli Lilly Canada Inc. en vue d’obtenir, conformément à l’art. 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, une ordonnance interdisant la délivrance d’un avis de conformité (AC) à l’appelante—Le brevet contesté (le brevet canadien no 2226784 ou le brevet '784) revendique le tadalafil et le 3-méthyl tadalafil (les deux composés) pour le traitement de la dysfonction érectile (DE)—Plus précisément, ces deux composés inhibent la production de PDE5 (une enzyme qui empêche l’érection)—Le brevet '784 avait comme date de priorité le 14 juillet 1995, comme date de dépôt le 11 juillet 1996 et comme date de publication le 6 février 1997—Eli Lilly avait précédemment obtenu le brevet '377 qui revendiquait l’utilisation du tadalafil et dont la date de priorité était le 21 janvier 1994 et la date de dépôt était le 19 janvier 1995—Pfizer avait publié le 22 décembre 1994 la demande de brevet '902 pour le sildénafil, un inhibiteur de la PDE5—L’appelante a déposé un avis d’allégation que le brevet '784 était invalide pour cause d’absence d’utilité au motif qu’il y avait absence de prédiction valable et double brevet relatif à une évidence—La Cour fédérale a conclu que la date de priorité du brevet '377 était la date pertinente pour évaluer le brevet en cause—La Cour fédérale a déterminé, entre autres, qu’à la date de priorité du brevet '377, l’utilisation d’inhibiteurs de la PDE5 était une utilisation brevetable distincte de celle du brevet '377—La Cour fédérale a rejeté la contestation de l’utilité du brevet—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le brevet contesté n’était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence ou pour cause d’absence d’utilité—La Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision lorsqu’elle a conclu que le brevet contesté n’était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence ou pour cause d’absence d’utilité—Bien que la Cour fédérale ait commis une erreur en faisant référence au mémoire descriptif dans le cadre de son interprétation des revendications du brevet '377, l’erreur était sans conséquence—Quant à la date à partir de laquelle le double brevet relatif à l’évidence devrait être évalué, la date de publication du brevet '784 ne constituait pas la bonne date—Il ne convenait pas d’utiliser une quelconque date postérieure à la date de revendication du deuxième brevet—Autrement, la Cour tiendrait compte d’antériorités excédant

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

## SOMMAIRE (Fin)

celles qu'elle peut prendre en compte en vertu de l'art 28.3 de la *Loi sur les brevets*—Il n'était pas nécessaire de déterminer la bonne date parmi les autres dates puisque la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que le brevet '784 visait un élément brevetable distinct même à la lumière de la demande de brevet '902—La personne versée dans l'art n'aurait pas admis sans hésitation la validité des enseignements de la demande de brevet; ils ne faisaient pas partie des connaissances générales courantes—Appel rejeté.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Agostino v. Downe*, A-266-16, Trudel, Boivin and de Montigny J.J.A., order dated November 9, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused May 25, 2017.

*Apotex Inc. v. Astrazeneca Canada Inc.*, A-201-15, 2017 FCA 9, Gauthier J.A., judgment dated January 12, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused June 1, 2017.

*Canada v. 100193 P.E.I. Inc.*, A-352-15, 2016 FCA 280, Stratas J.A., judgment dated November 14, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused June 1, 2017.

*Canada (Governor General in Council) v. Mikisew Cree First Nation*, A-29-15, 2016 FCA 311, de Montigny and Pelletier J.J.A., judgment dated December 7, 2016, leave to appeal to S.C.C. granted May 18, 2017.

*Dove v. Canada*, A-552-15, 2016 FCA 231, Pelletier, Webb and Near J.J.A., judgment dated September 15, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused June 1, 2017.

*Giroux v. Canada (Attorney General)*, A-304-15, 2016 FCA 288, Pelletier J.A., judgment dated November 18, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused May 18, 2017.

*Gregory-John Bloom, as Created by the Creator v. Canada*, A-296-16, de Montigny J.A., order dated December 6, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused June 8, 2017.

*Keay v. Canada*, A-387-15, 2016 FCA 281, Stratas J.A., judgment dated November 14, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused May 18, 2017.

*Majebi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, A-52-16, 2016 FCA 274, Dawson J.A., judgment dated November 9, 2016, leave to appeal to S.C.C. refused June 1, 2017.

*Turner v. Canada (Attorney General)*, A-482-15, 2017 FCA 2, Scott J.A., judgment dated January 6, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused May 25, 2017.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Agostino c. Downe*, A-266-16, les juges Trudel, Boivin et de Montigny, J.C.A., ordonnance en date du 9 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 mai 2017.

*Apotex Inc. c. Astrazeneca Canada Inc.*, A-201-15, 2017 CAF 9, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 12 janvier 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1<sup>er</sup> juin 2017.

*Canada c. 100193 P.E.I. Inc.*, A-352-15, 2016 CAF 280, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 14 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1<sup>er</sup> juin 2017.

*Canada (Gouverneur général en conseil) c. Première Nation Crie Mikisew*, A-29-15, 2016 CAF 311, les juges de Montigny et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 7 décembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 18 mai 2017.

*Dove c. Canada*, A-552-15, 2016 CAF 231, les juges Pelletier, Webb et Near, J.C.A., jugement en date du 15 septembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1<sup>er</sup> juin 2017.

*Giroux c. Canada (Procureur général)*, A-304-15, 2016 CAF 288, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 18 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 mai 2017.

*Gregory-John Bloom, as Created by the Creator c. Canada*, A-296-16, le juge de Montigny, J.C.A., ordonnance en date du 6 décembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 8 juin 2017.

*Keay c. Canada*, A-387-15, 2016 CAF 281, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 14 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 18 mai 2017.

*Majebi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, A-52-16, 2016 CAF 274, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 9 novembre 2016, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 1<sup>er</sup> juin 2017.

*Turner c. Canada (Procureur général)*, A-482-15, 2017 CAF 2, le juge Scott, J.C.A., jugement en date du 6 janvier 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 25 mai 2017.



**Federal Courts  
Reports**

**2017, Vol. 2, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2017, Vol. 2, 2<sup>e</sup> fascicule**





T-2368-14  
2016 FC 886T-2368-14  
2016 CF 886**Attorney General of Canada** (*Applicant*)**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Public Sector Integrity Commissioner of Canada** (*Respondent*)**Le commissaire à l'intégrité du secteur public du Canada** (*défendeur*)**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (PUBLIC SECTOR INTEGRITY COMMISSIONER)****RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSAIRE À L'INTÉGRITÉ DU SECTEUR PUBLIC)**

Federal Court, Elliott J.—Ottawa, November 25, 2015 and July 29, 2016.

Cour fédérale, juge Elliott—Ottawa, 25 novembre 2015 et 29 juillet 2016.

*Ethics — Judicial review of decision of Public Sector Integrity Commissioner that Public Servants Disclosure Protection Act, s. 23(1) not applying to prevent investigation of disclosure involving Ottawa Air Section (OAS) of RCMP Air Services Branch (ASB) — Also challenging Commissioner's interpretation of Act, s. 24(1) — Present judicial review requiring an examination, for first time, of Act, s. 23(1), which restricts Commissioner's ability to deal with disclosure if person or body acting under another act dealing with subject-matter of disclosure — In November 2014, after investigating disclosure involving OAS of ASB, Commissioner making finding of wrongdoing, reporting details to Parliament in Case Report of Wrongdoing — Applicant arguing, inter alia: that respondent having no authority to investigate disclosure because Transport Canada (TC) already dealing with subject-matter thereof under another act; that therefore, pursuant to Act, s. 23(1), respondent having no authority or jurisdiction to investigate disclosure; that respondent acting without jurisdiction under s. 24(1) — Whether respondent's interpretation of Act, ss. 23(1), 24(1) reasonable — Act, whistleblower legislation designed to enable federal government employees to bring to light wrongdoings in public sector without fear of reprisal — Phrase "dealing with" in Act, s. 23(1) must take meaning from context, cannot be interpreted so broadly as to frustrate scheme, purpose of legislation — Context, purpose of activities of TC entirely different than that of respondent's analysis, investigation under Act of allegations in disclosure — TC conducting broad examination of ASB, not focused review of OAS — Respondent reasonably interpreting activities of TC when determining TC not operating under another Act of Parliament — Regarding interpretation of Act, s. 24(1), subsection providing respondent with after-the-fact review of activity of another body — Based on all available information, reasonable for respondent to determine that TC having completed assessment either in December 2013 or January 2014; respondent free to decide whether having been adequately*

*Éthique — Contrôle judiciaire visant une décision du commissaire à l'intégrité du secteur public du Canada selon laquelle l'art. 23(1) de la Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (la Loi) ne s'appliquait pas pour l'empêcher de tenir une enquête sur une divulgation touchant la Section de l'air d'Ottawa (SAO) de la Sous-direction des services de l'air (SDSA) de la GRC — L'interprétation de l'art. 24(1) par le commissaire était également contestée — Ce contrôle judiciaire exigeait, pour la première fois, un examen de l'art. 23(1) de la Loi, qui restreint le pouvoir du commissaire de donner suite à une divulgation si une personne ou un organisme est saisi de l'objet de celle-ci au titre d'une autre loi fédérale — En novembre 2014, après avoir examiné une divulgation touchant la SAO de la SDSA, le commissaire a conclu à l'existence d'un acte répréhensible et en a signalé les détails au Parlement dans un rapport d'acte répréhensible — Le demandeur a affirmé, entre autres, que le défendeur n'avait pas le pouvoir d'enquêter sur la divulgation parce que Transports Canada (TC) était déjà saisi de l'objet de la divulgation en vertu d'une autre loi et que par conséquent, selon l'art. 23(1), il n'avait ni le pouvoir ni la compétence d'examiner la divulgation et qu'il a agi sans compétence en vertu de l'art. 24(1) — Il s'agissait principalement de savoir si l'interprétation des art. 23(1) et 24(1) de la Loi par le défendeur était raisonnable — La Loi est une loi sur les lanceurs d'alerte conçue pour permettre aux employés du gouvernement fédéral de signaler des actes répréhensibles dans la fonction publique sans crainte de représailles — Le terme « saisi » à l'art. 23(1) de la Loi doit tirer son sens du contexte et ne peut pas être interprété si largement qu'il frustre l'esprit et l'intention de la loi — Le contexte et le but des activités de TC étaient totalement différents de ceux de l'analyse et de l'enquête sur les allégations contenues dans la divulgation menées par le défendeur au titre de la Loi — TC menait un examen d'ensemble de la SDSA et non un examen propre au SAO — Le défendeur a interprété de façon raisonnable*

*done — Respondent determining would not cease investigation given that preliminary finding of wrongdoing involving public safety matters in aviation — Act, s. 24(1)(f) giving respondent authority to exercise discretion if valid reason existing for not dealing with subject-matter of disclosure or investigation — Application dismissed.*

This was an application for judicial review of a decision of the Public Sector Integrity Commissioner that subsection 23(1) of the *Public Servants Disclosure Protection Act* (Act) did not apply to prevent his investigation of a disclosure involving the Ottawa Air Section (OAS) of the RCMP Air Services Branch (ASB). It also challenged the Commissioner's interpretation of subsection 24(1) of the Act. This judicial review required an examination, for the first time, of subsection 23(1) of the Act, which restricts the Commissioner's ability to deal with a disclosure if a person or body acting under another act is dealing with the subject-matter of the disclosure.

In November 2014, after investigating a disclosure received in January 2013 involving the OAS of the ASB, the Commissioner made a finding of wrongdoing and reported the details to Parliament in a Case Report of Wrongdoing as required. He found that false entries had been made by pilots in their aircraft journey logbooks. The Commissioner found that with incorrect information in the logbooks, the RCMP could not ensure the aircraft were flown within weight and balance limits and also found, after reviewing several logbooks, that aircraft had previously been flown overweight. The Commissioner concluded that paragraph 602.07(a) of the *Canadian Aviation Regulations* had been contravened because aircraft are required to be operated within the limitations in the flight manual. His Case Report emphasized in particular that he was satisfied with the RCMP's response and that, while the contraventions did not create dangers to persons, regulations were contravened and that constituted a wrongdoing in the Act.

The applicant argued, *inter alia*: that the respondent had no authority to investigate the disclosure because Transport Canada (TC) was already dealing with the subject-matter thereof under another act and that therefore, pursuant to

*les activités de TC en concluant que TC n'agissait pas au titre d'une autre loi fédérale — En ce qui concerne l'interprétation de l'art. 24(1) de la Loi, cette disposition fournit au défendeur un examen a posteriori des activités d'une autre instance — D'après tous les renseignements disponibles, il était raisonnable pour le défendeur de conclure que TC avait terminé son évaluation en décembre 2013 ou en janvier 2014 et qu'il était libre de décider si le travail avait été fait de manière adéquate — Le défendeur a décidé de ne pas mettre un terme à son enquête compte tenu de la conclusion préliminaire d'acte répréhensible touchant des questions de sécurité publique en aviation — L'art. 24(1)(f) de la Loi permet au défendeur d'exercer son pouvoir discrétionnaire s'il estime que cela est opportun pour tout autre motif justifié — Demande rejetée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision du commissaire à l'intégrité du secteur public du Canada selon laquelle le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* (la Loi) ne s'appliquait pas pour l'empêcher de tenir une enquête sur une divulgation touchant la Section de l'air d'Ottawa (SAO) de la Sous-direction des services de l'air (SDSA) de la GRC. L'interprétation du paragraphe 24(1) par le commissaire était également contestée. Ce contrôle judiciaire exigeait, pour la première fois, un examen du paragraphe 23(1) de la Loi, qui restreint le pouvoir du commissaire de donner suite à une divulgation si une personne ou un organisme est saisi de l'objet de celle-ci au titre d'une autre loi fédérale.

En novembre 2014, après avoir examiné une divulgation reçue en janvier 2013 touchant la SAO de la SDSA, le commissaire a conclu à l'existence d'un acte répréhensible et en a signalé les détails au Parlement dans un rapport d'acte répréhensible, comme il était tenu de le faire. Il a conclu que des pilotes avaient fait de fausses entrées dans leurs carnets de route d'aéronef. Le commissaire a conclu qu'en raison de l'information incorrecte entrée dans les carnets de route, la GRC ne pouvait garantir que les aéronefs avaient été utilisés en respectant les limites de masse et de centrage et a également conclu, après avoir examiné plusieurs carnets de route, que des aéronefs avaient volé avec un poids excédentaire. Le commissaire a conclu qu'il y avait eu contravention à l'alinéa 602.07a) du *Règlement de l'aviation canadien* parce que les aéronefs doivent être utilisés conformément aux limites d'utilisation précisées dans le manuel de vol. Son rapport précise qu'il a été satisfait de la réponse de la GRC et que, même si les infractions n'ont pas mis en danger la vie, la santé ou la sécurité de personnes, il y a eu contravention au règlement et il s'agissait d'un acte répréhensible selon la Loi.

Le demandeur a affirmé, entre autres, que le défendeur n'avait pas le pouvoir d'enquêter sur la divulgation parce que Transports Canada (TC) était déjà saisi de l'objet de la divulgation en vertu d'une autre loi et que par conséquent, il

subsection 23(1) of the Act, the respondent had no authority or jurisdiction to investigate the disclosure; and that the respondent acted without jurisdiction under subsection 24(1) when he failed to exercise his discretion not to investigate the disclosure. For his part, the respondent submitted that his interpretations of the Act were entitled to deference and were reasonable.

The main issues were whether the respondent's interpretation of subsection 23(1) and subsection 24(1) of the Act were reasonable.

*Held*, the application should be dismissed.

Subsections 23(1) and 24(1) of the Act were interpreted on the basis of the scheme and objects of the Act. The Act is whistleblower legislation designed to enable federal government employees to bring to light wrongdoings in the public sector without fear of reprisal. Given the importance of whistleblower legislation to “denounce and punish wrongdoings in the public sector” the phrase “dealing with” must take its meaning from this context and cannot be interpreted so broadly as to frustrate the scheme and purpose of the legislation. The focus of the disclosure provision of the Act is to uncover past wrongs, bring them to light in public and put in place corrections to prevent recurrence. As set out in TC's Oversight Plan and Advisory Assessment, the focus of TC was to find gaps in existing procedures and provide advice with respect to future regulations. The context and purpose of the activities of TC was entirely different than that of the respondent's analysis and investigation under the Act of the allegations in the disclosure. TC was conducting a broad examination of the ASB, not a focused review of the OAS. The fact that the end result — measures taken by RCMP with the advice of TC — was satisfactory to the respondent did not alter or affect the legitimacy of his investigation into the wrongdoings. Tabling the report in Parliament is an important part of the whistleblowing process. Parliament cannot have intended that subsection 23(1) be read so broadly that a procedure undertaken months after the respondent begins to deal with a disclosure should be sufficient to prevent the respondent from determining whether a serious past allegation of wrongdoing occurred and, if so, exposing it. The respondent reasonably interpreted the activities of TC when he determined that they were not operating under another Act of Parliament. Even if the applicant's very broad interpretation were accepted as reasonable, the respondent's interpretation was equally so because of the important nature of his duties under the Act. It was reasonable to find that a private report organized by the alleged wrongdoer cannot displace the respondent's work. This is particularly so where the private report has no element of public accountability.

n'avait ni le pouvoir ni la compétence d'examiner la divulgation et qu'il a agi sans compétence en vertu du paragraphe 24(1) en n'exerçant pas son pouvoir discrétionnaire de ne pas enquêter sur la divulgation. Pour sa part, le défendeur a fait valoir qu'il avait droit à la déférence dans son interprétation et que son interprétation de la Loi était raisonnable.

Il s'agissait principalement de savoir si l'interprétation des paragraphes 23(1) et 24(1) de la Loi par le défendeur était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

Les paragraphes 23(1) et 24(1) de la Loi ont été interprétés selon l'esprit et les objets de la Loi. La Loi est une loi sur les lanceurs d'alerte conçue pour permettre aux employés du gouvernement fédéral de signaler des actes répréhensibles dans la fonction publique sans crainte de représailles. Compte tenu de l'importance de la législation sur les lanceurs d'alerte pour [TRADUCTION] « dénoncer et punir les actes répréhensibles dans le secteur public », le terme « saisi » doit tirer son sens de ce contexte et ne peut pas être interprété si largement qu'elle frustre l'esprit et l'intention de la loi. Les dispositions sur la divulgation de la Loi visent à découvrir des actes répréhensibles passés, à les porter à l'attention du public et à mettre en place des mesures correctives pour éviter que ces actes ne se reproduisent. Comme l'indiquent le plan de surveillance et l'évaluation de consultation, TC mettait l'accent sur la recherche de lacunes dans les procédures existantes et l'offre de conseils en lien avec la réglementation à venir. Le contexte et le but des activités de TC étaient totalement différents de ceux de l'analyse et de l'enquête sur les allégations contenues dans la divulgation menées par le commissaire au titre de la Loi. TC menait un examen d'ensemble de la SDSA et non un examen propre au SAO. Le fait que le résultat final — les mesures prises par la GRC sur l'avis de TC — a été jugé satisfaisant par le défendeur ne modifiait ni n'affectait la légitimité de son enquête sur les actes répréhensibles. Le dépôt du rapport au Parlement constitue un élément important du processus d'alerte. Le législateur ne peut pas avoir voulu que le paragraphe 23(1) soit interprété de manière tellement large qu'une procédure lancée plusieurs mois après que le défendeur a commencé à donner suite à une divulgation puisse suffire à empêcher le défendeur de déterminer si une allégation grave d'actes répréhensibles passés est avérée et, si c'est le cas, de les rendre publics. Le défendeur a interprété de façon raisonnable les activités de TC en concluant que TC n'agissait pas au titre d'une autre loi fédérale. Même en jugeant raisonnable l'interprétation très large faite par le demandeur, l'interprétation faite par le défendeur l'était tout autant, en raison de la nature importante de ses obligations au

Regarding the interpretation of subsection 24(1) of the Act, this subsection provides the respondent with an after-the-fact review of the activity of another body. It had to be determined when TC ceased to deal with the matters they were considering under the Oversight Plan. It was found that TC considered its work completed when the Advisory Assessment containing the findings and recommendations was prepared and delivered. Based on all the available information, it was reasonable for the respondent to determine that TC had completed its assessment either in December 2013 or January 2014 and he was free to decide whether it had been adequately done. The respondent determined that he would not cease his investigation given that the preliminary finding of wrongdoing involved public safety matters in aviation. Alternatively, it was entirely reasonable given the expertise of the respondent for him to determine that the public interest required conclusion of his investigation. Paragraph 24(1)(f) of the Act gives the respondent authority to exercise his discretion if there is a valid reason for not dealing with the subject-matter of the disclosure or the investigation.

A further analysis of sections 23 and 24 of the Act was made, in particular, since the parties did not address the fact that the respondent was dealing with the disclosure of wrongdoings against the OAS long before TC was invited by the appellant to review the ASB operations. Section 23 has a relatively narrow application and it did not apply in this situation. Here, subsection 24(1) of the Act addressed what the respondent was to do when another body began to deal with the subject-matter after he had already begun to deal with it under subsection 23. Thus, the respondent reasonably formed his opinion under section 24 once he had further information and then provided sound reasons for refusing to cease to investigate the disclosure.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, ss. 4.2, 8.7, 26.  
*Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433, s. 602.07(a).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 306.  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46, preamble, ss. 8(a), 23, 24, 26.

titre de la Loi. Il était raisonnable de conclure qu'un rapport privé, commandé par l'auteur des actes répréhensibles allégués, ne peut supplanter le travail du défendeur. Ceci est particulièrement vrai lorsque le rapport privé ne comporte aucun élément de responsabilité publique.

En ce qui concerne l'interprétation du paragraphe 24(1) de la Loi, cette disposition fournit au défendeur un examen *a posteriori* des activités d'une autre instance. Il fallait établir à quel moment TC a cessé de traiter des questions examinées en vertu du plan de surveillance. Tout indiquait que TC a estimé son travail terminé au moment où l'évaluation de consultation contenant les conclusions et les recommandations a été préparée et présentée. D'après tous les renseignements disponibles, il était raisonnable pour le défendeur de conclure que TC avait terminé son évaluation en décembre 2013 ou en janvier 2014 et qu'il était libre de décider si le travail avait été fait de manière adéquate. Le défendeur a décidé de ne pas mettre un terme à son enquête compte tenu de la conclusion préliminaire d'acte répréhensible touchant des questions de sécurité publique en aviation. Sinon, il était entièrement raisonnable pour le défendeur, compte tenu de son expertise, de déterminer que l'intérêt public commandait de mener l'enquête jusqu'à sa conclusion. L'alinéa 24(1)f) de la Loi permet au défendeur d'exercer son pouvoir discrétionnaire s'il estime que cela est opportun pour tout autre motif justifié.

Une autre analyse des articles 23 et 24 de la Loi a été effectuée, en particulier, puisque les parties n'ont pas abordé le fait que le défendeur était saisi d'une divulgation d'actes répréhensibles à l'endroit du SAO longtemps avant que le demandeur n'invite TC à examiner les opérations de la SDSA. L'article 23 a une application relativement étroite et ne s'appliquait pas dans la situation. Dans ce cas, le paragraphe 24(1) de la Loi indiquait ce que devait faire le défendeur lorsqu'une autre instance commence à donner suite à l'objet après qu'il a lui-même entrepris de l'instruire au titre de l'article 23. Par conséquent, le défendeur a raisonnablement établi son opinion en vertu de l'article 24 après avoir reçu un complément d'information, puis a fourni de bonnes raisons de refuser de mettre fin à l'enquête sur la divulgation.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 4.2, 8.7, 26.  
*Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46, préambule, art. 8a), 23, 24, 26.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1.  
*Règlement de l'aviation canadien*, DORS/96-433, art. 602.07a).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 306.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297; *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1141, 469 F.T.R. 124; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30, (2000), 189 D.L.R. (4th) 96 (C.A.); *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 605; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Canada (Attorney General) v. Stanford*, 2014 FCA 234; *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 29, [2016] 1 F.C.R. 322; *Detorakis v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 39, 358 F.T.R. 266.

## CONSIDERED:

*Canadian Union of Public Employees, Local 2434 v. Port Hawkesbury (Town)*, 2011 NSCA 28, 301 N.S.R. (2d) 123; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Swarath v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 963.

## REFERRED TO:

*Decor Grates Incorporated v. Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 FCA 100, [2016] 1 F.C.R. 246; *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 30, 2 Admin. L.R. (6th) 32; *Larny Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2002 FCT 750, [2003] 1 F.C. 541.

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Public Sector Integrity Commissioner that subsection 23(1) of the *Public Servants Disclosure Protection Act* did not apply to prevent his investigation of a disclosure involving the Ottawa Air Section of the RCMP Air Services Branch and which challenged the Commissioner's interpretation of subsection 24(1) thereof. Application dismissed.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1141; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 605; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Procureur général) c. Stanford*, 2014 CAF 234; *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 29, [2016] 1 R.C.F. 322; *Detorakis c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 39.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canadian Union of Public Employees, Local 2434 v. Port Hawkesbury (Town)*, 2011 NSCA 28, 301 N.S.R. (2d) 123; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Swarath c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 963.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Decor Grates Incorporated c. Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 CAF 100, [2016] 1 R.C.F. 246; *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 30; *Larny Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2002 CFPI 750, [2003] 1 C.F. 541.

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008.

DEMANDE de contrôle judiciaire visant une décision du commissaire à l'intégrité du secteur public du Canada selon laquelle le paragraphe 23(1) de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* ne s'appliquait pas pour l'empêcher de tenir une enquête sur une divulgation touchant la Section de l'air d'Ottawa de la Sous-direction des services de l'air de la GRC, et contestant l'interprétation faite par le commissaire du paragraphe 24(1). Demande rejetée.



## APPEARANCES

*Patrick Bendin and Peter Nostbakken* for applicant.

*Y. Monica Song and James M. Wishart* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.

*Dentons Canada LLP*, Ottawa, for respondent.

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

ELLIOTT J.:

I. OverviewA. *The Legislation at Issue*

[1] In 2007, Parliament passed the *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 (PSDPA [or Act]), commonly known as “whistleblower” legislation. The PSDPA established the Office of the Public Sector Integrity Commissioner to receive disclosures of wrongdoings in the public sector.

[2] The Commissioner has a duty to review disclosures. Where the Commissioner determines there are sufficient grounds for further action, there is a duty to conduct an investigation of such disclosures. The Commissioner has a duty to submit a report to Parliament after making a finding of wrongdoing. Written comments from the chief executive of the investigated organization are included in the report.

[3] This judicial review requires, for the first time, an examination of subsection 23(1) of the Act. It restricts the ability of the Commissioner to deal with a disclosure “if a person or body acting under another Act of Parliament is dealing with the subject-matter of the disclosure”.

## ONT COMPARU

*Patrick Bendin et Peter Nostbakken* pour le demandeur.

*Y. Monica Song et James M. Wishart* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.

*Dentons Canada*, S.E.N.C.R.L., Ottawa, pour le défendeur.

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

LA JUGE ELLIOTT :

I. AperçuA. *Loi en cause*

[1] En 2007, le Parlement a adopté la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 (la LPFDAR [ou la Loi]), communément appelée la loi sur les « lanceurs d'alerte ». La LPFDAR a institué le Commissariat à l'intégrité du secteur public pour recueillir les divulgations d'actes répréhensibles dans le secteur public.

[2] Le commissaire a l'obligation d'examiner les divulgations. Lorsque le commissaire détermine qu'il existe des motifs suffisants pour intervenir, il a l'obligation de mener une enquête sur ces divulgations. Le commissaire a l'obligation de présenter un rapport au Parlement après avoir conclu à l'existence d'un acte répréhensible. Les observations écrites de l'administrateur général de l'organisation ayant fait l'objet de l'enquête sont incluses dans le rapport.

[3] Le présent contrôle judiciaire exige, pour la première fois, un examen du paragraphe 23(1) de la Loi. Ce paragraphe restreint le pouvoir du commissaire de donner suite à une divulgation « si une personne ou un organisme [...] est saisi de l'objet de celle-ci au titre d'une autre loi fédérale ».



[4] The idiom “the devil is in the details” applies to this dispute. The parties are each well-intentioned. The facts are largely undisputed but, each party takes a very different approach to what the facts mean and how to apply them to the legislation.

#### B. *The Finding of Wrongdoing*

[5] In November 2014, after investigating a disclosure involving the Ottawa Air Section (OAS) of the RCMP Air Services Branch (ASB), the Commissioner made a finding of wrongdoing and, as he is required to do in such an instance, he reported the details to Parliament. He found that false entries had been made by pilots in their aircraft journey logbooks [AJLs]. The Commissioner found that with incorrect information in the logbooks, the RCMP could not ensure the aircraft were flown within weight and balance limits. He also found after reviewing several logbooks that aircraft had been flown overweight in 2012.

[6] The Commissioner concluded that paragraph 602.07(a) of the *Canadian Aviation Regulations*, SOR/96-433 [CAR], had been contravened because aircraft are required to be operated within the limitations in the flight manual. His report emphasized he was satisfied with the RCMP’s response, they cooperated fully with the investigation, and the contraventions did not create dangers to the life, health or safety of persons. But, he noted, regulations were contravened, and that is defined in the PSDPA as a wrongdoing. (See PSDPA, paragraph 8(a) in the attached Annex.)

#### C. *The Sole Issue Raised by the RCMP is Jurisdiction*

[7] The RCMP says the Commissioner had no authority to investigate the disclosure because Transport Canada (TC) was already dealing with the subject-matter of the disclosure under the *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2. The RCMP says therefore a plain reading of subsection 23(1) [of the Act] shows the Commissioner

[4] L’expression « tout est dans les détails » s’applique à ce litige. Les parties sont toutes les deux bien intentionnées. Les faits sont majoritairement non contestés, mais chacune des parties adopte une approche très différente de leur signification et de leur application à la législation.

#### B. *Conclusion d’acte répréhensible*

[5] En novembre 2014, après une enquête sur une divulgation touchant la Section de l’air d’Ottawa (SAO) de la Sous-direction des services de l’air (SDSA) de la GRC, le commissaire a conclu à l’existence d’un acte répréhensible et a, comme il est tenu de le faire dans un tel cas, présenté un rapport au Parlement. Il a conclu que des pilotes avaient fait de fausses entrées dans leurs carnets de route d’aéronef. Le commissaire a conclu qu’en raison de l’information incorrecte entrée dans les carnets de route, la GRC ne pouvait garantir que les aéronefs avaient été utilisés en respectant les limites de masse et de centrage. Il a également conclu, après avoir examiné plusieurs carnets de route, que des aéronefs avaient volé avec un poids excédentaire en 2012.

[6] Le commissaire a conclu qu’il y avait eu contravention à l’alinéa 602.07a) du *Règlement de l’aviation canadien*, DORS/96-433 [RAC], parce que les aéronefs doivent être utilisés conformément aux limites d’utilisation précisées dans le manuel de vol. Son rapport précise qu’il a été satisfait de la réponse de la GRC, que celle-ci a pleinement coopéré à l’enquête et que les infractions n’ont pas mis en danger la vie, la santé ou la sécurité de personnes. Il souligne toutefois qu’il y a eu contravention au règlement et que selon la LPFDAR il s’agit d’un acte répréhensible. (Voir l’alinéa 8a) de la LPFDAR en annexe.)

#### C. *La seule question soulevée par la GRC porte sur la compétence*

[7] La GRC affirme que le commissaire n’avait pas le pouvoir d’enquêter sur la divulgation parce que Transports Canada (TC) était déjà saisi du sujet de la divulgation en vertu de la *Loi sur l’aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2. La GRC plaide donc qu’une interprétation littérale du paragraphe 23(1) [de la LPFDAR]

had no authority or jurisdiction to investigate the disclosure.

[8] The Commissioner says this is not a question of whether he had jurisdiction to investigate. It is a normal question of statutory interpretation by the Commissioner of the legislation under which he operates—his “home statute”—and he is entitled to deference in his interpretation. He interpreted both subsections 23(1) and 24(1) and says his interpretations in each case were reasonable given the nature of the TC activity was an “advisory assessment” that was in the nature of an audit.

#### D. *The Standard of Review*

[9] The parties agree the standard of review for the Commissioner’s interpretation of subsection 24(1) is reasonableness, as previously determined in other cases. However, subsection 23(1) has not been previously interpreted and the parties do not agree on that standard of review.

[10] In the reasons that follow, I have determined the presumption of reasonableness review when a tribunal is interpreting its home statute, established in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers’*) has not been rebutted. The standard of review of the interpretation of subsection 23(1) by the Commissioner is reasonableness.

#### E. *The Commissioner Raises Two Preliminary Issues*

[11] The Commissioner raises two preliminary issues: (1) whether the RCMP has the right to seek judicial review of the Case Report since the findings are non-binding recommendations; (2) whether any weight should be given to an affidavit filed by the RCMP as part of this proceeding.

[12] For the reasons that follow I have determined that the RCMP may seek judicial review.

montre que le commissaire n’avait ni le pouvoir ni la compétence d’examiner la divulgation.

[8] Le commissaire affirme qu’il ne s’agit pas d’une question de savoir s’il avait compétence pour examiner la divulgation. Il s’agit d’une question normale d’interprétation par le commissaire de la loi qui régit ses activités — sa « loi constitutive » — et qu’il a droit à la déférence dans son interprétation. Il a interprété les paragraphes 23(1) et 24(1), et indique que son interprétation dans les deux cas était raisonnable compte tenu du fait que l’activité de TC était une [TRADUCTION] « évaluation de consultation » de la nature d’une vérification.

#### D. *Norme de contrôle*

[9] Il est constant que la norme de contrôle applicable à l’interprétation du paragraphe 24(1) du commissaire est celle de la décision raisonnable, comme cela a été établi dans des décisions antérieures. Le paragraphe 23(1) n’a cependant pas fait l’objet d’une interprétation antérieure et les parties ne s’entendent pas sur la norme de contrôle applicable.

[10] Dans les motifs qui suivent, j’ai conclu que la présomption d’examen selon la norme de la décision raisonnable lorsqu’un tribunal interprète sa loi constitutive, établie dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers’*) n’a pas été réfutée. La norme de contrôle applicable à l’interprétation du paragraphe 23(1) par le commissaire est celle de la décision raisonnable.

#### E. *Le commissaire a soulevé deux questions préliminaires*

[11] Le commissaire a soulevé deux questions préliminaires : 1) savoir si la GRC avait le droit de demander un contrôle judiciaire du rapport d’enquête, puisque les conclusions sont des recommandations non contraignantes; 2) savoir si un poids quelconque devait être accordé à l’affidavit déposé par la GRC dans cette procédure.

[12] Pour les motifs qui suivent, j’ai conclu que la GRC pouvait demander un contrôle judiciaire.

[13] I have also determined that the affidavit will not be considered with respect to any matters that were not before the Commissioner nor any legal conclusions or analysis it contains.

#### F. *Order Sought by the RCMP*

[14] The notice of application by the RCMP seeks judicial review of the finding made by the Commissioner on October 14, 2014, as amended on October 31, 2014 (the “amended decision”) in respect of File No. PSIC 2012-D-0328. Attached to the amended decision was the Case Report that subsequently was tabled in Parliament. The RCMP seeks an order quashing or setting aside the amended decision.

[15] Although originally there were four different grounds of review alleged by the RCMP, at the hearing of this matter the only ground pursued was that the Commissioner acted without jurisdiction either under subsection 23(1), when he investigated the disclosure, or under subsection 24(1), when he failed to exercise his discretion not to investigate the disclosure.

[16] For the reasons that follow, based on the specific facts of this case (the “details”), I have determined that the Commissioner’s decision that subsection 23(1) did not apply to prevent his investigation was reasonable. I find his interpretation of subsection 24(1) was reasonable. I also find subsection 23(1) may not have applied at all given the timing and sequence of critical events.

[17] Relevant excerpts of the legislation referred to in this judgment are set out in the attached Annex.

## II. Background

### A. *The Attorney General as Applicant*

[18] The Attorney General, on behalf of the RCMP, has brought this application for judicial review. The Attorney General confirmed at the hearing that they were not appearing as of right as a public interest litigant. They appear solely on behalf of the RCMP. To

[13] J’ai également conclu que l’affidavit ne sera pas pris en considération à l’égard de toute question dont le commissaire n’était pas saisi pas plus que les conclusions ou les analyses juridiques qu’il contient.

#### F. *Ordonnance sollicitée par la GRC*

[14] Dans l’avis de demande déposé par la GRC un contrôle judiciaire est sollicité relativement à la conclusion tirée par le commissaire le 14 octobre 2014 et modifiée le 31 octobre 2014 (la « conclusion modifiée ») à l’égard du dossier n° PSIC 2012-D-0328. Le rapport d’enquête qui a par la suite été déposé au Parlement est joint à la décision modifiée. La GRC sollicite une ordonnance annulant la décision modifiée.

[15] Si, à l’origine, la GRC alléguait quatre motifs de contrôle, le seul motif invoqué à l’audience a été que le commissaire a agi sans compétence soit en vertu du paragraphe 23(1), en enquêtant sur la divulgation, soit en vertu du paragraphe 24(1), en n’exerçant pas son pouvoir discrétionnaire de ne pas enquêter sur la divulgation.

[16] Pour les motifs qui suivent, fondés sur les faits précis de l’espèce (les « détails »), j’ai conclu que la décision du commissaire selon laquelle le paragraphe 23(1) ne s’appliquait pas pour l’empêcher de tenir une enquête était raisonnable. Je conclus que son interprétation du paragraphe 24(1) était raisonnable. Je conclus également que le paragraphe 23(1) pourrait ne pas s’appliquer du tout, compte tenu du moment et de la séquence des événements critiques.

[17] Les extraits pertinents de la loi mentionnés dans ce jugement sont présentés en annexe.

## II. Contexte

### A. *Procureur général à titre de demandeur*

[18] Le procureur général, au nom de la GRC, a déposé la présente demande de contrôle judiciaire. Le procureur général a confirmé à l’audience qu’il ne comparaisait pas de plein droit à titre de partie à un litige d’intérêt public. Il comparet uniquement au nom de la GRC. Afin

avoid any confusion, these reasons for judgment will refer to the RCMP as if they were the applicant.

*B. Significant Activities of the Commissioner's Office and TC*

[19] In considering whether the Commissioner reasonably interpreted subsection 23(1) or properly exercised his discretion under subsection 24(1), it is useful to review the chronology of significant activities of TC and the Commissioner in relation to the OAS. The chronology of events (the “details”) setting out “who was doing what and when” is important when looking at the legislation to review the reasonableness of the Commissioner’s interpretations.

(1) Activities in 2013

[20] On January 7, 2013, the Commissioner received a disclosure of eight potential wrongdoings from a RCMP employee. They spanned the period from 2007/2008 to then current date. A period of analysis ensued at the Commissioner’s office including review of various documents submitted by the discloser.

[21] In August 2013, the RCMP asked TC to review the operations of the ASB. In response, TC prepared an Oversight Plan outlining that they would assess where current regulations were being met, provide observations where regulatory gaps existed, and suggest best practices with a view to new aviation regulations about to come into force. The investigators never saw this document until the present proceedings.

[22] In October and November 2013, TC conducted the Oversight activities at RCMP Air Services Branch HQ and the Air Sections in Ottawa, London, Montréal, and Vancouver.

[23] On November 6, 2013, the analyst in the Commissioner’s office who reviewed the disclosure prepared a Case Analysis recommending an investigation and not pursuing three of the allegations.

d’éviter toute confusion, les présents motifs désigneront la GRC comme si elle était la demanderesse.

*B. Activités importantes du Commissariat et de TC*

[19] Pour déterminer si le commissaire a interprété le paragraphe 23(1) de façon raisonnable ou s’il a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 24(1), il convient d’examiner la chronologie des activités importantes de TC et du commissaire à l’égard de la SAO. La chronologie des événements (les « détails ») permettant d’établir « qui faisait quoi et à quel moment » est importante lorsqu’on examine la législation afin d’établir le caractère raisonnable des interprétations faites par le commissaire.

1) Activités en 2013

[20] Le 7 janvier 2013, le commissaire a reçu la divulgation de huit actes répréhensibles potentiels de la part d’un employé de la GRC. Ces actes couvraient la période comprise entre 2007-2008 et la date de la divulgation. Une période d’analyse a suivi, au cours de laquelle le Commissariat a examiné différents documents soumis par le divulgateur.

[21] En août 2013, la GRC a demandé à TC d’examiner les opérations de la SDSA. En réponse, TC a préparé un plan de surveillance indiquant qu’il évaluerait si la réglementation en vigueur était respectée, formulerait des observations là où existaient des lacunes réglementaires, et proposerait des pratiques exemplaires tenant compte du nouveau règlement sur l’aviation devant entrer en vigueur sous peu. Les enquêteurs n’ont jamais vu ce document avant la présente procédure.

[22] En octobre et novembre 2013, TC a réalisé les activités de surveillance au quartier général de la Sous-direction des services de l’air de la GRC et dans les Sections de l’air à Ottawa, à London, à Montréal et à Vancouver.

[23] Le 6 novembre 2013, l’analyste du Commissariat ayant examiné la divulgation a préparé une analyse recommandant d’effectuer une enquête et de ne pas donner suite à trois des allégations.

[24] On November 18, 2013, the Commissioner informed the RCMP by letter that he was going to investigate allegations of wrongdoing involving an employee of the OAS and the OAS itself.

[25] On December 2, 2013, the investigators made their first contact with TC. The investigators were told TC would be issuing a report in January 2014.

## (2) Activities in 2014

[26] On January 15, 2014, TC prepared their report to the RCMP entitled “Private Operator – Advisory Assessment” (Advisory Assessment). TC made observations and recommendations including that their sampling of journey logs did not reveal any non-compliance. However, they were shown other journey logs that suggested two kinds of aircraft had been flown in overweight condition. These documents form the basis for the Commissioner’s subsequent finding. The RCMP agreed to draft Corrective Action Plans (CAPs) to implement the recommendations.

[27] On January 20, 2014, TC sent the Advisory Assessment to the investigators. On January 21, 2014, TC began follow-up and monitoring of the development by the RCMP of CAPs.

[28] On March 7, 2014, the investigators prepared the Preliminary Investigation Report (PIR). They concluded a wrongdoing was committed under paragraph 8(a) of the PSDPA by personnel at the OAS “making false entries on AJLs and flying overweight for years”. As a result of the PIR the Commissioner determined the four allegations related to flying aircraft included several different pilots, not just one. AJLs received from TC on January 20, 2014 were used to make the finding.

[29] On March 10, 2014, the Commissioner delivered the PIR to the RCMP and advised them that the OAS, as

[24] Le 18 novembre 2013, le commissaire a envoyé une lettre à la GRC afin de l’informer qu’il allait mener une enquête sur des allégations d’actes répréhensibles impliquant un employé de la SAO et la SAO elle-même.

[25] Le 2 décembre 2013, les enquêteurs ont eu un premier contact avec TC. Les enquêteurs ont été informés que TC déposerait un rapport en janvier 2014.

## 2) Activités en 2014

[26] Le 15 janvier 2014, TC a préparé son rapport à la GRC, intitulé « Private Operator – Advisory Assessment » (« exploitant privé – évaluation de consultation ») (l’évaluation de consultation). TC a formulé des observations et des recommandations selon lesquelles notamment son échantillonnage des carnets de route n’avait révélé aucune non-conformité. D’autres carnets de route semblant indiquer que deux types d’aéronefs avaient volé en surcharge leur ont toutefois été montrés. Ces documents constituent le fondement de la conclusion ultérieure du commissaire. La GRC a accepté de préparer des plans de mesures correctives (PMC) afin de mettre en œuvre les recommandations.

[27] Le 20 janvier 2014, TC a transmis l’évaluation de consultation aux enquêteurs. Le 21 janvier 2014, TC a entrepris des activités de suivi et de contrôle de la mise en œuvre des PMC par la GRC.

[28] Le 7 mars 2014, les enquêteurs ont préparé leur rapport d’enquête préliminaire (REP). Ils ont conclu qu’un acte répréhensible au sens de l’alinéa 8a) de la LPFDAR avait été commis par des employés de la SAO en [TRADUCTION] « inscrivant de faux renseignements dans les carnets de route d’aéronefs et en effectuant des vols en surcharge pendant plusieurs années ». Suite au REP, le commissaire a conclu que les quatre allégations relatives à l’utilisation d’aéronefs impliquaient plusieurs pilotes et non un seul. Des carnets de route d’aéronefs reçus de la part de TC le 20 janvier 2014 ont été utilisés pour en arriver à cette conclusion.

[29] Le 10 mars 2014, le commissaire a présenté le REP à la GRC et l’a informée que la SAO, comme entité,

a whole, would be named for those alleged wrongdoings rather than the individual employee.

[30] On March 14, 2014, the RCMP completed writing the CAP for document compliance to address the issue of the AJLs containing incorrect information. Expected completion date of the work was April 30, 2014.

[31] On May 22, 2014, the RCMP responded to the March 10, 2014 PIR. They stated, for the first time, that subsections 23(1) and 24(1) of the PSDPA applied and the Commissioner did not have jurisdiction because “TC has been dealing with the OAS to address any deficiencies” and “OAS is working with TC Civil Aviation Safety Inspectors to address compliance by way of Corrective Actions Plans”.

[32] On July 9, 2014, a revised PIR was sent to the RCMP as a result of additional information provided by the RCMP.

[33] On July 30, 2014, the RCMP responded to the revised PIR renewing its objection to the jurisdiction of the Commissioner’s office.

[34] On September 3, 2014, an investigator made a file note of a conversation with a TC employee to the effect that “[employee] was very clear that TC did not ‘go in under regulation assessment mode’” and “employee at the end also reiterated that ‘we are not working under any regs or Act for these CAPs—it is purely voluntary’”.

[35] On October 6, 2014, after internal review of the investigator’s amended report, the Commissioner accepted the recommendation that a finding of wrongdoing be made regarding one allegation and not the other four allegations.

[36] On October 14, 2014, the Commissioner delivered to the RCMP a draft of the Case Report of Wrongdoing, which was to be tabled in Parliament by December 5, 2014. He requested any comments for

serait désignée pour les actes répréhensibles allégués plutôt que l’employé individuellement.

[30] Le 14 mars 2014, la GRC a terminé la rédaction du PMC de conformité des documents, afin de corriger le problème des carnets de route contenant des renseignements incorrects. La date prévue d’achèvement des travaux était le 30 avril 2014.

[31] Le 22 mai 2014, la GRC a répondu au REP du 10 mars 2014. Elle a affirmé, pour la première fois, que les paragraphes 23(1) et 24(1) de la LPFDAR s’appliquaient et que le commissaire n’avait pas compétence parce que [TRADUCTION] « TC travaillait avec le SAO pour corriger toute déficience » et que [TRADUCTION] « le SAO travaille avec les inspecteurs de la Sûreté de l’aviation civile afin de traiter la question de la conformité au moyen de plans de mesures correctives ».

[32] Le 9 juillet 2014, un REP révisé a été envoyé à la GRC après l’ajout de renseignements fournis par la GRC.

[33] Le 30 juillet 2014, la GRC a répondu au REP révisé, réitérant son objection à la compétence du Commissariat.

[34] Le 3 septembre 2014, un enquêteur a ajouté une note au dossier à la suite d’une conversation avec un employé de TC, indiquant que [TRADUCTION] « [l’employé] a indiqué très clairement que TC n’avait pas “agi en vertu d’un mode d’évaluation de la réglementation” » et que « l’employé, à la fin, a aussi réitéré que “nous ne travaillons pas en vertu d’un règlement ou d’une loi pour ces PMC — c’est purement sur une base volontaire” ».

[35] Le 6 octobre 2014, au terme d’un examen interne du rapport modifié des enquêteurs, le commissaire a retenu la recommandation de conclure à un acte répréhensible à l’égard d’une seule des allégations et pas pour les quatre autres allégations.

[36] Le 14 octobre 2014, le commissaire a remis à la GRC une version préliminaire du rapport d’acte répréhensible, qui devait être déposé au Parlement avant le 5 décembre 2014. Il a demandé à ce que les observations



inclusion in the report be made no later than October 29, 2014.

[37] On October 27, 2014, the RCMP wrote to the Commissioner requesting the investigation be re-opened, renewing the jurisdictional challenge, and raising a question of procedural fairness. The RCMP's response to the Commissioner's recommendations was enclosed.

[38] On October 31, 2014, the Commissioner responded to the RCMP and enclosed the draft Case Report to be tabled during the week of November 17, 2014. He requested any final comments by November 6, 2014. He also enclosed a draft news release to be issued when the report was to be tabled.

[39] On November 6, 2014, the RCMP delivered the official response to the recommendations for inclusion in the report.

[40] On November 10, 2014, the Commissioner wrote to the RCMP to address certain matters not relevant to this proceeding and to reiterate why he believed subsection 23(1) did not apply as well as why he would not exercise his discretion under subsection 24(1) to discontinue the investigation.

[41] On November 14, 2014, the RCMP issued the notice of application in this matter.

[42] The Commissioner's Case Report was submitted to Parliament on December 2, 2014.

### III. The Two Preliminary Issues Raised by the Commissioner

#### A. *Should the Affidavit Filed by the RCMP be Given Any Weight?*

##### (1) Positions of the Parties

[43] The RCMP filed an affidavit from Sean Flatt, sworn on January 19, 2015. Mr. Flatt was the team leader for the TC Advisory Assessment. The RCMP says the affidavit has been tendered on the issue of the jurisdiction of the Commissioner. The RCMP relies generally

devant être incluses dans le rapport, le cas échéant, soient faites avant le 29 octobre 2014.

[37] Le 27 octobre 2014, la GRC a écrit au commissaire pour demander la réouverture de l'enquête, réitérer la contestation de la compétence et soulever une question d'équité procédurale. La réponse de la GRC aux recommandations du commissaire était jointe.

[38] Le 31 octobre 2014, le commissaire a répondu à la GRC et joint l'ébauche de rapport sur le cas qui devait être déposé dans la semaine du 17 novembre 2014. Il a demandé à ce que les dernières observations, le cas échéant, soient communiquées avant le 6 novembre 2014. Une ébauche du communiqué de presse à paraître au moment du dépôt du rapport était également jointe.

[39] Le 6 novembre 2014, la GRC a transmis sa réponse officielle aux recommandations, aux fins d'inclusion dans le rapport.

[40] Le 10 novembre 2014, le commissaire a écrit à la GRC afin de traiter certaines questions sans lien avec la présente procédure et réitérer pourquoi il estimait que le paragraphe 23(1) ne s'appliquait pas et pourquoi il n'exercerait pas son pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 24(1) de mettre fin à l'enquête.

[41] Le 14 novembre 2014, la GRC a déposé son avis de demande en l'espèce.

[42] Le rapport du commissaire a été déposé devant le Parlement le 2 décembre 2014.

### III. Les deux questions préliminaires soulevées par le commissaire

#### A. *Un poids quelconque doit-il être accordé à l'affidavit déposé par la GRC?*

##### 1) Thèses des parties

[43] La GRC a déposé un affidavit de Sean Flatt, assermenté le 19 janvier 2015. M. Flatt était le chef d'équipe de l'évaluation de consultation de TC. La GRC affirme que l'affidavit a été présenté en réponse à la question de la compétence du commissaire. La GRC



on “cases decided under rule 306” of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) to say that as subsection 23(1) raises a matter of jurisdiction between two tribunals they have the absolute right to submit the affidavit.

[44] The RCMP submitted at the hearing that the affidavit was tendered for two purposes, both going to the jurisdiction of TC when conducting the assessment. One was to show Mr. Flatt was not acting personally but rather as an officer of Transport Canada. The other was to show the breadth of duties set out in the *Aeronautics Act* and that, given those duties, TC had a broad scope and a number of ways in which they can engage with an entity.

[45] The Commissioner says I should give no weight to the affidavit because it contains information he did not have when he made his finding of wrongdoing. Noting the assertions about the capacity in which TC was conducting its Advisory Assessment and the lack of ability it had to enforce compliance with the CAPs, the Commissioner submitted at the hearing that the affidavit is simply an attempt to “bootstrap” what TC was doing by re-characterizing the voluntary, consultative process into an exercise of statutory power.

## (2) Analysis and Conclusion

[46] The cases under rule 306 do not assist the RCMP’s position. In *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 N.R. 297 (*Access Copyright*), the [Federal] Court of Appeal recognized three exceptions to the general rule that the evidentiary record on review should be the same as that before the administrative decision maker. The exceptions are: where the affidavit provides general background to assist in understanding the issues; where it is necessary to bring procedural defects to the attention of the Court because they cannot be found in the evidentiary record; to highlight the complete absence of evidence before the decision maker.

s’appuie de façon générale sur les [TRADUCTION] « affaires assujetties à la règle 306 » des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), pour affirmer que puisque le paragraphe 23(1) soulève une question de compétence entre deux tribunaux, elle a le droit absolu de déposer l’affidavit.

[44] La GRC a indiqué à l’audience que l’affidavit avait été déposé pour deux raisons, toutes deux touchant la compétence de TC dans la conduite de l’évaluation. La première visait à démontrer que M. Flatt n’agissait pas à titre personnel, mais à titre d’agent de Transports Canada. La seconde visait à démontrer l’étendue des obligations établies dans la *Loi sur l’aéronautique* et que, compte tenu de ces obligations, TC pouvait intervenir auprès d’une entité de différentes façons et selon une vaste portée.

[45] Le commissaire affirme que je ne devrais accorder aucun poids à l’affidavit parce qu’il contient de l’information dont il ne disposait pas au moment de conclure à l’existence d’un acte répréhensible. Constatant les affirmations sur la capacité avec laquelle TC réalisait son évaluation de consultation et son impuissance à faire exécuter les PMC, le commissaire a fait valoir à l’audience que l’affidavit constituait simplement une tentative visant à [TRADUCTION] « étoffer » ce que faisait TC en reformulant le processus consultatif volontaire en un exercice de pouvoir législatif.

## 2) Analyse et conclusion

[46] Les affaires assujetties à la règle 306 n’appuient pas la thèse de la GRC. Dans l’arrêt *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 (*Access Copyright*), la Cour d’appel [fédérale] a reconnu trois exceptions au principe général selon lequel le dossier de preuve faisant l’objet du contrôle doit être le même que celui présenté au tribunal administratif. Ces exceptions sont les suivantes : lorsque l’affidavit contient des renseignements généraux susceptibles d’aider la Cour à comprendre les questions; lorsqu’il est nécessaire pour porter à l’attention de la Cour des vices de procédure qu’on ne peut déceler dans le dossier de preuve; pour faire ressortir l’absence totale de preuve dont disposait le décideur.

[47] During the course of the Commissioner's investigation, the RCMP raised the question of jurisdiction under subsection 23(1). Anything not conveyed by the RCMP in the May 22 and July 30 letters could have been provided either at that time or before the Case Report was tabled. The affidavit cannot now improve upon the position of the RCMP as originally put to the Commissioner. As stated by Mr. Justice LeBlanc in *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1141, 469 F.T.R. 124, at paragraph 21, judicial review does not "allow for an improvement of the factual matrix of the record, since that would be changing the fundamental nature of this proceeding".

[48] With respect to the stated purpose of showing that Mr. Flatt was acting as an officer of TC, the affidavit was unnecessary as there was no allegation to the contrary. With respect to the purpose of outlining the broad duties and powers of TC, the RCMP letters of May 22 and July 30, 2014 cover those topics. The legislation itself sufficiently shows the duties and powers of the Minister. The affidavit is not necessary for that purpose. In my view, the affidavit does not fall into any of the three exceptions in *Access Copyright*.

[49] I will give no weight to any portions of the affidavit filed that contain information not originally given to the Commissioner. Nor will any legal arguments or conclusions of law in the affidavit be given any weight as the person who made the affidavit was not qualified to give such opinions. Where the affidavit recasts arguments made to the Commissioner by the RCMP, I will refer to the original arguments. Where the affidavit simply organizes and collects information given to the Commissioner at the time, I may refer to it as it is not new evidence.

B. *Does the RCMP Have the Right to Seek Judicial Review?*

[50] Applications for judicial review are governed by sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* [R.S.C.,

[47] Au cours de l'enquête du commissaire, la GRC a soulevé la question de la compétence en vertu du paragraphe 23(1). Tous les éléments qui n'ont pas été présentés par la GRC dans les lettres du 22 mai et du 30 juillet auraient pu l'être à ce moment-là ou avant le dépôt du rapport sur le cas. L'affidavit ne peut maintenant plus rien ajouter à la thèse de la GRC telle qu'elle a été présentée à l'origine au commissaire. Comme l'a indiqué le juge LeBlanc dans la décision *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1141, au paragraphe 22, le contrôle judiciaire « ne se prête donc pas à une bonification de la matrice factuelle du dossier puisque ce serait là changer la nature fondamentale de ce recours ».

[48] En ce qui concerne le but déclaré de démontrer que M. Flatt agissait à titre d'agent de TC, l'affidavit est inutile puisqu'il n'existait aucune allégation prétendant autrement. En ce qui concerne le but de présenter l'étendue des obligations et des pouvoirs de TC, ces sujets sont couverts dans les lettres du 22 mai et du 30 juillet 2014 de la GRC. La législation elle-même présente suffisamment les obligations et les pouvoirs du ministre. L'affidavit n'est pas nécessaire pour ces renseignements. À mon avis, l'affidavit ne relève d'aucune des trois exceptions prévues dans l'arrêt *Access Copyright*.

[49] Je n'accorderai aucun poids à la partie de l'affidavit déposé qui contient des renseignements qui n'avaient pas été fournis à l'origine au commissaire. De plus, aucun poids ne sera accordé aux arguments juridiques et aux conclusions de droit présentés dans l'affidavit, la personne ayant rédigé l'affidavit n'étant pas qualifiée pour formuler de telles opinions. Lorsque l'affidavit reformule des arguments présentés au commissaire par la GRC, je m'appuierai sur les arguments initiaux. Lorsque l'affidavit se contente d'organiser et de regrouper des renseignements fournis au commissaire à ce moment-là, je pourrais m'y référer, puisqu'il ne s'agit pas de nouveaux éléments de preuve.

B. *La GRC a-t-elle le droit de demander un contrôle judiciaire?*

[50] Les demandes de contrôle judiciaires sont régies par les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours*

1985, c. F-7] (FCA). Read together these sections establish the grounds for review, the relief available, powers of the Court on review, and who can bring an application for review.

[51] Under subsection 18.1(3), the Court has jurisdiction to review a “decision, order, act or proceeding” of a “federal board, commission or other tribunal”. There is no dispute that the Commissioner was operating as a federal board, commission or other tribunal when he made his finding and tabled the Case Report in Parliament. The dispute relates to whether the RCMP was “directly affected by the matter in respect of which relief is sought” particularly given the non-binding nature of the recommendations in the Case Report. Stated another way, is this matter justiciable?

[52] The term “directly affected” has been extensively interpreted in the jurisprudence. In *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605 (*Toronto Port Authority*), at paragraphs 24 and 29, Mr. Justice Stratas summarizes the considerations applicable to whether a matter is reviewable. A reviewable “matter” is more than a decision, it is very broad and includes something “in respect of which a remedy may be available” under section 18 of the FCA. It also includes review of “administrative action”. What is not reviewable is a matter that “fails to affect legal rights, impose legal obligations, or cause prejudicial effects”.

#### (1) Positions of the Parties

[53] In keeping with *Toronto Port Authority*, the focus of the parties is whether the finding made by the Commissioner caused the RCMP prejudicial effects. There was no argument made that the finding in the Case Report affected legal rights or imposed legal obligations. Indeed, section 26 of the PSDPA makes it clear that investigations are conducted informally and the purpose of an investigation is to bring wrongdoings to

*fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7] (LCF). Lus ensemble, ces articles établissent les motifs pour un contrôle judiciaire, les réparations possibles, les pouvoirs de la Cour lors d’un contrôle judiciaire, et déterminent qui peut présenter une demande de contrôle judiciaire.

[51] En vertu du paragraphe 18.1(3) de la LCF, la Cour est compétente pour contrôler toute « décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte » d’un « office fédéral ». Il est incontestable que le commissaire agissait à titre d’office fédéral lorsqu’il a établi ses conclusions et déposé son rapport devant le Parlement. Le différend porte sur le fait de savoir si la GRC était « directement touché[e] par l’objet de la demande », en particulier compte tenu de la nature non contraignante des recommandations contenues dans le rapport. En d’autres mots, la présente affaire est-elle justiciable?

[52] L’expression « directement touché » a été longuement interprétée dans la jurisprudence. Dans l’arrêt *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605 (*Administration portuaire de Toronto*), aux paragraphes 24 et 29, le juge Stratas résume les considérations qui font qu’une question peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire. Une « question » pouvant faire l’objet d’un contrôle est beaucoup plus vaste qu’une décision et peut comprendre tout objet « susceptible de donner droit à une réparation », aux termes de l’article 18 de la LCF. Cela inclut également le contrôle de « mesures administratives ». Une question qui ne peut pas faire l’objet d’un contrôle est celle qui n’a « pas pour effet de porter atteinte à des droits, d’imposer des obligations juridiques, ni d’entraîner des effets préjudiciables ».

#### 1) Thèses des parties

[53] Comme dans l’arrêt *Administration portuaire de Toronto*, l’argument des parties est axé sur la question de savoir si la conclusion tirée par le commissaire a eu des effets préjudiciables sur la GRC. Aucun argument n’a été présenté pour dire que la conclusion présentée dans le rapport sur le cas a eu une incidence sur les droits juridiques ou imposé des obligations juridiques. En fait, l’article 26 de la LFPDAR établit clairement que

the attention of the chief executive and make recommendations about corrective measures. There is no provision in the PSDPA that requires a chief executive to follow any recommendations.

[54] The RCMP says that as it is Canada's national police force the finding of wrongdoing by the OAS is very important to both the members of the RCMP and the OAS members. The reputation of the RCMP is affected by such finding. The very public aspect of the Case Report being tabled in Parliament is also an important factor. The RCMP relies on the decision in *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30 (C.A.) (*Morneault*), to say that when there is an impact on reputation even a non-binding matter is reviewable under subsection 18.1(1) [of the *Federal Courts Act*].

[55] The Commissioner counters that before the Case Report was sent to Parliament the RCMP sought, but was denied, an injunction prohibiting such submission. At that time, Mr. Justice Hughes of this Court found any damage to the reputation of the RCMP was purely speculative. As of the date of the hearing, no evidence of damage to their reputation has been submitted by the RCMP. The Commissioner says that, in any event, the RCMP has admitted regulations were contravened and accepted the recommendations of the Commissioner made in the Case Report. He too relies upon *Morneault*, where at paragraph 45, the [Federal] Court of Appeal said:

If the findings in issue are supported by some evidence, the respondent could not really complain that the findings may have harmed his reputation.

[56] Finally, the Commissioner says only the discloser is given status in the PSDPA as being directly affected. Neither the wrongdoer nor the CEO is given such status. The only remedy provided in the PSDPA is that the CEO of the RCMP may make a response in the Case Report if he disagrees with the Commissioner, as was done here.

les enquêtes sont menées sans formalisme et qu'elles ont pour objet de porter l'existence d'actes répréhensibles à l'attention des administrateurs généraux et de leur recommander des mesures correctives. La LPFDAR ne contient aucune disposition obligeant un administrateur général à suivre les recommandations formulées.

[54] La GRC déclare qu'à titre de force de police nationale du Canada, la conclusion d'acte répréhensible par le SAO est très importante pour les membres de la GRC et pour les membres du SAO. La réputation de la GRC est touchée par une telle conclusion. L'aspect hautement public du dépôt du rapport devant le Parlement constitue un autre aspect important. La GRC s'appuie sur la décision rendue dans l'arrêt *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.) (*Morneault*), pour affirmer que s'il y a une incidence sur la réputation, même une question non contraignante peut faire l'objet d'un contrôle en vertu du paragraphe 18.1(1) [de la *Loi sur les Cours fédérales*].

[55] Le commissaire répond qu'avant le dépôt du rapport au Parlement, la GRC a demandé une injonction pour empêcher le dépôt, mais que cela lui a été refusé. À ce moment-là, le juge Hughes de la Cour a conclu que tout dommage à la réputation de la GRC était purement spéculatif. À la date de l'audience, aucune preuve de dommage à sa réputation n'avait été présentée par la GRC. Le commissaire déclare que de toute façon, la GRC a admis que le règlement avait été enfreint et a retenu les recommandations formulées dans le rapport du commissaire. Le commissaire s'appuie lui aussi sur l'arrêt *Morneault*, où la Cour d'appel [fédérale], au paragraphe 45, a dit ce qui suit :

Si les conclusions en cause sont étayées par la preuve, l'intimé ne peut pas réellement se plaindre qu'elles ont peut-être terni sa réputation.

[56] Enfin, le commissaire indique que seul le divulgateur a le statut de personne directement touchée en vertu de la LPFDAR. Ce statut n'est accordé ni à l'auteur de l'acte répréhensible ni à l'administrateur général. Le seul recours prévu par la LPFDAR est que l'administrateur général de la GRC peut répondre aux allégations dans le rapport s'il est en désaccord avec le commissaire, ce qui a été fait en l'espèce.

## (2) Analysis and Conclusion

[57] The balance of paragraph 45 in *Morneault*, cited in part by the Commissioner, contains a critical finding by the [Federal] Court of Appeal. Although the report in that case was also a non-binding opinion and not strictly a decision or order, the [Federal] Court of Appeal determined that serious harm might be caused to Col. Morneault's reputation by findings that lacked support in the record. The court's review was determined to be a necessary part of being able to ensure that natural justice was done and no unjustified harm was caused to Col. Morneault's reputation.

[58] The only part of the finding with which the RCMP agrees is that making incorrect entries in the AJLs contravene the regulations. The record in this matter shows such contraventions are strict liability offences that require no degree of intention or negligence on the part of the perpetrator. The record also shows that TC, operating under a different legislative scheme, did not view the regulatory contraventions as seriously as the Commissioner. An August 18, 2014 email from TC to the investigators concluded with the statement "[d]welling on a punitive response to past non-compliance issues serves no further purpose other than to disrupt ongoing positive efforts."

[59] The RCMP response in the Case Report took issue with the Commissioner's use of the word "false" to characterize the AJL entries because it implied a deliberate deception or malfeasance. They also took issue with whether the AJLs alone could show an aircraft was flown overweight given various other factors that they list and say affects that determination. They agreed with the technical non-compliance but not the conclusion of aircraft being flown overweight.

[60] I am satisfied the RCMP have not accepted the finding in the Case Report to the extent submitted by the Commissioner. In this case, the degree of "acceptance"

## 2) Analyse et conclusion

[57] Le reste du paragraphe 45 de l'arrêt *Morneault*, cité en partie par le commissaire, contient une conclusion cruciale faite par la Cour d'appel [fédérale]. Bien que le rapport dans cette affaire ait aussi été une opinion non contraignante et non strictement une ordonnance ou une décision, la Cour d'appel [fédérale] a conclu que du tort sérieux pouvait être causé à la réputation du colonel Morneault par des conclusions non étayées par le dossier. Il a été déterminé que l'examen par la Cour était nécessaire pour garantir le respect de la justice naturelle et veiller à ce que la réputation du colonel Morneault ne soit pas ternie d'une façon injustifiée.

[58] La seule partie des conclusions avec laquelle la GRC est d'accord est que le fait d'inscrire des renseignements incorrects dans le carnet de route des aéronefs contrevient au règlement. Le dossier à cet égard montre que de telles contraventions constituent des infractions de responsabilité stricte n'exigeant aucun degré d'intention ou de négligence de la part du contrevenant. Le dossier montre également que TC, appliquant un régime législatif différent, considère les infractions réglementaires moins graves que le commissaire. Un courriel envoyé aux enquêteurs par TC le 18 août 2014 se termine comme suit : [TRADUCTION] « s'attarder sur une réponse punitive à des enjeux de non-conformité passés ne sert qu'à perturber les efforts positifs en cours ».

[59] La réponse de la GRC dans le rapport sur le cas conteste l'utilisation par le commissaire du mot [TRADUCTION] « fausses » pour caractériser les entrées dans les carnets de route des aéronefs, car ce terme sous-entendait qu'il y avait eu tromperie ou malfeasance délibérée. La GRC a également contesté que les carnets de route à eux seuls puissent démontrer qu'un aéronef ait fait une envolée avec un poids excédentaire compte tenu de différents facteurs qu'elle énumère et dont elle dit qu'ils ont une incidence sur la détermination. La GRC reconnaît la conclusion de non-conformité technique, mais pas le fait que les aéronefs font des envolées avec un poids excédentaire.

[60] Je conclus que la GRC n'a pas souscrit aux conclusions du rapport dans la mesure indiquée par le commissaire. En l'espèce, le degré d'[TRADUCTION]



is not sufficient in and of itself to avoid judicial review.

[61] The RCMP seeks relief under paragraph 18.1(4)(a) of the FCA alleging the Commissioner acted without jurisdiction. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), Mr. Justice Binnie at paragraph 41 found that subsection 18.1(4) “enable[s] but do[es] not require judicial intervention”. In other words, I may exercise my discretion in determining whether to hear this application for judicial review.

[62] In the circumstances of this case, given the high profile of the RCMP as Canada’s national police force, the involvement of another regulatory authority, the lack of review provisions in the PSDPA, and the absence of jurisprudence under subsection 23(1) as well as the basis of the RCMP’s arguments in this matter, I find it is appropriate to exercise my discretion and allow the judicial review to proceed in order to determine whether the Commissioner’s interpretation of subsections 23(1) and 24(1) of the PSDPA was reasonable.

#### IV. Standard of Review of the Interpretation of subsections 23(1) and 24(1) by the Commissioner

[63] The parties do not agree upon the standard of review. As previously stated, I have determined reasonableness is the standard of review for the Commissioner’s interpretations of the PSDPA. The detailed explanation for that decision follows.

##### A. *Standard of Review of the Interpretation of Subsection 23(1)*

###### (1) Positions of the Parties

[64] The different perspectives of the RCMP and the Commissioner raise the question of the appropriate standard of review for the Commissioner’s interpretation of subsection 23(1). The RCMP says the standard is

« adhésion » n’est pas suffisant en soi pour éviter le contrôle judiciaire.

[61] La GRC demande réparation en vertu de l’alinéa 18.1(4)a de la LCF, alléguant que le commissaire a agi sans compétence. Dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), le juge Binnie a conclu au paragraphe 41 que le paragraphe 18.1(4) « autoris[e] la cour à intervenir sans toutefois l’y obliger ». En d’autres mots, je peux exercer mon pouvoir discrétionnaire pour déterminer si je consens à entendre la présente demande de contrôle judiciaire.

[62] Dans les circonstances, compte tenu de la stature de la GRC à titre de force de police nationale du Canada, de la participation d’une autre instance réglementaire, de l’absence de dispositions de contrôle dans la LPFDAR et de l’absence de jurisprudence sur le paragraphe 23(1), ainsi que des fondements des arguments de la GRC en l’espèce, je conclus qu’il est approprié d’exercer mon pouvoir discrétionnaire et de permettre l’audition de la demande de contrôle judiciaire afin de déterminer si l’interprétation donnée par le commissaire des paragraphes 23(1) et 24(1) de la LPFDAR était raisonnable.

#### IV. Norme de contrôle de l’interprétation des paragraphes 23(1) et 24(1) par le commissaire

[63] Les parties ne s’entendent pas sur la norme de contrôle. Comme je l’ai indiqué plus haut, j’ai conclu que la norme de la décision raisonnable était la norme de contrôle applicable à l’interprétation du commissaire de la LPFDAR. L’explication détaillée de cette décision suit.

##### A. *Norme de contrôle applicable à l’interprétation du paragraphe 23(1)*

###### 1) Thèses des parties

[64] Les points de vue différents de la GRC et du commissaire soulèvent la question de la norme de contrôle appropriée pour l’interprétation du paragraphe 23(1) par le commissaire. La GRC dit que la

correctness. The Commissioner says the standard is reasonableness.

[65] The RCMP submits the issue of whether subsection 23(1) prohibited the Commissioner from investigating in light of the involvement of TC raises a true question of jurisdiction or *vires*, therefore attracting a correctness standard of review. In support they cite an extract from *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 59 to the effect that true jurisdiction questions involve the determination by a tribunal of whether they had “the authority to decide a matter” considering the statutory power given to the tribunal.

[66] In oral argument, the RCMP stated that it is not a matter of competing jurisdiction by two tribunals but rather a question of when each of them can exercise their authority. They submit however that the standard is still correctness but, should I find it to be reasonableness then, in any event, there is only one reasonable interpretation of the legislation and it is not the one applied by the Commissioner.

[67] The RCMP also referred to *Canadian Union of Public Employees, Local 2434 v. Port Hawkesbury (Town)*, 2011 NSCA 28, 301 N.S.R. (2d) 123 (*Port Hawkesbury*) in which the Nova Scotia Court of Appeal discussed the principles of jurisdictional review they drew from *Dunsmuir*. In that case, the court determined the standard of review for the underlying decision by the Occupational Health and Safety Panel was correctness even in the face of a privative clause in the legislation.

[68] The Commissioner says that there is no question of jurisdiction; it was simply a matter of determining whether TC was dealing with the subject-matter under an Act of Parliament. To make that determination required considering a question of mixed fact and law in deciding whether subsection 23(1) applied to prevent him from investigating the disclosures. The

norme est celle de la décision correcte. Le commissaire dit que la norme est celle de la décision raisonnable.

[65] La GRC fait valoir que la question de savoir si le paragraphe 23(1) interdit au commissaire d’enquêter en raison de la participation de TC soulève une question touchant véritablement à la compétence, de sorte que la norme de la décision correcte doit s’appliquer. À l’appui de sa thèse, la GRC cite un extrait de l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 59, voulant qu’une véritable question de compétence nécessite que le tribunal détermine si « les pouvoirs dont le législateur l’a investi l’autorisent à trancher une question ».

[66] Dans sa plaidoirie, la GRC a affirmé qu’il ne s’agissait pas d’une question de compétences concurrentes entre deux tribunaux, mais plutôt de savoir à quel moment chacun d’entre eux pouvait exercer sa compétence. Elle fait cependant valoir que la norme de contrôle reste celle de la décision correcte, mais que, si je devais conclure que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, il ne peut y avoir qu’une seule interprétation raisonnable de la loi et que ce n’est pas celle appliquée par le commissaire.

[67] La GRC a aussi fait référence à l’arrêt *Canadian Union of Public Employees, Local 2434 v. Port Hawkesbury (Town)*, 2011 NSCA 28, 301 N.S.R. (2d) 123 (*Port Hawkesbury*), dans lequel la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a discuté des principes d’examen de la compétence qu’elle a tirés de l’arrêt *Dunsmuir*. Dans cette affaire, la cour a conclu que la norme de contrôle applicable à la décision sous-jacente de l’Occupational Health and Safety Panel était celle de la décision correcte, même en présence d’une clause privative dans la loi.

[68] Le commissaire affirme qu’il n’y a pas de question de compétence; il s’agit simplement de déterminer si TC était saisi de l’objet en vertu d’une loi du Parlement. Pour prendre cette décision, il a fallu examiner une question mixte de faits et de droit pour déterminer si le paragraphe 23(1) s’appliquait pour empêcher le commissaire d’enquêter sur les divulgations. Le commissaire affirme qu’il

Commissioner states that this is a question of mixed fact and law reviewable on the standard of reasonableness.

[69] The Commissioner relies upon *Alberta Teachers'*, and *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*) to say that because the Commissioner is interpreting his “home” statute there is a presumption of deference and that entails a standard of review of reasonableness.

## (2) Analysis and Conclusion

[70] I note that *Port Hawkesbury*, upon which the RCMP relies, was argued and decided prior to the release of *Alberta Teachers'* so it did not consider whether the presumption of reasonableness had been rebutted because no such presumption existed at that time.

[71] The interpretation by the Commissioner of subsection 23(1) required consideration of whether the activities undertaken by TC *vis-à-vis* the RCMP fell within subsection 23(1). To make that determination requires an application of the facts (what was undertaken by TC) to the law set out in subsection 23(1). A question of mixed fact and law attracts the standard of review of reasonableness, provided there is no extricable legal principle or error of law, see *Khosa*, at paragraph 89 and *Decor Grates Incorporated v. Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 FCA 100, [2016] 1 F.C.R. 246, at paragraph 19.

[72] In arriving at this conclusion I am mindful of the admonition in *Dunsmuir*, also found at paragraph 59, that “reviewing judges must not brand as jurisdictional issues that are doubtfully so” as well as the observation made by Madam Justice Abella in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at paragraph 89, that:

If every provision of a tribunal’s enabling legislation were treated as if it had jurisdictional consequences that permitted a court to substitute its own view of the correct

s’agit d’une question mixte de faits et de droits susceptible de révision selon la norme de la décision raisonnable.

[69] Le commissaire s’appuie sur l’arrêt *Alberta Teachers'* et sur l’arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*), pour affirmer que puisque le commissaire interprète sa « loi constitutive », il existe une présomption de déférence et que cela implique que la norme de contrôle qui s’applique est celle de la décision raisonnable.

## 2) Analyse et conclusion

[70] Je note que l’arrêt *Port Hawkesbury*, sur lequel s’appuie la GRC, a été débattu et jugé avant la publication de l’arrêt *Alberta Teachers'*, de sorte qu’elle n’a pas examiné si la présomption de caractère raisonnable avait été réfutée, puisque cette présomption n’existait alors pas.

[71] L’interprétation faite par le commissaire du paragraphe 23(1) nécessite d’examiner si les activités entreprises par TC par rapport à la GRC relevaient du paragraphe 23(1). Pour prendre cette décision, il faut appliquer les faits (ce qui a été fait par TC) au droit établi dans le paragraphe 23(1). Une question mixte de faits et de droit appelle la norme de contrôle de la décision raisonnable, à condition qu’il n’y ait pas de principe juridique isolable ou d’erreur de droit : voir l’arrêt *Khosa*, au paragraphe 89, et l’arrêt *Decor Grates Incorporated c. Imperial Manufacturing Group Inc.*, 2015 CAF 100, [2016] 1 R.C.F. 246, au paragraphe 19.

[72] En tirant cette conclusion, je suis consciente de la mise en garde donnée dans l’arrêt *Dunsmuir*, aussi au paragraphe 59, selon laquelle « en cas de doute, il faut se garder de qualifier un point de question de compétence », ainsi que de l’observation faite par la juge Abella dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 605, au paragraphe 89, selon laquelle :

Si chaque disposition de la loi habitante d’un tribunal administratif devait être traitée comme si elle avait des conséquences sur le plan de la compétence qui autoriseraient



interpretation, a tribunal's role would be effectively reduced to fact-finding.

[73] I find the presumption in *Alberta Teachers'* has not been rebutted by the RCMP. The standard of review is reasonableness with respect to the Commissioner's interpretation of subsection 23(1) that he was not prohibited from investigating the disclosure.

B. *Standard of Review of the Interpretation of Subsection 24(1)*

[74] With respect to the Commissioner's interpretation of section 24 of the PSDPA, the standard of review has already been determined by the [Federal] Court of Appeal in *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 30, 2 Admin. L.R. (6th) 32 (*Agnaou* No. 1), at paragraph 35, to be reasonableness.

[75] The RCMP does not dispute and I agree that reasonableness is the appropriate standard of review of the Commissioner's application of subsection 24(1).

V. Was the Interpretation of subsection 23(1) Reasonable?

[76] The interpretation of subsection 23(1) of the PSDPA is at the heart of the differences between the parties. The RCMP believes it is to be broadly interpreted and that in doing so I will find the TC review and Advisory Assessment was sufficient to oust the jurisdiction of the Commissioner. The Commissioner says the activities of TC do not meet the test for either "dealing with" or "subject-matter" and, in any event, TC was not "acting under another Act of Parliament" as required by the subsection 23(1).

A. *General Principles of Statutory Interpretation*

[77] The parties have dissected the various words found in subsection 23(1) and in particular the discrete phrases "dealing with", "subject-matter", and "under

une cour de justice à substituer ce qu'elle estime être la juste interprétation à donner, le rôle du tribunal administratif se limiterait en réalité à constater des faits.

[73] Je conclus que la présomption établie dans l'arrêt *Alberta Teachers'* n'a pas été réfutée par la GRC. La norme de contrôle est celle de la décision raisonnable à l'égard de l'interprétation faite par le commissaire selon laquelle le paragraphe 23(1) ne lui interdisait pas d'enquêter sur la divulgation.

B. *La norme de contrôle applicable à l'interprétation du paragraphe 24(1)*

[74] En ce qui concerne l'interprétation du commissaire de l'article 24 de la LPFDAR, il a déjà été déterminé par la Cour d'appel [fédérale] dans l'arrêt *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 30 (*Agnaou* n° 1), au paragraphe 35, que la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable.

[75] La GRC ne conteste pas cela et je reconnais que la décision raisonnable est la norme de contrôle appropriée pour l'interprétation donnée par le commissaire au paragraphe 24(1).

V. L'interprétation du paragraphe 23(1) était-elle raisonnable?

[76] L'interprétation du paragraphe 23(1) de la LPFDAR est au cœur du différend entre les parties. La GRC croit qu'il doit être interprété au sens large et que ce faisant, je dois conclure que l'examen et l'évaluation de consultation TC suffisaient à éteindre la compétence du commissaire. Le commissaire affirme que les activités de TC ne répondent pas au critère, qu'il s'agisse du fait d'être « saisi » ou de « l'objet » et que de toute façon, TC n'était pas saisi « au titre d'une autre loi fédérale », comme l'ordonne le paragraphe 23(1).

A. *Principes généraux de l'interprétation des lois*

[77] Les parties ont disséqué les différents mots utilisés au paragraphe 23(1) et plus particulièrement les segments discrets « est saisi », « l'objet » et « au titre

another Act of Parliament”. I will turn to those submissions shortly. First it is important to note the starting point for interpreting legislation, established by the Supreme Court of Canada in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (*Rizzo*), at paragraph 21, is that the words being considered are to be “read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act”. This means “[a] court must consider the total context of the provision to be interpreted ‘no matter how plain the disposition may seem upon initial reading’”, see *Canada (Attorney General) v. Stanford*, 2014 FCA 234, at paragraph 44.

#### (1) The Scheme and Object of the PSDPA

[78] The PSDPA is whistleblower legislation designed to enable federal government employees to bring to light wrongdoings in the public sector without fear of reprisal. The provisions in the PSDPA purport to “achieve an appropriate balance” between the two important principles of loyalty to one’s employer and the right to freedom of expression.

[79] The scheme of the PSDPA underscores the importance of an ethical public sector. Mr. Justice Diner in *Swarath v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 963, at paragraph 1, found the PSDPA is “designed to ensure that Canadians are protected by a lawful, transparent and uncorrupted public service”.

[80] The preamble speaks of the federal public administration as being “part of the essential framework of Canadian parliamentary democracy”. It also states that “confidence in public institutions can be enhanced by establishing effective procedures for the disclosure of wrongdoings”. To protect these values public access to findings of wrongdoing, whether resulting from an internal process or from an investigation by the Commissioner, is mandatory.

[81] The Commissioner has an explicit duty to review investigations and report his findings to the discloser and to the responsible chief executive. When wrongdoing has been found the Commissioner is required to

d’une autre loi fédérale ». J’examinerai bientôt ces observations. Dans un premier temps, il est important de noter que le point de départ de l’interprétation législative, établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (*Rizzo*), au paragraphe 21, est qu’il faut « lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi ». Cela signifie que « [I]e juge doit tenir compte du contexte global de la disposition, “même si, à première vue, le sens de son libellé peut paraître évident” » : voir l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Stanford*, 2014 CAF 234, au paragraphe 44.

#### 1) Esprit et objet de la LPPFDAR

[78] La LPPFDAR est une loi sur les lanceurs d’alerte conçue pour permettre aux employés du gouvernement fédéral de signaler des actes répréhensibles dans la fonction publique sans crainte de représailles. Les dispositions de la LPPFDAR visent à « atteindre l’équilibre » entre le devoir de loyauté du fonctionnaire envers son employeur et son droit à la liberté d’expression.

[79] L’esprit de la LPPFDAR souligne l’importance de l’éthique dans la fonction publique. Le juge Diner, dans la décision *Swarath c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 963, au paragraphe 1, a conclu que la LPPFDAR est « conçu[e] pour s’assurer que les Canadiens sont protégés par une fonction publique légitime, transparente et sans corruption ».

[80] Le préambule affirme que l’administration publique fédérale est « une institution nationale essentielle au fonctionnement de la démocratie parlementaire canadienne ». Il affirme également que « la confiance dans les institutions publiques ne peut que profiter de la création de mécanismes efficaces de divulgation des actes répréhensibles ». Afin de protéger ces valeurs, l’accès public aux conclusions d’actes répréhensibles, que ce soit à la suite d’une procédure interne ou d’une enquête du commissaire, est obligatoire.

[81] Le commissaire a l’obligation explicite d’examiner les enquêtes et de rendre compte de ses conclusions au divulgateur et à l’administrateur général responsable. Lorsqu’un acte répréhensible a été commis, le commissaire

table a report in Parliament. There is no duty to table reports with respect to matters not found to constitute wrongdoing. This distinction reinforces the high value Parliament has placed on making wrongdoings public.

[82] The Commissioner reports directly to Parliament by filing both an Annual Report of the activity of his office and a Case Report whenever there is a finding of wrongdoing. This underscores the importance of the Commissioner’s work and the public interest that wrongdoings be publicly exposed in keeping with the values expressed in the preamble.

[83] The [Federal] Court of Appeal in *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 29, [2016] 1 F.C.R. 322 (*Agnaou* No. 2), at paragraph 60 described the purpose of the PSDPA as being:

... to denounce and punish wrongdoings in the public sector and, ultimately, build public confidence in the integrity of federal public servants. The public interest comes first, and it is the Commissioner’s responsibility to protect it.

[84] It is with this scheme and these objects in mind that subsections 23(1) and 24(1) are to be interpreted.

#### B. *Positions of the Parties*

##### (1) “Dealing with” and “Subject-matter”

###### (a) *The Position of the RCMP*

[85] The RCMP submits subsection 23(1) exists to avoid duplication of effort. They say the Commissioner acknowledged that TC was dealing with the subject-matter of the disclosure in his letters of July 9, 2014 and October 14, 2014 as well as at page 10 of the Case Report. They stress there was overlapping subject-matter being dealt with by TC including the one allegation of wrongdoing that the Commissioner substantiated: aircraft were being flown overweight in contravention of CAR paragraph 602.07(a). As such, internal RCMP resources were involved with two parallel processes contrary to the intention of subsection 23(1).

a l’obligation de déposer un rapport au Parlement. Il n’y a pas d’obligation de déposer un rapport s’il n’y a pas de conclusion d’acte répréhensible. Cette distinction renforce la valeur élevée que le Parlement a accordée à la divulgation publique des actes répréhensibles.

[82] Le commissaire rend compte directement au Parlement en déposant un rapport annuel sur les activités du Commissariat et un rapport sur le cas lorsqu’il conclut à l’existence d’un acte répréhensible. Ceci souligne l’importance du travail du commissaire et l’intérêt public de la divulgation publique des actes répréhensibles, conformément aux valeurs énoncées dans le préambule.

[83] La Cour d’appel [fédérale] dans l’arrêt *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 29, [2016] 1 R.C.F. 322 (*Agnaou* n° 2), au paragraphe 60, a décrit comme suit l’objet de la LPFDAR :

[...] dénoncer et punir les actes répréhensibles dans le secteur public dans le but ultime d’accroître la confiance du public dans l’intégrité des fonctionnaires fédéraux. C’est l’intérêt public qui prime et c’est le commissaire qui a mandat de le protéger.

[84] C’est dans cet esprit et avec ces objets en tête que les paragraphes 23(1) et 24(1) doivent être interprétés.

#### B. *Thèses des parties*

##### 1) « [E]st saisi » et « l’objet »

###### a) *Thèse de la GRC*

[85] La GRC fait valoir que le paragraphe 23(1) existe dans le but d’éviter les doublages d’effort. Elle affirme que le commissaire a reconnu que TC avait été saisi de l’objet de la divulgation dans ses lettres du 9 juillet 2014 et du 14 octobre 2014, ainsi qu’à la page 10 du rapport sur le cas. Elle souligne qu’il y a eu chevauchement de l’objet dont TC a été saisi, incluant l’allégation d’acte répréhensible que le commissaire a jugé fondé : des aéronefs ont fait des envolées avec un poids excédentaire, en contravention de l’alinéa 602.07a) du RAC. À ce titre, les ressources internes de la GRC ont participé à deux procédures parallèles, contrairement à l’intention du paragraphe 23(1).

[86] The RCMP urges a broad interpretation of subsection 23(1) saying it casts a wide net and is written in very broad and general terms. They submit the phrase “dealing with” has a very broad and general ordinary meaning. The ordinary meaning of “dealing with” is the one that is “the reader’s first impression meaning, the understanding that spontaneously comes to mind”, see *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at pages 25 and 26. They refer to various dictionary definitions to say that “to deal with” includes “to act in regard to, administer, handle, dispose in any way of (a thing)”.

[87] Counsel for the RCMP submitted that when TC was asked by the RCMP to assess whether their operations were in regulatory compliance and subsequently when TC reviewed the CAPs designed by the RCMP, TC was clearly “dealing with” the matter in the ordinary meaning of the expression.

[88] In an annex enclosed with their letter of July 30, 2014 to the Commissioner, the RCMP says their position is that the use of CAPs is authorized by section 4.2 of the *Aeronautics Act*, to ensure compliance with the CAR. That shows “the subject matter of the alleged wrongdoing is being dealt with administratively by the Minister of Transport”. They go on to say “the law enforcement authorities set out in the *Aeronautics Act* have not been engaged” noting that is an important distinction. Subsection 23(1) contemplates a wrongdoing investigation may proceed in parallel with a law enforcement proceeding. The RCMP concludes that subsection 23(1) bars “parallel administrative proceedings dealing with the same subject matter as the alleged disclosure”.

[89] The RCMP submits that the voluntary nature of the arrangement between the RCMP and TC is an irrelevant fact because subsection 23(1) is not limited in any way. Therefore, “dealing with” does not include any “consideration of the adequacy of the manner in which another body is dealing with the subject matter” nor is

[86] La GRC préconise une interprétation large du paragraphe 23(1), affirmant que son champ d'application est vaste et est rédigé en termes généraux et très larges. La GRC fait valoir que l'expression « est saisi » a un sens ordinaire très large et général. Le sens ordinaire de « est saisi » est celui qui correspond à [TRADUCTION] « la première impression du lecteur, la compréhension qui vient spontanément à l'esprit » : voir *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008), aux pages 25 et 26. Renvoyant aux définitions de plusieurs dictionnaires, la GRC affirme qu'« être saisi de » signifie [TRADUCTION] « agir à l'égard de, administrer, traiter, se prononcer (sur une question) de quelque façon ».

[87] L'avocat de la GRC a fait valoir que lorsque la GRC a demandé à TC d'évaluer si ses activités étaient conformes à la réglementation et par la suite lorsque TC a évalué les PMC conçus par la GRC, TC était clairement « saisi » de l'objet au sens ordinaire de l'expression.

[88] Dans une annexe à sa lettre envoyée au commissaire le 30 juillet 2014, la GRC affirme que sa thèse est que l'utilisation des PMC est autorisée par l'article 4.2 de la *Loi sur l'aéronautique*, afin d'assurer la conformité aux RAC. Ceci démontre que [TRADUCTION] « l'objet de l'acte répréhensible allégué par le commissaire fait l'objet d'un traitement administratif par le ministre des Transports ». La GRC poursuit en affirmant que [TRADUCTION] « les autorités chargées de l'application de la loi désignées dans la *Loi sur l'aéronautique* n'ont pas été sollicitées », notant qu'il s'agissait là d'une distinction importante. Le paragraphe 23(1) prévoit qu'une enquête sur un acte répréhensible peut être menée parallèlement à une procédure d'application de la loi. La GRC conclut que le paragraphe 23(1) interdit [TRADUCTION] « la conduite d'une procédure administrative ayant le même objet que la divulgation alléguée ».

[89] La GRC fait valoir que la nature volontaire de l'arrangement entre la GRC et TC constitue un élément non pertinent puisque le paragraphe 23(1) n'est limité d'aucune façon. Par conséquent, « est saisi » n'inclut aucune [TRADUCTION] « considération du caractère adéquat de la façon dont une autre instance est saisie

there any limitation on it other than any “dealing with” must be done under another Act of Parliament.

[90] Finally, the RCMP contrasts subsection 23(1) with paragraph 24(1)(a) to note that in paragraph 24(1)(a) the phrase “dealing with” is qualified in that the Commissioner is to form an opinion of whether the subject-matter has been adequately dealt with or could more appropriately be dealt with under another Act of Parliament but there is no such guidance or qualification in subsection 23(1). The RCMP says this means once another body is dealing with the subject-matter the Commissioner may not deal with it. Applying the expression *unius est exclusio alterius*, the RCMP says under subsection 23(1) it does not matter how effectively or adequately the other body is dealing with the subject-matter because, unlike section 24, Parliament did not give the Commissioner any discretion in subsection 23(1). As a result, he has no right to subjectively evaluate how the other body deals with the subject-matter.

(b) *The Position of the Commissioner*

[91] The Commissioner submits that in light of the important objects of the PSDPA to maintain and enhance public confidence in the integrity of public servants and the requirement that a finding of wrongdoing be reported to Parliament, the limitation found in subsection 23(1) must be read narrowly. He urges it should only apply in the clearest of cases. In support he points to the sections of the PSDPA that require him to receive and investigate disclosures and give him broad discretion to initiate an investigation.

[92] The Commissioner says simply possessing an authority is not enough, there is a threshold of activity that must be met. He refers to the French wording of subsection 23(1) “*saisi de l’objet de celle-ci*” to submit that for subsection 23(1) to apply, TC has to be specifically seized of the matter in an administrative proceeding

de l’objet » et qu’il n’y a pas non plus de limitation sur la façon dont ladite instance est saisie dudit objet, sauf pour dire qu’elle doit en être saisie au titre d’une autre loi fédérale.

[90] Enfin, la GRC met en opposition le paragraphe 23(1) et l’alinéa 24(1)a afin de faire remarquer que l’alinéa 24(1)a précise que le commissaire doit estimer si l’objet de la divulgation a été instruit comme il se doit dans le cadre de la procédure prévue par toute autre loi fédérale ou pourrait l’être avantagement selon celle-ci, une directive ou qualification qui n’apparaît pas au paragraphe 23(1). La GRC conclut que cela signifie que le commissaire ne peut pas se saisir de l’objet une fois qu’une autre instance en est saisie. Appliquant la maxime *unius est exclusio alterius* (la mention de l’un implique l’exclusion de l’autre), la GRC affirme qu’en vertu du paragraphe 23(1), la mesure dans laquelle l’autre instance est saisie efficacement ou de manière appropriée l’objet n’a pas d’importance, puisque, contrairement à l’article 24, le Parlement n’a accordé aucun pouvoir discrétionnaire au commissaire dans le paragraphe 23(1). Par conséquent, il n’a pas le droit d’évaluer de façon subjective la façon dont l’autre instance saisie instruit l’objet.

b) *Thèse du commissaire*

[91] Le commissaire fait valoir qu’au vu des objets importants de la LPPDAR, qui sont de maintenir et d’accroître la confiance du public dans l’intégrité des fonctionnaires, et de l’obligation de rendre compte au Parlement lorsque le commissaire conclut à l’existence d’un acte répréhensible, la limite prévue au paragraphe 23(1) doit être interprétée de façon stricte. Il préconise que cette limite ne soit appliquée que dans les cas les plus clairs. À l’appui de cette thèse, il pointe les dispositions de la LPPDAR qui lui imposent de recevoir et d’examiner les divulgations et lui confèrent un large pouvoir discrétionnaire pour entreprendre une enquête.

[92] Le commissaire affirme qu’il ne suffit pas de posséder des pouvoirs et qu’il existe un seuil d’activité qui doit être atteint. Il renvoie à la version française du paragraphe 23(1) « *saisi de l’objet de celle-ci* » pour faire valoir que pour que le paragraphe 23(1) s’applique, TC doit être explicitement saisi de l’objet dans le cadre



that is intended to dispose of or finally determine the precise matter or allegation, with binding effect. The voluntary, consultative process conducted by TC does not meet that requirement.

[93] The Commissioner says TC was not dealing with the subject-matter of the disclosure and was not proceeding under another Act of Parliament. The RCMP voluntarily invited TC to review all their ASB operations as a consultant. The objective was to identify where regulatory gaps exist and to suggest best practices with a view to proposed new aviation regulations. Whereas the Commissioner was looking backward at behaviour during 2003 to 2012, TC was largely looking forward to future regulation and looked backward fewer than 12 months.

[94] The Commissioner says TC did not deal with the “subject-matter of the disclosure” because, although they dealt with similar matters, subsection 23(1) requires that TC be dealing with the specific questions raised by the disclosure. Otherwise, meritorious disclosures may not be dealt with and the object of the PSDPA to bring wrongdoing to light would be circumvented by a body looking at different matters. As an example, they cite the TC focus as being to facilitate current and future compliance with the regulations but not to expose past wrongdoings or hold the RCMP to account. The Commissioner alleges the Advisory Assessment was completely different in approach and focus. It was an internal “eyes-only” review conducted at the request of the RCMP to provide technical advice and make recommendations for future compliance that could have been cancelled at any time by the RCMP.

[95] Regarding the argument that subsection 23(1) is to be read to “avoid duplication”, the Commissioner points out that, when a law enforcement agency is involved, overlapping investigations are expressly authorized by subsection 23(1); thus avoiding duplication was not a legislative concern.

d’une procédure administrative visant à se prononcer ou à statuer de façon définitive sur la question ou l’allégation précises, avec un effet contraignant. Le processus consultatif volontaire mené par TC ne respecte pas cette exigence.

[93] Le commissaire affirme que TC n’était pas saisi de l’objet et n’agissait pas au titre d’une autre loi fédérale. La GRC a volontairement invité TC à examiner l’ensemble de ses activités au SAO, à titre de consultant. L’objectif était de déterminer l’existence de lacunes réglementaires et de présenter des pratiques exemplaires en tenant compte du nouveau règlement sur l’aviation proposé. Tandis que le commissaire examinait de façon rétrospective des comportements survenus au cours des années 2003 à 2012, TC se penchait principalement sur la réglementation à venir et a examiné une période passée inférieure à 12 mois.

[94] Le commissaire affirme que TC n’a pas été saisi de « l’objet de la divulgation », parce que même si TC avait été saisi de questions similaires, le paragraphe 23(1) exige que TC soit saisi de questions précises soulevées par la divulgation. Autrement, les divulgations méritoires pourraient ne pas être saisies et l’objet de la LPFDAR, qui est de faire la lumière sur les actes répréhensibles, serait contourné par des instances qui examinent des questions différentes. La GRC indique par exemple que TC vise à faciliter la conformité actuelle et future à la réglementation et non à exposer les actes répréhensibles passés ou à demander à la GRC de rendre des comptes. Le commissaire allègue que l’évaluation de consultation avait une approche et une orientation complètement différentes. Il s’agissait d’un examen [TRADUCTION] « à usage interne seulement » mené à la demande de la GRC afin de fournir des conseils techniques et de faire des recommandations en vue de la conformité future et qui aurait pu être annulé en tout temps par la GRC.

[95] En ce qui concerne l’argument selon lequel le paragraphe 23(1) doit être lu de manière à [TRADUCTION] « éviter le dédoublement », le commissaire fait remarquer que lorsqu’un organisme d’application de la loi est concerné, le chevauchement des enquêtes est expressément autorisé par le paragraphe 23(1); éviter le

[96] Finally, the Commissioner raises the concern that if the RCMP is correct, any federal department could conduct a general, non-binding review with the result that it would pre-empt the accountability provisions of the PSDPA.

(2) “[U]nder Another Act of Parliament”

(a) *The Position of the RCMP*

[97] Even though the RCMP invited TC to assess its operations, they state that given the provisions of the *Aeronautics Act*, TC can monitor legislative compliance at any time. As support, they point to the words in section 4.2, “[t]he Minister is responsible for the development and regulation of aeronautics and the supervision of all matters connected with aeronautics”. Very broad powers are given to the Minister in section 8.7, such as to enter any place for the purpose of making inspections or audits relating to enforcement, to seize any document or other thing from such a place if it will afford evidence with respect to an offence, and to detain any aircraft believed to be unsafe or likely to be operated in an unsafe manner.

[98] The RCMP says the Advisory Assessment and CAPs could only have been conducted under the powers in the *Aeronautics Act*. Relying on *Larny Holdings Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2002 FCT 750, [2003] 1 F.C. 541 [*Larny Holdings*], the RCMP submits that the phrase “under an Act” has been broadly interpreted to include someone purporting to exercise powers under an Act whether those powers were specifically conferred on the person or not.

[99] Applied to the present case, the RCMP says that “if the Transport Canada inspectors were not acting under the *Aeronautics Act*, what then were they doing?”

dédoublément n’était donc pas une préoccupation du législateur.

[96] Enfin, le commissaire fait valoir que si la GRC a raison, n’importe quel ministère fédéral pourrait mener une enquête de nature générale et non contraignante qui entraverait les dispositions sur la responsabilité de la LPFDAR.

2) « [A]u titre d’une autre loi fédérale »

a) *Thèse de la GRC*

[97] Même si la GRC a invité TC à évaluer ses opérations, elle affirme qu’en vertu des dispositions de la *Loi sur l’aéronautique*, TC peut contrôler la conformité à la loi en tout temps. À l’appui de sa thèse, la GRC cite la formulation de l’article 4.2, qui dispose que « [l]e ministre est chargé du développement et de la réglementation de l’aéronautique, ainsi que du contrôle de tous les secteurs liés à ce domaine ». L’article 8.7 accorde des pouvoirs très vastes au ministre, comme celui d’entrer en tout lieu aux fins d’inspection ou de vérification relativement à l’application de la loi, de saisir tout document ou autre élément dans un lieu s’il peut constituer une preuve d’infraction et de retenir tout aéronef lorsqu’il a des motifs raisonnables de croire qu’il n’est pas sûr ou qu’il pourrait être utilisé de façon dangereuse.

[98] La GRC affirme que l’évaluation de consultation et les PMC ne pouvaient être conduits qu’en vertu des pouvoirs conférés par la *Loi sur l’aéronautique*. S’appuyant sur la décision *Larny Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2002 CFPI 750, [2003] 1 C.F. 541 [*Larny Holdings*], la GRC prétend que l’expression « au titre d’une loi » a été interprétée de façon large pour inclure une personne réputée exercer des pouvoirs au titre d’une loi, que ces pouvoirs lui aient été explicitement conférés ou non.

[99] Appliquée en l’espèce, la GRC affirme que [TRADUCTION] « si les inspecteurs [de Transports Canada] n’agissaient pas au titre de la *Loi sur l’aéronautique*, que faisaient-ils? »



(b) *The Position of the Commissioner*

[100] To support his position that TC was not operating under an Act of Parliament, the Commissioner relies heavily on the fact that the RCMP invited TC to conduct a review and TC told the investigators it was more in the nature of an audit. The RCMP held a Temporary Private Operators Certificate. The Oversight Plan states “[s]ince there are no formal oversight requirements for Private Operators the TC team will be able to perform its duties as a consultant to the RCMP”. Simply put, TC was not conducting a regulatory review so it was not acting under the *Aeronautics Act*.

[101] The Commissioner points out that the Advisory Assessment makes observations and recommendations, not findings. The focus by TC was on facilitating current and future compliance, not holding the RCMP to account for past infractions. TC did not investigate or make any determination with respect to the specific breaches of the regulations that formed the subject-matter of the allegations.

[102] In answer to the *Larny Holdings* argument by the RCMP, the Commissioner says TC was not acting under any legislation nor did they purport to be. TC officials were just using their knowledge of the legislation and the CAR to provide advice to the RCMP as a consultant.

[103] The Advisory Assessment did not deal with any instances of overweight flying before 2013 but the disclosures all predate 2013. In terms of acting under legislation and having the ability to enforce regulations, section 26 of the *Aeronautics Act* precludes enforcement proceedings in relation to incidents arising more than 12 months earlier unless they seek to suspend or revoke the operator’s certificate or proceed by indictment.

b) *Thèse du commissaire*

[100] À l’appui de sa position selon laquelle TC n’agissait pas au titre d’une loi fédérale, le commissaire s’appuie fortement sur le fait que c’est la GRC qui a demandé à TC de conduire un examen et que TC a indiqué aux inspecteurs que le travail relevait davantage d’un audit. La GRC était titulaire d’un certificat d’exploitation privée temporaire. Selon le plan de surveillance [TRADUCTION] « [p]uisque les exploitants privés ne sont assujettis à aucune exigence officielle de surveillance, les membres de l’équipe de TC seront en mesure d’exécuter leurs tâches à titre de conseillers auprès de la GRC ». En d’autres mots, TC n’effectuait pas d’examen réglementaire et n’agissait donc pas au titre de la *Loi sur l’aéronautique*.

[101] Le commissaire souligne que l’évaluation de consultation a formulé des observations et des recommandations, et non des conclusions. Le travail de TC visait à faciliter la conformité actuelle et future, et non à tenir la GRC responsable d’infractions passées. TC n’a pas examiné les infractions propres à la réglementation constituant l’objet de la divulgation et n’a rendu aucune décision à leur égard.

[102] En réponse à l’argument de la décision *Larny Holdings* présenté par la GRC, le commissaire répond que TC n’agissait au titre d’aucune loi et ne prétendait pas le faire. Les fonctionnaires de TC utilisaient simplement leur connaissance de la loi et du RAC pour fournir des avis à la GRC, à titre de conseillers.

[103] L’évaluation de consultation ne traite d’aucun cas de vol avec un poids excédentaire avant 2013, alors que les divulgations portent toutes sur des événements antérieurs à 2013. En ce qui concerne le fait d’agir au titre d’une loi et d’avoir la capacité de faire appliquer la réglementation, l’article 26 de la *Loi sur l’aéronautique* interdit les poursuites relatives à des incidents survenus plus de 12 mois auparavant, sauf si elles visent la suspension ou la révocation du certificat de l’exploitant ou s’il s’agit d’une poursuite par voie de mise en accusation.

[104] The Commissioner alternatively submits that even if TC was acting under another Act of Parliament, the activities of TC and the Commissioner's staff were not concurrent. When TC concluded the Advisory Assessment they were no longer acting under another Act of Parliament and the Commissioner could proceed with his investigation or, decide not to cease it under subsection 24(1).

### *C. Analysis and Conclusion*

[105] The parties have focused on the phrases in subsection 23(1) but not necessarily in the context of the PSDPA. Given the importance of whistleblower legislation to “denounce and punish wrongdoings in the public sector” the phrase “dealing with” must take its meaning from this context. The phrase cannot be interpreted so broadly as to frustrate the scheme and purpose of the legislation. Simply bringing the wrongdoing to the attention of the CEO is but one aspect of the purpose of an investigation. Public exposure is mandatory whenever an investigation leads to a finding of wrongdoing.

[106] The legislation addresses wrongdoings of an order of magnitude that could shake public confidence if not reported and corrected. When the Commissioner is “dealing with” an allegation of wrongdoing, it is something that, if proven, involves a serious threat to the integrity of the public service. That is why, before an investigation is commenced, there is a period of analysis to determine if there is some merit to the disclosure. That is also why the investigators are separate from the analysts.

[107] The focus of the disclosure provision of the PSDPA is to uncover past wrongs, bring them to light in public and put in place corrections to prevent recurrence. As set out in the Oversight Plan and Advisory Assessment, the focus of TC was to find gaps in existing procedures and provide advice with respect to future regulations. The context and purpose of the activities of TC was entirely different than that of the Commissioner's analysis and investigation under the PSDPA of the allegations in the disclosure.

[104] Le commissaire soutient en outre que même si TC agissait au titre d'une autre loi fédérale, les activités de TC et du commissaire n'étaient pas concomitantes. Après l'évaluation de consultation, TC n'agissait plus au titre d'une autre loi fédérale et le commissaire pouvait poursuivre son enquête ou décider de ne pas y mettre fin en vertu du paragraphe 24(1).

### *C. Analyse et conclusion*

[105] Les parties ont mis l'accent sur les expressions tirées du paragraphe 23(1), mais pas nécessairement dans le contexte de la LPFDAR. Compte tenu de l'importance de la législation sur les lanceurs d'alerte pour [TRADUCTION] « dénoncer et punir les actes répréhensibles dans le secteur public », le terme « saisi » doit tirer son sens de ce contexte. Le terme ne peut pas être interprété si largement qu'elle frustre l'esprit et l'intention de la loi. Porter l'acte répréhensible à l'attention de l'administrateur général n'est qu'un aspect de l'intention d'une enquête. L'exposition publique est obligatoire lorsqu'une enquête conclut à l'existence d'un acte répréhensible.

[106] La loi porte sur les actes répréhensibles d'une ampleur telle qu'ils pourraient miner la confiance du public s'ils n'étaient pas signalés et corrigés. Lorsque le commissaire est « saisi » d'une allégation d'acte répréhensible, il s'agit d'une question qui, si elle est avérée, implique une menace grave à l'intégrité de la fonction publique. C'est pourquoi, avant qu'une enquête soit ouverte, une analyse est faite pour établir que la divulgation a un certain mérite. C'est aussi pour cette raison que les enquêteurs se distinguent des analystes.

[107] Les dispositions sur la divulgation de la LPFDAR visent à découvrir des actes répréhensibles passés, à les porter à l'attention du public et à mettre en place des mesures correctives pour éviter que ces actes ne se reproduisent. Comme l'indiquent le plan de surveillance et l'évaluation de consultation, TC mettait l'accent sur la recherche de lacunes dans les procédures existantes et l'offre de conseils en lien avec la réglementation à venir. Le contexte et le but des activités de TC sont totalement différents de ceux de l'analyse et de

[108] TC was conducting a broad examination of the ASB, not a focused review of the OAS. Under the Oversight Plan, the ASB Headquarters and 4 air sections, including the OAS, were visited. The OAS was one of the 19 air sections in the ASB spread throughout the country.

[109] TC was also reporting to the potential wrongdoer, with no obligation to make any observations or recommendations public in any way. The flavour of the TC activities was consultative, not investigatory. TC repeatedly told the investigators in a variety of ways that it was acting more like a consultant to the RCMP, did not go in under “regulatory mode”, and was essentially conducting an audit. Although the RCMP says the quality of the activity by the other body is not relevant, I am not persuaded the PSDPA should be read that broadly as to do so would completely ignore the context of the scheme and object of the legislation.

[110] An email on August 18, 2014 from Sean Flatt to one of the investigators highlights an important difference in the approach of TC versus the Commissioner in dealing with the issue of non-compliance by the OAS with the CARs. Mr. Flatt stated:

The CAP method of dealing with non-compliance issues is the preferred method for any organization since our goal is to regain compliance. Escalating tools of enforcement are available if an organization does not come into compliance.

...

It is my sincere desire to see the RCMP Air Services Branch continue to focus their efforts on the Corrective Actions they've developed with a look toward ongoing regulatory compliance. Dwelling on a punitive response to past noncompliance issues serves no further purpose other than to disrupt ongoing positive efforts.

l'enquête sur les allégations contenues dans la divulgation menées par le commissaire au titre de la LPPDAR.

[108] TC menait un examen d'ensemble de la SDSA et non un examen propre au SAO. En vertu du plan de surveillance, des visites ont été faites au quartier général de la SDSA et dans 4 sections de l'air, y compris la SAO. La SAO est l'une de 19 sections de l'air de la SDSA à travers le pays.

[109] TC rendait également compte à l'auteur potentiel des actes répréhensibles, sans aucune obligation de rendre publiques ses observations ou ses recommandations. Les activités de TC étaient de nature consultative, et ne constituaient pas une enquête. À plusieurs reprises et de différentes façons, TC a répété aux enquêteurs que son rôle auprès de la GRC était davantage celui d'un conseiller — il n'a pas agi en vertu [TRADUCTION] « d'un mode de réglementation » — et que son travail consistait essentiellement à mener un audit. Bien que la GRC affirme que la qualité de l'activité de l'autre instance ne soit pas pertinente, je ne crois pas que la LPPDAR doive être interprétée de façon aussi large, puisqu'une telle interprétation ferait complètement abstraction de l'esprit et de l'intention de la loi.

[110] Un courriel envoyé le 18 août 2014 par Sean Flatt à l'un des enquêteurs souligne une différence importante dans l'approche adoptée par TC par rapport à celle du commissaire dans la façon de traiter la question de la non-conformité au RAC par le SAO. M. Flatt a dit :

[TRADUCTION] Traiter des questions de non-conformité par voie de PMC est la méthode de choix pour toute organisation, puisque notre objectif est de rétablir la conformité. Des outils d'intensité progressive pour veiller à l'application de la loi sont disponibles si une organisation ne se conforme pas à la loi.

[...]

Je souhaite sincèrement que la Sous-direction des services de l'air de la GRC continue d'axer ses efforts sur les mesures correctives qu'elle a élaborées dans le but d'en arriver à une conformité constante à la réglementation. S'attarder sur une réponse punitive à des questions de non-conformité passées ne servirait qu'à perturber les efforts positifs en cours.

[111] The fact that the end result—the measures taken by RCMP with the advice of TC—was satisfactory to the Commissioner, does not alter or affect the legitimacy of his investigation into the wrongdoings. Tabling the report in Parliament is an important part of the whistleblowing process. The acceptance of the RCMP, albeit reluctant, of the finding that the regulations were contravened when incorrect entries were made in journey logs would not otherwise have become public.

[112] That TC handles such contravention in a different way is the difference between the approach of a regulator and the approach of the person charged with maintaining and enhancing the integrity of public servants and public confidence in the federal public administration. That is done by establishing effective procedures for the disclosure of wrongdoing. Once a disclosure is screened for merit, those procedures lead to further analysis and investigation where warranted. It is one continuous “dealing with” the disclosure using a careful process that tries to ensure only important, timely disclosures made in good faith are handled.

[113] The PSDPA is remedial legislation. As such, section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 requires it to be given “such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.” Parliament cannot have intended that subsection 23(1) be read so broadly that a procedure undertaken months after the Commissioner begins to deal with a disclosure, led by another body for a different purpose, headed toward the qualitatively different outcome of a private report, regardless of the finding, and examining only recent, very different evidence should be sufficient to prevent the Commissioner from determining whether a serious past allegation of wrongdoing occurred and, if so, exposing it.

[114] I acknowledge that the RCMP feel strongly that they took proactive steps when they first received the original negative report from Beaconsfield. They sincerely believe they were unnecessarily subjected to the

[111] Le fait que le résultat final — les mesures prises par la GRC sur l’avis de TC — a été jugé satisfaisant par le commissaire ne modifie ni n’affecte la légitimité de son enquête sur les actes répréhensibles. Le dépôt du rapport au Parlement constitue un élément important du processus d’alerte. La reconnaissance par la GRC, même à contrecœur, de la conclusion qu’il y a effectivement eu contravention au règlement lorsque des entrées inexacts ont été faites dans les carnets de route n’aurait pas autrement été rendue publique.

[112] Le fait que TC traite de telles contraventions d’une manière différente est la différence entre l’approche d’un organisme de réglementation et l’approche d’une personne dont le mandat est de préserver et d’améliorer l’intégrité des fonctionnaires et la confiance du public envers l’administration fédérale. Cela se fait en établissant des procédures efficaces de divulgation d’actes répréhensibles. Une fois que le mérite de la divulgation a été établi, ces procédures conduisent à une analyse plus poussée et à une enquête, s’il y a lieu. Il s’agit d’être « saisi » de façon continue de la divulgation, selon un processus prudent qui s’efforce de faire en sorte que seules les divulgations les plus importantes, faites en temps opportun et de bonne foi soient instruites.

[113] La LPFDAR est une loi réparatrice. À ce titre, l’article 12 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. 1-21, exige qu’elle soit interprétée « de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ». Le législateur ne peut pas avoir voulu que le paragraphe 23(1) soit interprété de manière tellement large qu’une procédure lancée plusieurs mois après que le commissaire a commencé à donner suite à une divulgation, présentée par une autre instance dans un but différent, vouée au résultat qualitativement différent d’un rapport privé, sans égard à la conclusion, et n’examinant que des éléments de preuve récents et très différents, puisse suffire à empêcher le commissaire de déterminer si une allégation grave d’actes répréhensibles passés est avérée et, si c’est le cas, de les rendre publics.

[114] Je reconnais que la GRC croit fermement avoir pris des mesures proactives lorsqu’elle a pour la première fois reçu la version originale du rapport négatif de Beaconsfield. La GRC croit sincèrement qu’elle

Commissioner's investigation. They want to understand the parameters of subsection 23(1). This case turns on its facts. Without knowing exactly where the line is that once it is crossed triggers subsection 23(1), I am sure it was not crossed in this instance. I have also provided, later in these reasons, an additional analysis that may prove helpful going forward.

[115] In my view the Commissioner reasonably interpreted the activities of TC when he determined that they were not operating under another Act of Parliament. TC communicated to his investigators directly by telephone and email and, in the Advisory Assessment they delivered. Amongst his reasons, as communicated to the RCMP, the Commissioner stated he was satisfied subsection 23(1) did not apply because “[a]s confirmed by both you and TC, Corrective Action Plans are voluntary arrangements that do not engage the law enforcement tools under the Aeronautics Act” and “[b]ecause the RCMP can unilaterally remove itself from the Corrective Action Plans process and because Transport Canada cannot force or compel follow-up actions against the RCMP pursuant to the Corrective Action Plans themselves” (emails from the Commissioner to the RCMP on October 14, 2014 and November 10, 2014 respectively).

[116] Even if the RCMP's very broad interpretation is accepted as reasonable, the Commissioner's interpretation is equally so because of the important nature of his duties under the PSDPA. It is reasonable to find that a private report, organized by the alleged wrongdoer, even with the best of intentions, cannot displace the Commissioner's work. This is particularly so where the private report has no element of public accountability. When there are competing reasonable interpretations of a statute put forward, the Supreme Court of Canada has said the administrative decision maker who is interpreting their home statute “has the discretion to resolve the statutory uncertainty by adopting any interpretation that the statutory language can reasonably bear.” In that event, judicial deference “is itself a principle of modern statutory interpretation.” (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 40.)

faisait sans raison l'objet d'une enquête du commissaire. Elle souhaite comprendre les conditions du paragraphe 23(1). Il s'agit ici d'un cas d'espèce. Sans savoir exactement où se trouve la limite qui, lorsqu'elle est franchie, déclenche l'application du paragraphe 23(1), je suis sûre qu'elle n'a pas été franchie en l'espèce. Je formulerai également, plus loin dans ces motifs, une autre analyse qui pourrait être utile à l'avenir.

[115] À mon avis, le commissaire a interprété de façon raisonnable les activités de TC en concluant que TC n'agissait pas au titre d'une autre loi fédérale. TC l'a indiqué à ses enquêteurs directement par téléphone et par courriel, et dans l'évaluation de consultation qu'ils ont faite. Parmi ses raisons, ainsi qu'il les a communiquées à la GRC, le commissaire a indiqué conclure que le paragraphe 23(1) ne s'appliquait pas parce que [TRADUCTION] « comme vous et TC l'avez confirmé, les plans de mesures correctives sont des arrangements volontaires qui n'engagent pas les outils d'application de la loi au titre de la *Loi sur l'aéronautique* » et [TRADUCTION] « parce que la GRC peut se retirer unilatéralement du processus de plans de mesures correctives et que Transports Canada ne peut pas obliger la prise de mesures de suivi contre la GRC en vertu des plans de mesures correctives eux-mêmes » (courriels envoyés par le commissaire à la GRC le 14 octobre 2014 et le 10 novembre 2014, respectivement).

[116] Même en jugeant raisonnable l'interprétation très large faite par la GRC, l'interprétation faite par le commissaire l'est tout autant, en raison de la nature importante de ses obligations au titre de la LFPDAR. Il est raisonnable de conclure qu'un rapport privé, commandé par l'auteur des actes répréhensibles allégués, même avec les meilleures intentions du monde, ne peut supplanter le travail du commissaire. Ceci est particulièrement vrai lorsque le rapport privé ne comporte aucun élément de responsabilité publique. Lorsque des interprétations raisonnables concomitantes d'une loi sont proposées, la Cour suprême du Canada a conclu que le décideur administratif qui interprète sa loi constitutive a « le pouvoir discrétionnaire de lever toute incertitude législative en retenant une interprétation que permet raisonnablement le libellé de la disposition en cause ». La déférence judiciaire « constitue alors en elle-même un principe d'interprétation législative



moderne » (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 40).

VI. Was the Interpretation of Subsection 24(1) Reasonable?

A. *Positions of the Parties*

[117] The RCMP says subsection 24(1) is not engaged because subsection 23(1) barred the Commissioner from conducting an investigation so subsection 24(1) is never reached. They submit the Commissioner may rely on paragraph 24(1)(a) to determine whether the other body has adequately dealt with the subject-matter. In that case the Commissioner will have the advantage of the information from the other body.

[118] The RCMP submits this approach, where section 24 provides an after-the-fact review of how another body dealt with the subject-matter rather than allowing the Commissioner to duplicate the process under subsection 23(1), is consistent with the purpose of the PSDPA which is to draw wrongdoings to the attention of CEOs and make recommendations for corrective steps. They limit their analysis to that aspect of subsection 24(1) and did not address the aspect of whether the other body could more appropriately deal with the subject-matter or the additional purpose to denounce and punish wrongdoings in the public sector.

[119] The RCMP did urge the Commissioner to cease his investigation based on the provisions of paragraphs 24(1)(a), (d) and (f) because “[a]ny gaps with regulatory requirements are being addressed in consultation with TC Civil Aviation Safety Inspectors” and “[if] the OAS is unsuccessful in implementing Corrective Action Plans, it is already within the Minister of Transport’s discretion to transition to enforcement measures or penalties under the *Aeronautics Act*” (letter of May 22, 2014 from Commissioner Paulson to Commissioner Dion).

VI. L’interprétation du paragraphe 24(1) était-elle raisonnable?

A. *Thèses des parties*

[117] La GRC affirme que le paragraphe 24(1) ne s’applique pas parce que le paragraphe 23(1) interdit au commissaire de mener une enquête, de sorte qu’il n’est jamais question du paragraphe 24(1). Elle fait valoir que le commissaire peut s’appuyer sur l’alinéa 24(1)a) pour déterminer si l’autre instance a adéquatement été saisie de l’objet de la divulgation. Dans ce cas, le commissaire aura l’avantage de l’information provenant de l’autre instance.

[118] La GRC soutient que cette approche, dans laquelle l’article 24 permet un examen *a posteriori* de la façon dont une autre instance a été saisie de l’objet plutôt que de permettre au commissaire de reprendre le processus au titre du paragraphe 23(1), est cohérent avec l’intention de la LPFDAR, qui est de porter les actes répréhensibles à l’attention des administrateurs généraux et de formuler des recommandations de mesures correctives. La GRC a limité son analyse à cet aspect du paragraphe 24(1) et n’a pas examiné la question de savoir si l’autre instance pouvait être mieux placée pour être saisi de l’objet ni l’autre intention de dénoncer et de punir les actes répréhensibles au sein du secteur public.

[119] La GRC a demandé instamment au commissaire de mettre fin à son enquête au titre des alinéas 24(1)a), d) et f), au motif que [TRADUCTION] « les lacunes par rapport à des exigences réglementaires, sont traitées en consultation avec les inspecteurs de l’aviation civile de TC » et que [TRADUCTION] « si le SAO est incapable de mettre en œuvre les plans de mesures correctives, le ministre des Transports dispose déjà des pouvoirs discrétionnaires requis pour passer aux mesures d’application ou aux pénalités prévues par la *Loi sur l’aéronautique* » (lettre du 22 mai 2014 du commissaire Paulson au commissaire Dion).

[120] The Commissioner notes that TC had completed their assessment by November 2013 and, if subsection 23(1) had ever applied, the restriction was gone when the assessment by TC was finished. The Commissioner says at that time he was free to exercise his discretion under subsection 24(1) to continue his investigation.

[121] The Commissioner also argues that under paragraph 24(1)(a) he can exercise his discretion to cease an investigation where he is “of the opinion” that the subject-matter of the disclosure has been adequately dealt with “according to a procedure provided for under another Act of Parliament” and that by corollary he can refuse to cease to investigate if he is of the opinion that it has not been adequately dealt with by such other procedure.

[122] In his reply to Commissioner Paulson’s comments about subsection 24(1) the Commissioner decided that as the preliminary results show “wrongdoing may have occurred on repeated occasions at the OAS” and, if so, they represent “serious matters of public interest” he did not believe that was a valid reason to cease the investigation prior to its conclusion.

### B. *Analysis and Conclusion*

[123] The [Federal] Court of Appeal in *Agnaou* No. 2 confirms that the Commissioner “clearly has very broad discretion to decide not to deal with a disclosure or not to investigate under section 24 of the Act” (see paragraph 59).

[124] In *Detorakis v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 39, 358 F.T.R. 266 (*Detorakis*), at paragraph 106, Mr. Justice Russell finds the Commissioner’s discretionary power under subsection 24(1) is extremely wide:

...

- (i) The discretionary power under section 24(1) is extremely wide. Its apparent objective is to allow the PSIC to decide whether it is in the public interest to investigate a complaint or to determine, on the

[120] Le commissaire souligne que TC avait terminé son évaluation en novembre 2013 et que si le paragraphe 23(1) s’était déjà appliqué, la restriction a cessé d’exister au moment où l’évaluation menée par TC a été complétée. Le commissaire affirme qu’il était à ce moment-là libre d’exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 24(1) de poursuivre son enquête.

[121] Le commissaire fait également valoir que l’alinéa 24(1)a) lui confère le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à une enquête « s’il est d’avis » que l’objet de la divulgation a été instruit comme il se doit « dans le cadre d’une procédure prévue par toute autre loi fédérale » et que, en corollaire, il peut refuser de mettre fin à une enquête s’il estime que l’objet de la divulgation n’a pas été instruit comme il se doit dans le cadre de cette autre procédure.

[122] Dans sa réponse aux commentaires du commissaire Paulson sur le paragraphe 24(1), le commissaire a décidé que, puisque les résultats préliminaires démontrent que [TRADUCTION] « des actes répréhensibles pourraient avoir été commis à plusieurs reprises au SAO » et que, si c’est le cas, ces actes représentent [TRADUCTION] « une question grave d’intérêt public », il ne croyait pas qu’il existait un motif valide de mettre fin à l’enquête avant sa conclusion.

### B. *Analyse et conclusion*

[123] La Cour d’appel [fédérale], dans l’arrêt *Agnaou* n° 2, confirme qu’il « est évident que le commissaire a une discrétion très large pour décider de ne pas donner suite à une divulgation ou de ne pas faire enquête en vertu de l’article 24 de la Loi » (voir le paragraphe 59).

[124] Dans la décision *Detorakis c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 39 (*Detorakis*), au paragraphe 106, le juge Russell conclut que le pouvoir discrétionnaire du commissaire au titre du paragraphe 24(1) a une très large portée :

[...]

- (i) Le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 24(1) a une très large portée. Il semble qu’il vise à permettre au commissaire de décider s’il est dans l’intérêt du public de faire enquête sur la plainte ou



basis of the information provided by a complainant, whether the matter could be better dealt with under another Act. The PSIC's office must be taken to have some expertise in this matter.

[125] This finding in *Detorakis* has been noted with approval twice in the [Federal] Court of Appeal (in *Agnaou* No. 1 and also in *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 29 [cited above] (often referred to as *Agnaou* No. 2)) as well as in several subsequent decisions of this Court.

[126] I agree with the RCMP that subsection 24(1) provides the Commissioner with an after-the-fact review of the activity of another body. The question is when did “after the fact” arise?

[127] What is somewhat unclear on the facts is when TC ceased to deal with the matters they were considering under the Oversight Plan. There is every indication that TC considered their work completed in January 2014 when the Advisory Assessment was prepared and delivered. It contained the findings and recommendations. The Oversight Plan timeline was that the Final Report would be delivered in December/January. The conclusion in the last paragraph of the Advisory Assessment indicates TC viewed their work as done:

It is with sincere gratitude to the RCMP that Transport Canada was invited to assess the operations of the Air Services Branch. The ASB personnel are dedicated to doing their job in a very professional manner and there are high hopes for positive change. It is with confidence that this report is submitted as a further catalyst for improvement. Thank you for all your time and effort in accommodating the Transport Canada team.

[128] Given all this information it was reasonable for the Commissioner to determine that TC had completed its assessment either in December of 2013 or January of 2014 and he was free to decide whether it had been adequately done. He determined he would not cease his

de déterminer, sur la foi des renseignements fournis par le plaignant, si l'affaire pourrait avantageusement être instruite sous le régime d'une autre loi. Il y a lieu de présumer que le commissariat possède une certaine expertise en la matière.

[125] Cette conclusion dans la décision *Detorakis* a été soulignée avec approbation à deux reprises par la Cour d'appel [fédérale] (dans l'arrêt *Agnaou* n° 1 et dans l'arrêt *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 29 [précité] (souvent appelée l'arrêt *Agnaou* n° 2)) ainsi que dans plusieurs décisions subséquentes de la Cour.

[126] Je suis d'accord avec la GRC pour dire que le paragraphe 24(1) fournit au commissaire un examen *a posteriori* des activités d'une autre instance. Il reste à déterminer à quel moment correspond « *a posteriori* ».

[127] Les faits ne permettent pas d'établir clairement à quel moment TC a cessé de traiter des questions examinées en vertu de son plan de surveillance. Tout indique que TC a estimé son travail terminé en janvier 2014, au moment où l'évaluation de consultation a été préparée et présentée. Ce travail contenait les conclusions et les recommandations. L'échéancier du plan de surveillance prévoyait que le rapport final soit remis en décembre ou janvier. La conclusion du dernier paragraphe de l'évaluation de consultation indique que TC considérait son travail comme étant terminé :

[TRADUCTION] C'est avec une sincère gratitude envers la GRC que Transports Canada a été invité à évaluer les opérations de la Sous-direction des services de l'air. Le personnel de la SDSA est résolu à faire son travail d'une manière très professionnelle et nous avons bon espoir que les changements seront positifs. C'est avec confiance que ce rapport est présenté à titre de catalyseur de poursuite du changement. Nous vous remercions du temps et des efforts consentis pour accommoder l'équipe de Transports Canada.

[128] Compte tenu de tous ces renseignements, il était raisonnable pour le commissaire de conclure que TC avait terminé son évaluation en décembre 2013 ou en janvier 2014 et qu'il était libre de décider si le travail avait été fait de manière adéquate. Le commissaire a

investigation given the preliminary finding of wrongdoing involved public safety matters in aviation.

[129] Alternatively, it was entirely reasonable, given the expertise of the Commissioner as stated in *Detorakis* for him to determine that the public interest required conclusion of his investigation. Paragraph 24(1)(f) gives the Commissioner authority to exercise his discretion if “there is a valid reason for not dealing with the subject-matter of the disclosure or the investigation.” By adding this “catch-all” Parliament has provided the Commissioner with enormous latitude. His consideration that the public interest required a final determination of whether the RCMP had committed wrongdoings, given the nature of the allegations, was reasonable.

#### VII. Additional Analysis of Sections 23 and 24

[130] There is an important detail that was not directly addressed by the parties but is under the surface of their arguments. The Commissioner was dealing with the disclosure of wrongdoings against the OAS long before TC was invited by the RCMP to review the ASB operations. The disclosure was received in January 2013. TC was engaged by the RCMP in August 2013.

[131] On plain reading, subsection 23(1) is written in the present tense. At the time the Commissioner began to deal with the disclosure and for the following seven months, no one else was dealing with the subject-matter of the disclosure. In fact, until one year after he began dealing with the disclosure the Commissioner was unaware that TC was involved with the ASB. On that basis subsection 23(1) was properly engaged by the Commissioner from the outset.

[132] When TC was asked to review the ASB, nothing in section 23 prevented them from conducting their assessment. Section 23 only affects the Commissioner. To require the Commissioner to yield the ground to another federal administrative body in these circumstances, given the value the PSDPA places on denouncing

décidé de ne pas mettre un terme à son enquête compte tenu de la conclusion préliminaire d’acte répréhensible touchant des questions de sécurité publique en aviation.

[129] Sinon, il était entièrement raisonnable pour le commissaire, compte tenu de son expertise reconnue dans la décision *Detorakis*, de déterminer que l’intérêt public commandait de mener l’enquête jusqu’à sa conclusion. L’alinéa 24(1)f) permet au commissaire d’exercer son pouvoir discrétionnaire s’il estime « que cela est opportun pour tout autre motif justifié ». En ajoutant cette disposition « de portée générale », le législateur a conféré au commissaire une immense latitude. Sa considération selon laquelle l’intérêt public exigeait de déterminer si la GRC avait commis des actes répréhensibles, compte tenu de la nature des allégations, était raisonnable.

#### VII. Analyse supplémentaire des articles 23 et 24

[130] Il existe un détail important qui n’a pas été abordé directement par les parties, mais qui est sous-jacent à leurs arguments. Le commissaire avait été saisi de la divulgation d’actes répréhensibles à l’endroit du SAO longtemps avant que la GRC n’invite TC à examiner les opérations de la SDSA. La divulgation a été reçue en janvier 2013. La GRC a sollicité les services de TC en août 2013.

[131] Une lecture simple du paragraphe 23(1) montre qu’il est rédigé au présent. Au moment où le commissaire a entrepris d’instruire la divulgation et pendant les sept mois suivants, personne d’autre n’était saisi de l’objet de la divulgation. En fait, ce n’est qu’un an après avoir commencé à instruire la divulgation que le commissaire a su que TC était engagé auprès du SAO. Sur ce fondement, le paragraphe 23(1) était proprement utilisé par le commissaire dès le début.

[132] Lorsque TC a été invité à examiner les opérations du SAO, rien dans l’article 23 ne l’empêchait de mener son évaluation. L’article 23 ne concerne que le commissaire. Exiger du commissaire qu’il cède la place à une autre instance administrative fédérale dans de telles circonstances, compte tenu de l’importance

wrongdoings, requires very clear wording. The clear wording of when the Commissioner might decide to cease his investigation into the disclosure is found in paragraph 24(1)(a). Either another body has already adequately dealt with the subject-matter or, another body could more appropriately deal with the subject-matter.

[133] Section 23 has a relatively narrow application. It applies when the Commissioner receives a disclosure and there is already another body dealing with the subject-matter of the disclosure under an Act of Parliament. That is not this situation. But, if it had been then, as was argued here, I have found the determination of whether the Commissioner may not deal with the disclosure requires consideration of the nature of the “dealing with” in the context of the scheme and objects of the PSDPA.

[134] It was not until late November 2013 that the Commissioner’s investigators first learned of the involvement of TC. Contact was made with TC in early December 2013 but the investigators had no information about the role of TC until January 2014 when they received the Advisory Assessment. At that time, paragraph 24(1)(a) gave the Commissioner the discretion to cease his investigation if he was of the opinion that TC had adequately dealt with the subject-matter of the disclosure. Or, if the RCMP argument is accepted that TC was still dealing with the matter because of the CAPs, the Commissioner could have turned his mind to whether TC could more appropriately deal with the subject-matter according to a procedure under the *Aeronautics Act*.

[135] In this instance, subsection 24(1) addressed what the Commissioner was to do when another body began to deal with the subject-matter after he had already begun to deal with it under section 23. For the reasons already given it is my view that the Commissioner reasonably formed his opinion under section 24 once he had further information. He then provided sound reasons for refusing to cease to investigate the disclosure.

qu’accorde la LPFDAR à la dénonciation des actes répréhensibles, exige une formulation très claire. La formulation claire précisant dans quelles circonstances le commissaire pourrait décider de mettre fin à son enquête sur la divulgation se trouve à l’alinéa 24(1)a). Soit l’objet de la divulgation a été instruit comme il se doit par une autre instance, soit il pourrait l’être avantageusement par une autre instance.

[133] L’article 23 a une application relativement étroite. Il s’applique lorsque le commissaire reçoit une divulgation et qu’une autre instance instruit déjà l’objet de la divulgation en vertu d’une loi fédérale. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Mais si cela avait été le cas, comme on l’a fait valoir ici, j’estime que la question de savoir si le commissaire pouvait ne pas instruire la divulgation exige d’examiner la nature de l’expression « est saisi » dans le contexte de l’intention et des objets de la LPFDAR.

[134] Ce n’est qu’à la fin de novembre 2013 que les enquêteurs du commissaire ont pour la première fois été informés de l’engagement de TC. Des contacts ont été établis avec TC début décembre 2013, mais les enquêteurs n’ont eu aucune information sur le rôle de TC avant janvier 2014, lorsqu’ils ont reçu l’évaluation de consultation. À ce moment-là, l’alinéa 24(1)a) donnait au commissaire le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à son enquête s’il estimait que l’objet de la divulgation avait été instruit comme il se doit par TC. Or, si on retient l’argument de la GRC selon lequel TC continuait d’instruire l’objet du fait des PMC, le commissaire aurait pu se demander si TC pouvait plus avantageusement instruire l’objet de la divulgation dans le cadre d’une procédure prévue par la *Loi sur l’aéronautique*.

[135] Dans ce cas, le paragraphe 24(1) indique ce que doit faire le commissaire lorsqu’une autre instance commence à donner suite à l’objet après qu’il a lui-même entrepris de l’instruire au titre de l’article 23. Pour les motifs déjà donnés, je suis d’avis que le commissaire a raisonnablement établi son opinion en vertu de l’article 24 après avoir reçu un complément d’information. Il a ensuite fourni de bonnes raisons de refuser de mettre fin à l’enquête sur la divulgation.

VIII. Conclusion

[136] Given the nature of the TC Advisory Assessment as set out in these reasons, the Commissioner's determination under subsection 23(1) that TC was not acting under another Act of Parliament was reasonable and should not be set aside.

[137] In light of the facts of this case and the Commissioner's expertise, as well as the acknowledged broad discretion he possesses under section 24, the Commissioner's decision not to cease his investigation once he was apprised of the TC activities is unassailable.

[138] For the reasons set out above, this application is dismissed.

[139] The parties agreed there would be no order as to costs, regardless of outcome.

VIII. Conclusion

[136] Compte tenu de la nature de l'évaluation de consultation menée par TC, tel qu'elle est énoncée dans les présents motifs, la conclusion du commissaire en vertu du paragraphe 23(1) que TC n'agissait pas en vertu d'une autre loi fédérale était raisonnable et ne devrait pas être annulée.

[137] À la lumière des faits en l'espèce et de l'expertise du commissaire, ainsi que du vaste pouvoir discrétionnaire qui lui est accordé par l'article 24, la décision du commissaire de ne pas mettre fin à son enquête après avoir été informé des activités de TC est inattaquable.

[138] Pour les motifs établis ci-dessous, la demande est rejetée.

[139] Les parties ont convenu qu'il n'y aurait pas d'ordonnance de dépens, peu importe l'issue de la cause.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the application is dismissed.

ANNEX

*Public Servants Disclosure Protection Act*

**An Act to establish a procedure for the disclosure of wrongdoings in the public sector, including the protection of persons who disclose the wrongdoings**

...

**Preamble**

Recognizing that

the federal public administration is an important national institution and is part of the essential framework of Canadian parliamentary democracy;

JUGEMENT

LA COUR rejette la présente demande.

ANNEXE

*Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*

**Loi prévoyant un mécanisme de divulgation des actes répréhensibles et de protection des divulgateurs dans le secteur public**

[...]

**Préambule**

Attendu :

que l'administration publique fédérale est une institution nationale essentielle au fonctionnement de la démocratie parlementaire canadienne;

it is in the public interest to maintain and enhance public confidence in the integrity of public servants;

confidence in public institutions can be enhanced by establishing effective procedures for the disclosure of wrongdoings and for protecting public servants who disclose wrongdoings, and by establishing a code of conduct for the public sector;

public servants owe a duty of loyalty to their employer and enjoy the right to freedom of expression as guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that this Act strives to achieve an appropriate balance between those two important principles;

the Government of Canada commits to establishing a Charter of Values of Public Service setting out the values that should guide public servants in their work and professional conduct;

Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

...

#### Interpretation

##### Definitions

**2 (1)** The following definitions apply in this Act.

...

**investigation** means, for the purposes of sections 24, 25, 26 to 31, 33, 34, 36 and 37, an investigation into a disclosure and an investigation commenced under section 33.

...

#### Wrongdoings

##### Wrongdoings

**8** This Act applies in respect of the following wrongdoings in or relating to the public sector:

(a) a contravention of any Act of Parliament or of the legislature of a province, or of any regulations made under any such Act, other than a contravention of section 19 of this Act;

(b) a misuse of public funds or a public asset;

qu'il est dans l'intérêt public de maintenir et d'accroître la confiance du public dans l'intégrité des fonctionnaires;

que la confiance dans les institutions publiques ne peut que profiter de la création de mécanismes efficaces de divulgation des actes répréhensibles et de protection des fonctionnaires divulgateurs, et de l'adoption d'un code de conduite du secteur public;

que les fonctionnaires ont un devoir de loyauté envers leur employeur et bénéficient de la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la présente loi vise à atteindre l'équilibre entre ce devoir et cette liberté;

que le gouvernement du Canada s'engage à adopter une charte des valeurs du service public énonçant les valeurs qui guident les fonctionnaires dans leur conduite et leurs activités professionnelles;

Sa Majesté, sur l'avis et avec le consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, édicte :

[...]

#### Définitions

##### Définitions

**2 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

**enquête** Pour l'application des articles 24, 25, 26 à 31, 33, 34, 36 et 37, toute enquête menée sur une divulgation ou commencée au titre de l'article 33.

[...]

#### Actes répréhensibles

##### Actes répréhensibles

**8** La présente loi s'applique aux actes répréhensibles ci-après commis au sein du secteur public ou le concernant :

a) la contravention d'une loi fédérale ou provinciale ou d'un règlement pris sous leur régime, à l'exception de la contravention de l'article 19 de la présente loi;

b) l'usage abusif des fonds ou des biens publics;

(c) a gross mismanagement in the public sector;

(d) an act or omission that creates a substantial and specific danger to the life, health or safety of persons, or to the environment, other than a danger that is inherent in the performance of the duties or functions of a public servant;

(e) a serious breach of a code of conduct established under section 5 or 6; and

(f) knowingly directing or counselling a person to commit a wrongdoing set out in any of paragraphs (a) to (e).

...

#### Duties of the Commissioner

##### Duties

**22** The duties of the Commissioner under this Act are to

(a) provide information and advice regarding the making of disclosures under this Act and the conduct of investigations by the Commissioner;

(b) receive, record and review disclosures of wrongdoings in order to establish whether there are sufficient grounds for further action;

(c) conduct investigations of disclosures made in accordance with section 13, and investigations referred to in section 33, including to appoint persons to conduct the investigations on his or her behalf;

(d) ensure that the right to procedural fairness and natural justice of all persons involved in investigations is respected, including persons making disclosures, witnesses and persons alleged to be responsible for wrongdoings;

(e) subject to any other Act of Parliament, protect, to the extent possible in accordance with the law, the identity of persons involved in the disclosure process, including that of persons making disclosures, witnesses and persons alleged to be responsible for wrongdoings;

(f) establish procedures for processing disclosures and ensure the confidentiality of information collected in relation to disclosures and investigations;

c) les cas graves de mauvaise gestion dans le secteur public;

d) le fait de causer — par action ou omission — un risque grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaines ou pour l'environnement, à l'exception du risque inhérent à l'exercice des attributions d'un fonctionnaire;

e) la contravention grave d'un code de conduite établi en vertu des articles 5 ou 6;

f) le fait de sciemment ordonner ou conseiller à une personne de commettre l'un des actes répréhensibles visés aux alinéas a) à e).

[...]

#### Attributions du commissaire

##### Attributions

**22** Le commissaire exerce aux termes de la présente loi les attributions suivantes :

a) fournir des renseignements et des conseils relatifs aux divulgations faites en vertu de la présente loi et à la tenue des enquêtes menées par lui;

b) recevoir, consigner et examiner les divulgations afin d'établir s'il existe des motifs suffisants pour y donner suite;

c) mener les enquêtes sur les divulgations visées à l'article 13 ou les enquêtes visées à l'article 33, notamment nommer des personnes pour les mener en son nom;

d) veiller à ce que les droits, en matière d'équité procédurale et de justice naturelle, des personnes mises en cause par une enquête soient protégés, notamment ceux du divulgateur, des témoins et de l'auteur présumé de l'acte répréhensible;

e) sous réserve de toute autre loi fédérale applicable, veiller, dans toute la mesure du possible et en conformité avec les règles de droit en vigueur, à ce que l'identité des personnes mises en cause par une divulgation ou une enquête soit protégée, notamment celle du divulgateur, des témoins et de l'auteur présumé de l'acte répréhensible;

f) établir des procédures à suivre pour le traitement des divulgations et assurer la confidentialité des renseignements recueillis relativement aux divulgations et aux enquêtes;

(g) review the results of investigations into disclosures and those commenced under section 33 and report his or her findings to the persons who made the disclosures and to the appropriate chief executives;

(h) make recommendations to chief executives concerning the measures to be taken to correct wrongdoings and review reports on measures taken by chief executives in response to those recommendations; and

(i) receive, review, investigate and otherwise deal with complaints made in respect of reprisals.

#### Restriction — general

**23 (1)** The Commissioner may not deal with a disclosure under this Act or commence an investigation under section 33 if a person or body acting under another Act of Parliament is dealing with the subject-matter of the disclosure or the investigation other than as a law enforcement authority.

...

#### Right to refuse

**24 (1)** The Commissioner may refuse to deal with a disclosure or to commence an investigation — and he or she may cease an investigation — if he or she is of the opinion that

(a) the subject-matter of the disclosure or the investigation has been adequately dealt with, or could more appropriately be dealt with, according to a procedure provided for under another Act of Parliament;

(b) the subject-matter of the disclosure or the investigation is not sufficiently important;

(c) the disclosure was not made in good faith or the information that led to the investigation under section 33 was not provided in good faith;

(d) the length of time that has elapsed since the date when the subject-matter of the disclosure or the investigation arose is such that dealing with it would serve no useful purpose;

(e) the subject-matter of the disclosure or the investigation relates to a matter that results from a balanced and informed decision-making process on a public policy issue; or

(f) there is a valid reason for not dealing with the subject-matter of the disclosure or the investigation.

(g) examiner les résultats des enquêtes menées sur une divulgation ou commencées au titre de l'article 33 et faire rapport de ses conclusions aux divulgateurs et aux administrateurs généraux concernés;

(h) présenter aux administrateurs généraux concernés des recommandations portant sur les mesures correctives à prendre et examiner les rapports faisant état des mesures correctives prises par les administrateurs généraux à la suite des recommandations;

(i) recevoir et examiner les plaintes à l'égard des représailles, enquêter sur celles-ci et y donner suite.

#### Interdictions d'intervenir

**23 (1)** Le commissaire ne peut donner suite à une divulgation faite en vertu de la présente loi ou enquêter au titre de l'article 33 si une personne ou un organisme — exception faite d'un organisme chargé de l'application de la loi — est saisi de l'objet de celle-ci au titre d'une autre loi fédérale.

[...]

#### Refus d'intervenir

**24 (1)** Le commissaire peut refuser de donner suite à une divulgation ou de commencer une enquête ou de la poursuivre, s'il estime, selon le cas :

a) que l'objet de la divulgation ou de l'enquête a été instruit comme il se doit dans le cadre de la procédure prévue par toute autre loi fédérale ou pourrait l'être avantageusement selon celle-ci;

b) que l'objet de la divulgation ou de l'enquête n'est pas suffisamment important;

c) que la divulgation ou la communication des renseignements visée à l'article 33 n'est pas faite de bonne foi;

d) que cela serait inutile en raison de la période écoulée depuis le moment où les actes visés par la divulgation ou l'enquête ont été commis;

e) que les faits visés par la divulgation ou l'enquête résultent de la mise en application d'un processus décisionnel équilibré et informé;

f) que cela est opportun pour tout autre motif justifié.



...

[...]

### Notice of refusal

(3) If the Commissioner refuses to deal with a disclosure or to commence an investigation, he or she must inform the person who made the disclosure, or who provided the information referred to in section 33, as the case may be, and give reasons why he or she did so.

### Avis

(3) En cas de refus de donner suite à une divulgation ou de commencer une enquête, le commissaire en donne un avis motivé au divulgateur ou à la personne qui lui a communiqué les renseignements visés à l'article 33.

...

[...]

### Investigations

### Enquêtes

#### Purpose of investigations

#### Objet des enquêtes

26 (1) Investigations into disclosures and investigations commenced under section 33 are for the purpose of bringing the existence of wrongdoings to the attention of chief executives and making recommendations concerning corrective measures to be taken by them.

26 (1) Les enquêtes menées sur une divulgation ou commencées au titre de l'article 33 ont pour objet de porter l'existence d'actes répréhensibles à l'attention des administrateurs généraux et de leur recommander des mesures correctives.

...

[...]

#### Power to investigate other wrongdoings

#### Enquête sur un autre acte répréhensible

33 (1) If, during the course of an investigation or as a result of any information provided to the Commissioner by a person who is not a public servant, the Commissioner has reason to believe that another wrongdoing, or a wrongdoing, as the case may be, has been committed, he or she may, subject to sections 23 and 24, commence an investigation into the wrongdoing if he or she believes on reasonable grounds that the public interest requires an investigation. The provisions of this Act applicable to investigations commenced as the result of a disclosure apply to investigations commenced under this section.

33 (1) Si, dans le cadre d'une enquête ou après avoir pris connaissance de renseignements lui ayant été communiqués par une personne autre qu'un fonctionnaire, le commissaire a des motifs de croire qu'un acte répréhensible — ou, dans le cas d'une enquête déjà en cours, un autre acte répréhensible — a été commis, il peut, s'il est d'avis sur le fondement de motifs raisonnables, que l'intérêt public le commande, faire enquête sur celui-ci, sous réserve des articles 23 et 24; les dispositions de la présente loi applicables aux enquêtes qui font suite à une divulgation s'appliquent aux enquêtes menées en vertu du présent article.

...

[...]

### Reports

### Rapports

...

[...]

#### Annual report

#### Rapport annuel

38 (1) Within three months after the end of each financial year, the Commissioner must prepare an annual report in respect of the activities of the Commissioner during that financial year.

38 (1) Dans les trois mois suivant la fin de chaque exercice, le commissaire prépare un rapport annuel de ses activités pendant l'exercice.

...

[...]

**Case Report**

**(3.1)** If the Commissioner makes a report to a chief executive in respect of an investigation into a disclosure or an investigation commenced under section 33 and there is a finding of wrongdoing in the report, the Commissioner must, within 60 days after making the report, prepare a case report setting out

- (a) the finding of wrongdoing;

...

**Tabling of report**

**(3.3)** Within the period referred to in subsection (1) for the annual report and the period referred to in subsection (3.1) for a case report, and at any time for a special report, the Commissioner shall submit the report to the Speaker of the Senate and the Speaker of the House of Commons, who shall each table the report in the House over which he or she presides forthwith after receiving it or, if that House is not then sitting, on any of the first fifteen days on which that House is sitting after the Speaker receives it.

*Federal Courts Act***An Act respecting the Federal Court of Appeal and the Federal Court**

...

## Jurisdiction of Federal Court

...

**Extraordinary remedies, federal tribunals**

**18 (1)** Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

- (a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

- (b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

**Rapport sur le cas**

**(3.1)** S'il a fait un rapport à un administrateur général à l'égard d'une enquête menée sur une divulgation ou commencée au titre de l'article 33 où il conclut qu'un acte répréhensible a été commis, le commissaire prépare, dans les soixante jours, un rapport sur le cas faisant état :

- a) de sa conclusion;

[...]

**Dépôt du rapport**

**(3.3)** Le commissaire présente, dans le délai prévu au paragraphe (1) ou (3.1) dans le cas du rapport qui y est visé ou à toute époque de l'année dans le cas d'un rapport spécial, son rapport au président de chaque chambre, qui le dépose immédiatement devant la chambre qu'il préside ou, si elle ne siège pas, dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant la réception du rapport.

*Loi sur les Cours fédérales***Loi concernant la Cour d'appel fédérale et la Cour fédérale**

[...]

## Compétence de la Cour fédérale

[...]

**Recours extraordinaires : offices fédéraux**

**18 (1)** Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

- a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

- b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

### **Extraordinary remedies, members of Canadian Forces**

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

### **Remedies to be obtained on application**

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

### **Application for judicial review**

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

### **Time limitation**

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

### **Powers of Federal Court**

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

### **Grounds of review**

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

### **Recours extraordinaires : Forces canadiennes**

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

### **Exercice des recours**

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

### **Demande de contrôle judiciaire**

**18.1 (1)** Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

### **Délai de présentation**

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

### **Pouvoirs de la Cour fédérale**

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

### **Motifs**

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

**(a)** acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

**(b)** failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

**(c)** erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

**(d)** based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

**(e)** acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

**(f)** acted in any other way that was contrary to law.

#### **Defect in form or technical irregularity**

**(5)** If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

**(a)** refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and

**(b)** in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

**a)** a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

**b)** n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

**c)** a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

**d)** a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

**e)** a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

**f)** a agi de toute autre façon contraire à la loi.

#### **Vice de forme**

**(5)** La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

A-221-15  
2016 FCA 200

A-221-15  
2016 CAF 200

**Canadian Human Rights Commission** (*Appellant*)

**Commission canadienne des droits de la personne**  
(*appelante*)

v.

c.

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

**Procureur général du Canada** (*intimé*)

**INDEXED AS: CANADA (CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Pelletier, de Montigny and Gleason J.J.A.—Vancouver, January 27; Ottawa, July 21, 2016.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, de Montigny et Gleason, J.C.A.—Vancouver, 27 janvier; Ottawa, 21 juillet 2016.

*Aboriginal Peoples — Registration — Appeal from Federal Court decision dismissing Canadian Human Rights Commission’s applications for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decisions dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in Indian Act (Act) precluding registration of their children as “Indians” under the Act violating their human rights because impugned provisions constituting prohibited discrimination — Act setting out criteria as to whether individual an “Indian” under the Act — Prior to 1985, various provisions in Act providing for “enfranchisement”, effectively stripping individuals, descendants thereof of right to Indian status under Act — Those provisions repealed in 1985 — Amendments (i.e. Act, ss. 6(1),(2) introducing “second generation cut-off rule” whereby, inter alia, individuals born of only one parent with Indian status considered second generation, granted status under s. 6(2), people born of two parents with Indian status considered first generation, granted status under s. 6(1) — Complainants registered under s. 6(2) — Complainants’ children not eligible for registration — Tribunal deciding that complaints not alleging discriminatory practice under Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 5 — Finding, inter alia, that complaints directly challenging provisions of Act; still bound by decision in Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency) (Murphy) wherein Federal Court of Appeal finding adoption of legislation not falling under CHRA, s. 5 — Whether Murphy wrongly decided or no longer good law — Tribunal’s decisions reasonable — No basis upon which to declare Murphy no longer good law — Tribunal’s interpretation of s. 5, i.e. that adoption of legislation not giving rise to service customarily available to general public, reasonable — Such service requiring that something of benefit be available, held out or offered to public — Legislator not “holding out” or “offering” something of*

*Peuples autochtones — Inscription — Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l’encontre de décisions par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la Loi sur les Indiens (la Loi) interdisant l’inscription de leurs enfants à titre d’« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne parce que les dispositions contestées constituent de la discrimination interdite — La Loi établit les critères permettant de déterminer si une personne est un « Indien » au sens de la Loi — Avant 1985, différentes dispositions de la Loi permettaient l’« émancipation », qui avait pour effet de retirer à certaines personnes et à leurs descendants le droit au statut d’Indien au sens de la Loi — Ces dispositions ont été abrogées en 1985 — Des modifications (c.-à-d. art. 6(1) et (2)) ont introduit la « règle de l’exclusion après la deuxième génération » selon laquelle, entre autres, les personnes dont un parent a le statut d’Indien sont considérées comme étant de la deuxième génération et acquièrent le statut en vertu de l’art. 6(2), et les personnes dont les deux parents ont le statut d’Indien sont considérées comme étant de la première génération et acquièrent le statut en vertu de l’art. 6(1) — Les plaignants étaient inscrits en vertu de l’art. 6(2) — Les enfants des plaignants n’étaient pas admissibles à l’inscription — Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Le Tribunal a conclu, entre autres, que les plaintes visaient directement à contester les dispositions de la Loi et qu’il était toujours lié par la décision rendue dans l’arrêt Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu) (Murphy), où la Cour d’appel fédérale a conclu que l’adoption d’une loi ne relève pas de l’art. 5 de la*

*benefit when adopting legislation — Tribunal reasonably concluding binding precedent, i.e. Murphy, supporting its result — Tribunal not empowered to issue declaration of invalidity or to read in additional language into Act to broaden those entitled to Indian status — Not violating CHRA, s. 2 in declining to rule on direct challenges to federal legislation — Tribunal not alternate forum to courts for adjudicating alleged discriminatory nature of legislation — Appeal dismissed.*

*Human Rights — Standard of review — Federal Court dismissing applications by Canadian Human Rights Commission for judicial review of Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal) decisions dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in Indian Act (Act) precluding registration of their children as “Indians” under the Act violating their human rights — Tribunal deciding that complaints not alleging discriminatory practice under Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 5 — Issue standard of review applicable to Tribunal’s decisions — Tribunal’s interpretation of CHRA, s. 5, determination that adoption of legislation is not a service customarily available to general public reviewable on reasonableness standard — Reasonableness standard presumptively applying to decisions of administrative tribunals interpreting constituent statutes under post-Dunsmuir v. New Brunswick case law — This presumption inapplicable under certain conditions — Difficult to draw line as to when reasonableness, correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting scope of protections afforded in their constituent legislation — Survey of case law revealing lack of guidance on when to afford deference to decisions of human rights tribunals interpreting provisions in human rights legislation — Matter herein decided on narrower basis by applying general principles emerging from Supreme Court’s case law — Fact discrimination protection of broad general importance to legal system not enough to merit correctness review — Justification for correctness review having to be found on other basis, such as overlap of jurisdiction — No overlap in present case — Only Tribunal may decide what constitutes service customarily available to general public within meaning of s. 5 — Presumptive application of reasonableness standard of review not rebutted herein.*

*LCDP — Il s’agissait de déterminer si la décision rendue dans Murphy est erronée ou ne fait plus jurisprudence — Les décisions du Tribunal sont raisonnables — Il n’y a aucun motif pour déclarer que l’affaire Murphy ne fait plus autorité — L’interprétation par le Tribunal de l’art. 5 de la LCDP selon laquelle l’adoption de lois ne donne pas naissance à un service destiné au public est également raisonnable — Un tel service exige qu’il y ait un avantage et que cet avantage soit offert au public — Le Tribunal a raisonnablement conclu que le précédent qui le lie (Murphy) appuyait le résultat auquel il est parvenu — Le Tribunal n’est pas habilité à rendre une déclaration d’invalidité ou à interpréter la Loi sur les Indiens de manière à élargir le type de personnes qui peuvent réclamer le statut d’Indien — Le fait que le Tribunal refuse d’accepter qu’il a le droit d’instruire des contestations directes d’une loi fédérale ne constitue pas une atteinte à l’art. 2 de la LCDP — Le Tribunal n’est pas un for subsidiaire à la juridiction judiciaire habilité à entendre des questions se rapportant à la nature prétendument discriminatoire d’une loi — Appel rejeté.*

*Droits de la personne — Norme de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l’encontre de décisions par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la Loi sur les Indiens (la Loi) interdisant l’inscription de leurs enfants à titre d’« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne — Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) — Il s’agissait de déterminer quelle norme de contrôle est applicable aux décisions du Tribunal — L’interprétation faite par le Tribunal de l’art. 5 de la LCDP et sa décision selon laquelle l’adoption d’une loi n’est pas un service destiné au public sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable — Selon la jurisprudence suivant l’arrêt Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, la norme de la décision raisonnable est présumée s’appliquer aux décisions de tous les tribunaux administratifs qui interprètent leurs lois constitutives — Cette présomption est toutefois inapplicable dans certaines conditions — Il est difficile de tracer une ligne quant au moment où la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte s’appliquera aux décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent la portée des garanties prévues dans leurs lois constitutives — Un survol de la jurisprudence a révélé qu’il y a un manque de directives quant au moment où les décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent des dispositions relatives aux droits de la personne bénéficieraient d’une déférence — La question en l’espèce pouvait être tranchée de manière plus restreinte en application des principes généraux qui découlent de la jurisprudence de la Cour*



This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the Canadian Human Rights Commission's applications for judicial review of two decisions by the Canadian Human Rights Tribunal dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in the *Indian Act* (Act) that preclude the registration of their children as "Indians" under the Act violate their human rights because the impugned provisions constitute prohibited discrimination on the basis of race, national or ethnic origin, sex or family status.

The Act sets out the criteria for determining whether an individual is an "Indian" under the Act. Prior to 1985, various provisions in the Act allowed for "enfranchisement", whereby individuals who had been granted Indian status through registration under the Act could be "enfranchised" from registration. The effect of enfranchisement was to strip individuals and their descendants of the right to Indian status under the Act. The Act also enshrined a patrilineal concept of descent. In 1985, Parliament repealed the enfranchisement provisions. Amendments introduced the "second generation cut-off rule" in subsections 6(1) and 6(2) of the Act. Individuals born of only one parent with Indian status are considered to be second generation and are granted status under subsection 6(2). If they have children with a person without status, they cannot transmit Indian status to their children. Conversely, people born of two parents with Indian status are considered to be first generation and are granted status under subsection 6(1). They can transmit Indian status to their children, irrespective of whether the other parent possesses Indian status. The interplay of the 1985 amendments to the *Indian Act* repealing enfranchisement with those creating the second generation cut-off rule resulted in differential treatment depending on whether one's enfranchised forbearer was a man or a woman. The British Columbia Court of Appeal found this differential treatment to be discriminatory. As a result, Parliament added paragraph 6(1)(c.1) to the Act. It provides an entitlement to registration under subsection 6(2) for individuals whose grandmothers lost their status by marrying non-Indians before April 17, 1985.

*suprême — Le fait que la protection contre la discrimination soit d'une grande importance pour le système juridique ne suffit pas à justifier un contrôle selon la norme de la décision correcte — La justification d'un contrôle selon la norme de la décision correcte doit s'appuyer sur un autre fondement, notamment sur un chevauchement de compétence — Il n'y avait pas de chevauchement en l'espèce — La question de savoir ce qui constitue un service destiné au public au sens de l'art. 5 de la LCDP ne peut être tranchée que par le Tribunal — L'application présumée de la norme de contrôle de la décision raisonnable n'a pas été réfutée en l'espèce.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l'encontre de deux décisions par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* (la Loi) interdisant l'inscription de leurs enfants à titre d'« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne parce que les dispositions contestées constituent de la discrimination interdite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille.

La Loi établit les critères permettant de déterminer si une personne est un « Indien » au sens de la Loi. Avant 1985, différentes dispositions de la Loi permettaient l'« émancipation », par laquelle les personnes qui s'étaient vu accorder le statut d'Indien par inscription au titre de la Loi pouvaient être « affranchies » de cette inscription. L'émancipation avait pour effet de retirer à ces personnes et à leurs descendants le droit au statut d'Indien au sens de la Loi. La Loi consacrait également une conception patrilinéaire d'ascendance. En 1985, le législateur a abrogé les dispositions relatives à l'émancipation. Les modifications ont introduit la « règle de l'exclusion après la deuxième génération » aux paragraphes 6(1) et 6(2) de la Loi. Les personnes dont un parent a le statut d'Indien sont considérées comme étant de la deuxième génération et acquièrent le statut en vertu du paragraphe 6(2). Si elles ont des enfants avec une personne sans statut d'Indien, elles ne peuvent pas transmettre le statut à leurs enfants. À l'inverse, les personnes dont les deux parents ont le statut d'Indien sont considérées comme étant de la première génération et acquièrent le statut en vertu du paragraphe 6(1). Elles peuvent transmettre le statut d'Indien à leurs enfants, peu importe que l'autre parent ait le statut ou pas. L'interaction entre les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1985 pour abroger l'émancipation et celles créant la règle de l'exclusion après la deuxième génération a entraîné un traitement différent selon que le parent émancipé était un homme ou une femme. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que ce traitement différent est discriminatoire. Par conséquent, le législateur a ajouté

There were two complainants in the present instance. In the Andrews complaints, the complainant was not entitled to be registered as a status Indian at birth because his father had been granted enfranchisement. As a result of the 1985 amendments, the complainant became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act* as he was the child of a parent eligible under subsection 6(1) and a non-Indian parent. He was not eligible for registration under subsection 6(1). The complainant's sister, who was born before their father was enfranchised, was named in the enfranchisement order and therefore was entitled to registration under paragraph 6(1)(d) of the Act. The complainant's child could not be registered as a status Indian but his nieces and nephews could be registered. The complainant alleged that this differential treatment between himself and his half-sister and between their offspring under the provisions in the *Indian Act* constitutes prohibited discrimination on the grounds of race, national or ethnic origin and family status. In the Matson complaints, the complainants' grandmother lost her Indian status when she married a non-Indian before 1985 and regained that status under paragraph 6(1)(c) of the Act following the 1985 amendments. The complainants' father became eligible for registration under subsection 6(2). He married a woman without Indian status and the complainants were ineligible for status at the time of their birth. As a result, the complainants' children, conceived with non-status individuals, were also ineligible for registration. The complainants alleged that they would have been entitled to registration under subsection 6(1) had their indigenous heritage been transmitted through their grandfather and that their children would have been eligible for registration under subsection 6(2). The complainants were granted registration under subsection 6(2). However, the Office of the Indian Registrar determined that their children are not eligible for registration under any of the provisions of section 6 because the complainants are married to individuals who are not eligible for Indian status and are themselves registered under subsection 6(2).

The Tribunal decided that the complaints did not allege a discriminatory practice under section 5 of the *Canadian Human Rights Act* (CHRA) and dismissed the complaints. Section 5 pertains to discrimination in the provision of services customarily available to the general public. The Tribunal found, *inter alia*, that the complaints sought to directly challenge provisions of the Act; and that it was still bound by the decision in *Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency)* (*Murphy*), wherein the Federal Court of Appeal held that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public within the

l'alinéa 6(1)c.1) à la Loi. Il ouvre droit à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2) aux personnes dont les grands-mères ont perdu leur statut en mariant des non-Indiens avant le 17 avril 1985.

La présente instance vise deux plaintes. Dans les plaintes Andrews, le plaignant n'avait pas pu, à sa naissance, être inscrit au registre des Indiens parce que son père avait obtenu son émancipation. À la suite des modifications de 1985, le plaignant est devenu admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2), car il est l'enfant d'un parent admissible en vertu du paragraphe 6(1) et d'un parent non Indien. Il n'était pas admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(1). La sœur du plaignant, qui est née avant que leur père soit émancipé, a été inscrite sur l'ordonnance d'émancipation et avait donc droit à l'inscription en vertu de l'alinéa 6(1)d) de la Loi. L'enfant du plaignant ne pouvait pas être inscrit à titre d'Indien, mais ses nièces et neveux pouvaient l'être. Le plaignant a allégué que ce traitement différent entre lui-même et sa demi-sœur et entre leurs enfants conformément aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* constitue de la discrimination interdite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la situation de famille. Dans les plaintes Matson, la grand-mère des plaignants avait perdu son statut d'Indien lorsqu'elle s'était mariée à un non-Indien avant 1985, puis a regagné son statut en vertu de l'alinéa 6(1)c) de la Loi après les modifications de 1985. Le père des plaignants est devenu admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2). Il a marié une femme ne possédant pas le statut d'Indien, et les plaignants étaient ainsi inadmissibles au statut au moment de leur naissance. Par conséquent, les enfants des plaignants, conçus avec des non-Indiens, étaient eux aussi inadmissibles à l'inscription. Les plaignants ont allégué qu'ils auraient eu droit à l'inscription en vertu du paragraphe 6(1) si leur patrimoine indien avait été transmis par leur grand-père et que leurs enfants auraient été admissibles à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2). Les plaignants ont eu droit à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2). Cependant, le Bureau du registraire des Indiens a conclu que leurs enfants n'étaient pas admissibles à l'inscription en vertu des dispositions de l'article 6 parce que les plaignants étaient mariés à des personnes non admissibles au statut d'Indien et qu'ils étaient eux-mêmes inscrits en vertu du paragraphe 6(2).

Le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire en vertu de l'article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LCDP) et a rejeté les plaintes. L'article 5 porte sur la discrimination dans le cadre de la prestation de services destinés au public. Le Tribunal a conclu, entre autres, que les plaintes visaient directement les dispositions de la Loi et qu'il était toujours lié par la décision rendue dans l'arrêt *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)* (*Murphy*), où la Cour d'appel fédérale a conclu que l'adoption d'une loi n'est pas un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP. La Cour

meaning of section 5 of the CHRA. The Federal Court held that the reasonableness standard applied to the review of the Tribunal's decisions and concluded that the decisions were reasonable, principally because they followed *Murphy*.

At issue was which standard of review is applicable to the Tribunal's decisions and whether the decision in *Murphy* should be found to have been wrongly decided or to no longer be good law.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The interpretation given by the Tribunal to section 5 of the CHRA and, more specifically, to its determination that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public was reviewable on the reasonableness standard. Likewise, its application of that interpretation to the facts of the *Matson* and *Andrews* complaints was reviewable on the reasonableness standard as a matter of mixed fact and law.

Under *Dunsmuir v. New Brunswick* and the administrative law cases subsequently decided by the Supreme Court, the reasonableness standard presumptively applies to decisions of all administrative tribunals interpreting their constituent statutes or statutes closely related to their functions. This presumption is inapplicable if the issue under review involves a constitutional question, a question of general importance to the legal system that is outside the decision maker's specialized expertise, the determination of the respective jurisdiction of two or more administrative decision makers or a question of *vires*. In addition, the presumption may be rebutted by looking at other contextual factors such as the purpose and expertise of the tribunal, and the nature of the question at issue. It is difficult to draw a line as to when the reasonableness or the correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting the scope of the protections afforded in their constituent legislation. A survey of the case law from across Canada demonstrated that there is a lack of guidance on when decisions of human rights tribunals interpreting provisions in human rights legislation will be afforded deference. Fortunately, the present matter could be decided on a narrower basis in application of the following general principles that emerge from the Supreme Court's case law: the pre-*Dunsmuir* case law does not satisfactorily settle the standard of review applicable to Tribunal decisions interpreting the CHRA; the interpretation of human rights legislation does not involve a constitutional question, within the meaning of the Supreme Court's administrative law jurisprudence, which leaves the courts as final arbiter of constitutional issues due to the role assigned to them under the constitution to enforce the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) and the *Constitution Act, 1867*; and the presumptive application of the reasonableness standard is

fédérale a jugé que la norme de la décision raisonnable s'applique à l'examen des décisions du Tribunal et a conclu que les décisions sont raisonnables, principalement parce qu'elles suivent la décision *Murphy*.

Il s'agissait de déterminer quelle norme de contrôle est applicable aux décisions du Tribunal et s'il y avait lieu de conclure que la décision rendue dans *Murphy* est erronée ou ne fait plus jurisprudence.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

L'interprétation faite par le Tribunal de l'article 5 de la LCDP et, plus particulièrement, sa décision selon laquelle l'adoption d'une loi n'est pas un service destiné au grand public sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. De même, l'application qu'il a faite de cette interprétation aux faits énoncés dans les plaintes *Matson* et *Andrews* est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable parce qu'il s'agit d'une question mixte de fait et de droit.

Selon l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick* et les affaires de droit administratif que la Cour suprême a par la suite instruites, la norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer aux décisions de tous les tribunaux administratifs qui interprètent leurs lois constitutives ou des lois étroitement rattachées à leurs fonctions. Cette présomption est inapplicable si la question faisant l'objet d'un contrôle fait intervenir une question de nature général pour le système juridique qui n'est pas du ressort d'un décideur spécialisé, la détermination des compétences respectives d'au moins deux décideurs administratifs ou une question de compétence. En outre, la présomption peut être combattue en examinant les facteurs extrinsèques comme la mission et l'expertise du tribunal, et la nature de la question en litige. Il est difficile de tracer une ligne quant au moment où la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte s'appliquera aux décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent la portée des garanties prévues dans leurs lois constitutives. Un survol de la jurisprudence du Canada a révélé qu'il y a un manque de directives quant au moment où les décisions des tribunaux des droits de la personne qui interprètent des dispositions relatives aux droits de la personne bénéficieront d'une déférence. Heureusement, la question en l'espèce pouvait être tranchée de manière plus restreinte en application des principes généraux suivants qui découlent de la jurisprudence de la Cour suprême : la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* ne règle pas de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable aux décisions d'un tribunal interprétant la LCDP; l'interprétation de la législation en matière de droits de la personne ne soulève pas une question constitutionnelle au sens de la jurisprudence de la Cour suprême portant sur le droit administratif, ce qui fait des cours de justice les arbitres finaux des questions constitutionnelles en raison du rôle

not rebutted by the mere fact that human rights tribunals are called upon to decide important issues of broad import that possess quasi-constitutional dimensions. The fact that discrimination protection is of broad general importance to the legal system is not enough to merit correctness review. If the correctness standard applies, justification must be found on some other basis. An alternate justification may arise through application of the contextual factors and, more specifically, through the fact that in many instances issues decided by certain human rights tribunals may also arise before the courts or labour arbitrators. Several tribunals may be called upon to interpret concepts such as what constitutes discrimination, and the bounds of the *bona fide* justification defence. This overlap might provide a sound basis for selection of the correctness standard of review under general principles that flow from the Supreme Court's jurisprudence. There was no such overlap in the present case. The issue of what constitutes a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA can only ever be decided by the Tribunal. The presumptive application of the reasonableness standard of review was not rebutted herein.

The Tribunal's decisions in *Matson* and *Andrews* were reasonable and there was no basis upon which to declare that *Murphy* is no longer good law. The Tribunal thoroughly canvassed the evidence, the parties' arguments and the applicable case law. It reasonably and correctly characterized the nature of the complaints. The Tribunal's interpretation of section 5 of the CHRA to the effect that the adoption of legislation does not give rise to a service customarily available to the general public was likewise reasonable. Such a service requires that something of benefit must be available and the benefit must be held out or offered to the public or a segment of the public. There is a reasonable basis to conclude that in passing legislation, a legislator is not "holding out" or "offering" something of benefit to the public or to those who might benefit from the legislation. The Tribunal reasonably concluded that the binding precedent supported the result it reached, as *Murphy* decides that one may not challenge legislation as being discriminatory under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public. The Tribunal's interpretation was not at odds with the case law from the Supreme Court or other jurisdictions that recognize that a human rights tribunal may declare inoperative a piece of legislation that conflicts with the human rights legislation due to the primacy of the latter. The scope of the Tribunal's jurisdiction must not be conflated

qui leur est attribué par la Constitution de faire exécuter la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) et la *Loi constitutionnelle de 1867*; et l'application présumée de la norme de la décision raisonnable n'est pas invalidée par le seul fait que les tribunaux des droits de la personne sont appelés à trancher des questions importantes de portée générale et de nature quasi constitutionnelles. Le fait que la protection contre la discrimination soit d'une grande importance pour le système juridique ne suffit pas à justifier un contrôle selon la norme de la décision correcte. Si la norme de la décision correcte s'applique, la justification doit s'appuyer sur un autre fondement. Une autre justification pourrait être avancée par l'application de facteurs extrinsèques et, plus particulièrement, par le fait que dans de nombreux cas, les questions tranchées par certains tribunaux des droits de la personne peuvent aussi être soulevées devant les cours de justice ou les arbitres du travail. Plusieurs tribunaux pourraient être appelés à interpréter des concepts, notamment à déterminer ce qui constitue de la discrimination et la portée d'un moyen de défense fondé sur un motif justifiable. Ce chevauchement pourrait fournir une base solide pour la sélection de la norme de contrôle de la décision correcte conformément aux principes généraux qui découlent de la jurisprudence de la Cour suprême. Il n'y avait pas de tel chevauchement en l'espèce. La question de savoir ce qui constitue un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP ne peut être tranchée que par le Tribunal. L'application présumée de la norme de contrôle de la décision raisonnable n'a pas été réfutée en l'espèce.

Les décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Matson* et *Andrews* étaient raisonnables et il n'y avait aucun motif pour déclarer que l'affaire *Murphy* ne fait plus autorité. Le Tribunal a examiné attentivement la preuve, les arguments des parties et la jurisprudence applicable. Il a raisonnablement et correctement caractérisé la nature des plaintes. L'interprétation par le Tribunal de l'article 5 de la LCDP selon laquelle l'adoption de lois ne donne pas naissance à un service destiné au public est également raisonnable. Un tel service exige qu'il y ait un avantage et que cet avantage soit offert au public ou à une partie du public. Il y a des motifs raisonnables de conclure qu'en adoptant une loi, le législateur n'« offre » pas un avantage au public ou à ceux qui pourraient bénéficier de la loi. Le Tribunal a raisonnablement conclu que le précédent qui le lie appuyait le résultat auquel il est parvenu, car il a été jugé dans *Murphy* que l'on ne pouvait pas contester une loi et prétendre qu'elle est discriminatoire selon l'article 5 de la LCDP parce que l'adoption d'une loi n'est pas un service destiné au public. L'interprétation du Tribunal ne contredit pas la jurisprudence de la Cour suprême ou d'autres juridictions qui reconnaissent qu'un tribunal des droits de la personne peut déclarer inopérante une mesure législative qui entre en conflit avec les dispositions législatives sur les droits de la personne en raison de la primauté de ces dernières. La portée de la compétence du Tribunal ne

with the extent of its remedial authority once it is validly seized of a complaint. There is no reason to read section 5 as providing jurisdiction to hear legislative challenges merely because in cases where the Tribunal otherwise possesses jurisdiction it may declare conflictual legislation inoperative. The term “services” should be read in context to mean an action of a nature similar to providing goods, facilities or accommodation. The passing of legislation bears no similarity to these sorts of activities. The Tribunal is not empowered to issue a declaration of invalidity or to read in additional language into the *Indian Act* to broaden those entitled to Indian status as this type of remedy is only available to a court under subsection 24(1) of the Charter and section 52 of the *Constitution Act, 1982*. Section 2 of the CHRA is not violated if the Tribunal were to decline to accept that it is entitled to rule on direct challenges to federal legislation. Similarly, subsections 49(5) and 62(1) are consistent with the Tribunal’s interpretation. Finally, there was no reason to find that the Tribunal should be an alternate forum to the courts for adjudicating issues regarding the alleged discriminatory nature of legislation when a challenge may be made to a court under section 15 of the Charter.

doit pas être confondue avec la portée de son pouvoir d’accorder des sanctions une fois qu’il est valablement saisi d’une plainte. Il n’y a aucune raison d’interpréter l’article 5 comme conférant une compétence pour instruire des contestations législatives simplement parce que dans certains cas où le Tribunal possède de quelque autre façon la compétence de le faire, il peut déclarer inopérantes les dispositions incompatibles. Le terme « services » devrait être interprété en contexte de manière à signifier une action de nature similaire à celle de fournir des biens, des installations ou des moyens d’hébergement. L’adoption d’une loi n’a aucune similitude avec ces types d’activités. Le Tribunal n’est pas habilité à rendre une déclaration d’invalidité ou à interpréter la *Loi sur les Indiens* de manière à élargir le type de personnes qui peuvent réclamer le statut d’Indien, car ce type de redressement n’est disponible qu’en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte et de l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le fait que le Tribunal refuse d’accepter qu’il a le droit d’instruire des contestations directes d’une loi fédérale ne constitue pas une atteinte à l’article 2 de la LCDP. De même, les paragraphes 49(5) et 62(1) sont conformes à l’interprétation du Tribunal. Enfin, il n’y a aucune raison de conclure que le Tribunal devrait servir de for subsidiaire à la juridiction judiciaire habilité à entendre des questions se rapportant à la nature prétendument discriminatoire d’une loi lorsqu’une contestation peut être soulevée devant une cour en vertu de l’article 15 de la Charte.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.  
*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2, 60(1)(a.1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15, 24(1).  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 2, 5, 15(2), 49(5), 62(1), 67 [repealed by S.C. 2008, c. 30, s. 1].  
*Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 10.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5].  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.  
*Gender Equity in Indian Registration Act*, S.C. 2010, c. 18.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 6, 7.  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 226(2)(a).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24(1).  
*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 10.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2, 60(1)(a.1).  
*Code des droits de la personne*, L.R.O., 1990, ch. H.19.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 2, 5, 15(2), 49(5), 62(1), 67 [abrogé par L.C. 2008, ch. 30, art. 1].  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5].  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.  
*Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48.  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29.



*Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, c. S-24.1.  
*Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48.

*Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, ch. 18.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 6, 7.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 226(2)(a).  
*Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, ch. S-24.1.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Public Service Alliance of Canada v. Canada (Revenue Agency)*, 2012 FCA 7, 346 D.L.R. (4th) 488; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

## DISTINGUISHED:

*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3.

## CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87; *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, (1988), 53 D.L.R. (4th) 29 (C.A.); *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, (1996), 133 D.L.R. (4th) 449; *Watkin v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268; *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401, (1998), 167 D.L.R. (4th) 488 (C.A.); *Forward and Forward v. Citizenship and Immigration Canada*, 2008 CHRT 5, 63 C.H.R.R. D/346; *Dreaver; Fairbairn, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer and Willet v. Jim Pankiw*, 2009 CHRT 8, 67 D.H.R.R. D/310, aff'd 2010 FC 555, 20 Admin. L.R. (5th) 118; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 76 C.H.R.R. D/353; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595; *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544, 96 Admin. L.R. (5th) 228; *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Alliance de la Fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204; *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.); *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Watkin c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 170; *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401 (C.A.); *Forward et Forward c. Citoyenneté et Immigration Canada*, 2008 TCDP 5; *Dreaver; Fairbairn, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer et Willet c. Jim Pankiw*, 2009 TCDP 8, conf. par 2010 CF 555; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544; *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69.



## REFERRED TO:

*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1; *Matson, Matson, and Schneider (née Matson) v. Indian and Northern Affairs Canada*, 2011 CHRT 14; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145, (1982), 137 D.L.R. (3d) 219; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150, (1985), 21 D.L.R. (4th) 1; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, (1987), 40 D.L.R. (4th) 193; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Martin v. Alberta (Workers' Compensation Board)*, 2014 SCC 25, [2014] 1 S.C.R. 546; *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Canadian National Railway Company v. Seeley*, 2014 FCA 111, 73 Admin. L.R. (5th) 257; *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII); *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210; *Ayangma v. Eastern School Board and Ana.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304; *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*, 2015 NSCA 2, 354 N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R. (2d) 190;

## DÉCISIONS CITÉES :

*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Matson, Matson, et Schneider (née Matson) c. Affaires indiennes et du Nord Canada*, 2011 TCDP 14; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board)*, 2014 CSC 25, [2014] 1 R.C.S. 546; *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Compagnie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111; *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII); *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210; *Ayangma v. Eastern School Board and Ana.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304; *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*, 2015 NSCA 2, 354 N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R. (2d) 190; *International Association of Fire Fighters, Local 268 v.*

(2d) 190; *International Association of Fire Fighters, Local 268 v. Adekayode*, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38; *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181, (1981), 124 D.L.R. (3d) 193; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362; *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393.

*Adekayode*, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38; *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Parry Sound (District), Conseil d'administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 R.C.F. 393.

## AUTHORS CITED

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, Vol. 4 "Perspectives and Realities". Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1996.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4 « Perspectives et réalités ». Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1996.

Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto : Butterworths, 1974.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1) dismissing the Canadian Human Rights Commission's applications for judicial review of two decisions by the Canadian Human Rights Tribunal (2013 CHRT 13, 77 C.H.R.R. D/260; 2013 CHRT 21, 78 C.H.R.R. D/162) dismissing complaints by several members of two First Nations alleging that provisions in the *Indian Act* that preclude the registration of their children as "Indians" under the Act violate their human rights because the impugned provisions constitute prohibited discrimination on the basis of race, national or ethnic origin, sex or family status. Appeal dismissed.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 398) rejetant les demandes de contrôle judiciaire de la Commission canadienne des droits de la personne à l'encontre de deux décisions (2013 TCDP 13; 2013 TCDP 21) par lesquelles le Tribunal canadien des droits de la personne a rejeté les plaintes de plusieurs membres de deux Premières Nations qui ont allégué que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* interdisant l'inscription de leurs enfants à titre d'« Indiens » au sens de la Loi portent atteinte à leurs droits de la personne parce que les dispositions contestées constituent de la discrimination interdite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille. Appel rejeté.

## APPEARANCES

*Brian Smith* and *Fiona Keith* for appellant.  
*Sean Stynes* and *Josef Rosenthal* for respondents.

## ONT COMPARU

*Brian Smith* et *Fiona Keith* pour l'appelante.  
*Sean Stynes* et *Josef Rosenthal* pour l'intimé.

## SOLICITORS OF RECORD

*Canadian Human Rights Commission* for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*La Commission canadienne des droits de la personne* pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] GLEASON J.A.: This appeal raises important issues about the degree of deference to be afforded to the Canadian Human Rights Tribunal (the Tribunal), when it interprets its constituent legislation, and about the breadth of its jurisdiction to hear challenges to federal legislation that is alleged to be discriminatory.

[2] These issues arise in the context of complaints filed under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (the CHRA) by several members of two First Nations. The complainants alleged that provisions in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 [Act], that preclude the registration of their children as “Indians” under that Act violate their human rights because the impugned provisions constitute prohibited discrimination on the basis of race, national or ethnic origin, sex or family status.

[3] The CHRA prohibits a number of discriminatory practices. One of them is discrimination in the provision of services customarily available to the general public on one of the grounds enumerated in the CHRA. Section 5 of the CHRA defines this discriminatory practice in the following terms:

**Denial of good, service, facility or accommodation**

5 It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

[4] In two very thoughtful and thorough decisions, reported as 2013 CHRT 13, 77 C.H.R.R. D/260 [*Matson et al. v. Indian and Northern Affairs Canada*] (*Matson*) and 2013 CHRT 21, 78 C.H.R.R. D/162 [*Andrews et al.*

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

[1] LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Le présent appel soulève d’importantes questions quant à la déférence à accorder au Tribunal canadien des droits de la personne (le Tribunal) lorsqu’il interprète sa loi constituante, ainsi que de la portée de sa compétence pour entendre des contestations visant des mesures législatives fédérales prétendument discriminatoires.

[2] Ces questions se posent dans le cadre de plaintes déposées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la LCDP) par plusieurs membres de deux Premières Nations. Les plaignants soutiennent qu’en empêchant que leurs enfants soient inscrits à titre d’« Indiens » au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 [la Loi], les dispositions attaquées violent leurs droits fondamentaux puisqu’elles donnent lieu à une forme de discrimination interdite fondée sur la race, l’origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille.

[3] La LCDP interdit un certain nombre d’actes discriminatoires. Notamment, la LCDP interdit la discrimination perpétrée dans le cadre de la prestation de services destinés au public pour l’un des motifs qui y sont énumérés. L’article 5 définit comme suit cet acte discriminatoire :

**Refus de biens, de services, d’installations ou d’hébergement**

5 Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public :

a) d’en priver un individu;

b) de le défavoriser à l’occasion de leur fourniture.

[4] Par deux décisions très raisonnées et fouillées (2013 TCDP 13 [*Matson et al. c. Affaires indiennes et du Nord Canada*] (*Matson*) et 2013 TCDP 21 [*Andrews et al. c. Affaires et du Nord Canada*] (*Andrews*)), le

v. *Indian and Northern Affairs*] (*Andrews*), the Tribunal determined that the complaints in the present case were direct challenges to provisions in the *Indian Act* and that, as such, did not allege a discriminatory practice under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service “customarily available to the general public” within the meaning of section 5 of the CHRA. While sensitive to the merits of the complainants’ claims, the Tribunal ruled that the challenge to the impugned provisions in the *Indian Act* may only be brought under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) and therefore needs to be made to a court of law. In so deciding, the Tribunal relied on the decision in *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 346 D.L.R. (4th) 488 (*Murphy*), where this Court held that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA. In result, the Tribunal dismissed the complaints.

[5] The Canadian Human Rights Commission (the Commission) participated in the hearings before the Tribunal and supported the complainants’ position. Following release of the Tribunal’s decisions, the Commission filed two judicial review applications with the Federal Court, seeking to set the Tribunal’s decisions aside. In a decision dated March 30, 2015, the Federal Court (*per* Justice McVeigh) dismissed the Commission’s applications: *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1. The Federal Court held that the reasonableness standard applies to the review of the Tribunal’s decisions and concluded that the decisions were reasonable, principally because they followed *Murphy*.

[6] The Commission has appealed the Federal Court’s decision to this Court and argues that it must be set aside for two reasons. First, it says that the Federal Court erred in applying the reasonableness standard of review because the controlling authority from the Supreme Court of Canada indicates that the correctness standard is

Tribunal a conclu que les plaintes visées en l’espèce sont directement contraires aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, mais qu’elles ne mettent pas en cause un acte discriminatoire au sens de l’article 5 de la LCDP puisque l’adoption de mesures législatives ne constitue pas un service « [destiné] au public » au sens de cet article. Tout en étant sensible au bien-fondé des thèses des plaignants, le Tribunal a conclu qu’une contestation des dispositions visées de la *Loi sur les Indiens* ne peut être engagée que sous le régime de l’article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) et doit par conséquent être déférée au juge judiciaire. Le Tribunal se fonde sur la jurisprudence *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada Agence du revenu*, 2012 CAF 7 (*Murphy*), par laquelle notre Cour a décidé que l’adoption de mesures législatives n’est pas un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP. En conséquence, le Tribunal a rejeté les plaintes.

[5] La Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a participé aux audiences devant le Tribunal et elle a appuyé la position des plaignants. Après la publication des décisions du Tribunal, la Commission a déposé deux demandes de contrôle judiciaire à la Cour fédérale afin d’obtenir l’annulation desdites décisions. La Cour fédérale a rejeté les demandes de la Commission par une décision datée du 30 mars 2015 (rendue par la juge McVeigh) : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 398. La Cour fédérale, après avoir observé que les décisions du Tribunal sont assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable, a conclu qu’en l’occurrence, elles étaient raisonnables, principalement parce qu’elles suivaient la jurisprudence *Murphy*.

[6] La Commission a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale devant notre Cour, soutenant que deux raisons appelaient son annulation. Tout d’abord, la Commission déclare que la Cour fédérale a appliqué à tort la norme de contrôle de la décision raisonnable parce que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada

applicable to decisions like these, which interpret the scope of rights protected by human rights legislation. Second, the Commission says that the Tribunal’s decisions are incorrect as section 5 of the CHRA must be interpreted as extending to complaints that directly challenge federal legislation. The Commission recognizes that *Murphy* holds otherwise, but says that we should conclude that *Murphy* was wrongly decided or has been overtaken by subsequent jurisprudence of the Supreme Court of Canada and is thus not good law.

[7] For the reasons that follow, I disagree with the Commission on both points and therefore would dismiss this appeal. However, I would not grant the respondent the costs it seeks as the Commission brought this appeal in the public interest to clarify the means to challenge federal legislation that is alleged to be discriminatory. I thus believe that it is appropriate to refrain from awarding costs against the Commission.

### I. Background

[8] To place the issues in this appeal into context, it is useful to begin by a review of the impugned provisions in the *Indian Act* and of the facts which gave rise to the human rights complaints in the present case.

#### A. *The Relevant Provisions in the Indian Act*

[9] Since Confederation, the federal government has followed a policy of defining who is an “Indian” for the purpose of regulating its relationship with indigenous peoples. For some time, such status has been—and continues to be—governed by the *Indian Act*, which sets out the criteria for determining whether an individual is an “Indian” under the Act. (I refer to such a determination in the balance of these reasons as a grant of “Indian status” and am sensitive to the fact that many indigenous

qui fait autorité enseigne que l’interprétation de la portée des garanties reconnues par les lois en matière de droits de la personne — qui fait l’objet des décisions en cause — commande l’application de la norme de la décision correcte. La Commission ajoute que les décisions du Tribunal sont erronées parce que l’article 5 de la LCDP doit être interprété comme visant aussi les plaintes qui attaquent directement une loi fédérale. La Commission convient que l’enseignement de l’arrêt *Murphy* est différent, mais elle nous demande de conclure qu’il est erroné ou que la Cour suprême du Canada a opéré un revirement de jurisprudence que cet arrêt ne fait donc plus autorité.

[7] Par les motifs exposés ci-après, je rejette les deux thèses de la Commission et je serais par conséquent d’avis de rejeter l’appel. Cependant, je n’adjugerais pas à l’intimé les dépens demandés, étant donné que la Commission a formé le présent appel dans l’intérêt public, en vue d’obtenir des éclaircissements sur les voies de recours en matière de mesures législatives fédérales prétendument discriminatoires. Pour cette raison, je suis d’avis qu’il convient de ne pas adjuger les dépens contre la Commission.

### I. Contexte

[8] Afin de mettre en contexte les questions soulevées dans le cadre du présent appel, j’examinerai d’abord les dispositions controversées de la *Loi sur les Indiens*, ainsi que les faits à l’origine des plaintes fondées sur les droits de la personne en cause.

#### A. *Les dispositions controversées de la Loi sur les Indiens*

[9] Depuis la Confédération, le gouvernement fédéral a eu pour politique de définir clairement la notion « d’Indien » afin de régir sa relation avec les peuples autochtones. Pendant un certain temps, et c’est d’ailleurs encore le cas aujourd’hui, la *Loi sur les Indiens* a régi le statut d’Indien en énonçant les critères qui servent à déterminer qui sont les « Indiens » qui y sont assujettis. (J’utiliserai ce terme dans la suite des présents motifs en référence à l’octroi du « statut d’Indien », en étant



people find this terminology offensive. It is, however, the terminology that is used in the legislation and thus is relevant to the issues in this appeal.)

[10] It is common ground between the parties that a grant of Indian status under the *Indian Act* confers a number of benefits, such as entitlement to non-insured health benefits, certain tax exemptions and, in some instances, post-secondary education benefits. Status may also confer intangible benefits related to acceptance within indigenous communities.

[11] Prior to 1985, various provisions in the *Indian Act* allowed for “enfranchisement”, a process whereby individuals who had been granted Indian status through registration under the *Indian Act* could be “enfranchised” from registration, either voluntarily or involuntarily. The effect of enfranchisement was to strip individuals and their descendants of the right to Indian status under the *Indian Act*. As noted by the Tribunal at paragraph 2 of *Andrews*:

.... Generally speaking, enfranchisement was a process by which the federal government stripped an Indian, all of his or her minor unmarried children and future descendants of Indian status and band membership in exchange for incentives and various entitlements under the *Indian Act* and otherwise, depending on the mechanisms in force at the time of enfranchisement. At different times, these incentives included such things as Canadian citizenship, the right to vote in Canadian elections, rights to hold life and/or fee simple estates in reserve lands, or per capita shares of funds held on behalf of the First Nation.

[12] The assumptions behind the enfranchisement policy were undoubtedly discriminatory: First Nations peoples were encouraged or required to renounce their heritage and identity in order to benefit from some of the advantages enjoyed by other members of Canadian society. Several courts have commented on the discriminatory nature of the enfranchisement policy: see, for example, *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paragraph 88,

consciente que beaucoup d’Autochtones trouvent cette terminologie offensante. Toutefois, comme il s’agit de la terminologie utilisée dans la législation, elle apparaît la plus pertinente aux fins de l’analyse des questions soulevées dans le présent appel.)

[10] Il n’est pas controversé entre les parties que l’octroi du statut d’Indien aux termes de la *Loi sur les Indiens* confère un certain nombre d’avantages, dont l’accès aux soins de santé non assurés et aux prestations de maladie, certaines exemptions fiscales et, dans certains cas, une assistance pour les études postsecondaires. Ce statut peut également accorder des avantages moins tangibles se rapportant à l’insertion au sein d’une communauté autochtone.

[11] Avant 1985, différentes dispositions de la *Loi sur les Indiens* permettaient aux Indiens d’obtenir leur « émancipation », un processus au titre duquel les personnes qui avaient obtenu leur statut par suite de leur inscription en vertu de la Loi pouvaient être « affranchies », de manière volontaire ou non. Les personnes émancipées et leurs descendants perdaient le droit de revendiquer le statut d’Indien en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Voici un commentaire du Tribunal à cet égard, au paragraphe 2 de la décision *Andrews* :

[...] En général, l’émancipation était un processus par lequel le gouvernement fédéral retirait à un Indien, à tous ses enfants non mariés et à ses futurs descendants le statut d’Indien et l’appartenance à une bande en échange d’incitatifs et de divers droits en vertu de la *Loi sur les Indiens* et en vertu d’autres règlements, en fonction des mécanismes en vigueur au moment de l’émancipation. À divers moments, ces incitatifs comprenaient, entre autres, la citoyenneté canadienne, le droit de vote aux élections canadiennes, le droit à un domaine à vie ou à un domaine en fief simple sur les terres de réserve ou des parts par personne des fonds tenus pour les Premières Nations.

[12] La politique d’émancipation était indubitablement fondée sur une philosophie discriminatoire, dans la mesure où les membres d’une Première Nation étaient incités ou obligés à renoncer à leur héritage et à leur identité pour avoir droit à des avantages dont bénéficiait le reste de la population canadienne. La jurisprudence s’est prononcée à plusieurs occasions sur la nature discriminatoire de la politique d’émancipation (voir notamment l’arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des*



and *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87 (*Larkman*). In *Larkman*, this Court noted (at paragraphs 10–12):

“Enfranchisement” is a euphemism for one of the most oppressive policies adopted by the Canadian government in its history of dealings with Aboriginal peoples: *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples: Looking Forward, Looking Backward*, vol. 1 (Ottawa: Canada Communication Group Publishing, 1996) at page 271.

Beginning in 1857 and evolving into different forms until 1985, “enfranchisement” was aimed at assimilating Aboriginal peoples and eradicating their culture or, in the words of the 1857 Act, encouraging “the progress of [c]ivilization” among Aboriginal peoples: *An Act to Encourage the Gradual Civilization of [the] Indian Tribes in the Province and [to] Amend the Laws Respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26 (initial law); *An Act to Amend the Indian Act*, S.C. 1985, c. 27 (the abolition).

Under one form of “enfranchisement” ... Aboriginal peoples received Canadian citizenship and the right to hold land in fee simple. In return, they had to renounce – on behalf of themselves and all their descendants, living and future – their legal recognition as an “Indian,” their tax exemption, their membership in their Aboriginal community, their right to reside in that community, and their right to vote for their leaders in that community.

[13] Prior to 1985, the *Indian Act* also enshrined a patrilineal concept of descent that was foreign to many indigenous traditions: *Corbiere*, at paragraph 86, quoting from the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples* (1996), Vol. 4 “Perspectives and Realities”, at page 26. Under the rules enshrined in the *Indian Act* prior to 1985, Indian status was based almost entirely on lineage stemming from a man who had such status. The children of men with Indian status, who married and had offspring with women without status, were granted Indian status under the pre-1985 legislation. Conversely, women who possessed Indian status but who had children with a man without status were unable to pass Indian status on to their children. In addition, their own status was dependent on that of the men they married.

*Affaires indiennes et du Nord canadien*), [1999] 2 R.C.S. 203, au paragraphe 88, et la décision *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204 (*Larkman*)). Dans la décision *Larkman*, notre Cour remarque que (aux paragraphes 10 à 12) :

L’« émancipation » est un euphémisme employé pour désigner l’une des politiques les plus oppressives adoptées par le gouvernement canadien au cours de l’histoire de ses rapports avec les peuples autochtones (*Un passé, un avenir, Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1 (Ottawa, Groupe Communication Canada, Édition, 1996), à la page 290).

À partir de 1857 et par la suite sous différentes formes jusqu’en 1985, l’« émancipation » visait à assimiler les peuples autochtones et à éradiquer leur culture ou, pour reprendre les mots employés dans la loi de 1857, à « encourager le progrès de la civilisation » chez les peuples autochtones (*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26 (loi initiale); *Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.C. 1985, ch. 27 (l’abolition)).

Suivant l’une des formes d’« émancipation » [...] les Autochtones se voyaient octroyer la citoyenneté canadienne et le droit de détenir une terre en fief simple. En retour, ils devaient renoncer – en leur nom personnel et au nom de tous leurs descendants nés ou à naître – à leur statut légal d’« Indien », à leurs exemptions fiscales, à leur appartenance à leur communauté autochtone, à leur droit de résider au sein de cette communauté, et à leur droit de voter pour les dirigeants de leur communauté.

[13] Avant 1985, la *Loi sur les Indiens* consacrait également une conception patrilinéaire d’ascendance qui s’éloignait des nombreuses traditions autochtones : *Corbiere*, au paragraphe 86, citant le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones* (1996), vol. 4 « Perspectives et réalités », à la page 28. Selon les règles énoncées dans la *Loi sur les Indiens* avant 1985, le statut d’Indien suivait presque entièrement le principe de la filiation paternelle. Avant 1985, les enfants des hommes ayant un statut d’Indien étaient autorisés à conserver ce statut même si leur mère en était dépourvue. En revanche, les femmes qui disposaient de ce statut ne pouvaient le transmettre à leurs enfants si leur père était un non-Indien. De surcroît, leur propre statut dépendait de celui de leur mari.

[14] In 1985, Parliament repealed the enfranchisement provisions in the *Indian Act* and changed the rules governing the acquisition of status, in an attempt to remove gender-based discrimination.

[15] On the latter point, the amendments introduced what is often called the “second generation cut-off rule” in subsections 6(1) and 6(2) of the *Indian Act*. Generally speaking, these provisions contemplate that individuals born of only one parent with Indian status are considered to be second generation and are granted status under subsection 6(2). If they have children with a person without status, they cannot transmit Indian status to their children. Conversely, people born of two parents with Indian status are generally speaking considered to be first generation and are granted status under subsection 6(1) of the *Indian Act*. They can transmit Indian status to their children, irrespective of whether the other parent possesses Indian status. The second generation cut-off rule functions as follows:

- 6(1) has child with 6(1) = 6(1) child
- 6(1) has child with 6(2) = 6(1) child
- 6(2) child has child with 6(2) = 6(1) child
- 6(1) has child with a person without Indian status = 6(2) child
- 6(2) has child with a person without Indian status = child has no status.

[16] In terms of the repeal of enfranchisement, the 1985 amendments provided an entitlement to registration under subsection 6(1) of the *Indian Act* to those who had

[14] En 1985, soucieux d’éliminer la discrimination fondée sur le sexe, le Parlement a abrogé les dispositions de la *Loi sur les Indiens* portant sur l’émancipation et il a modifié les règles relatives à l’acquisition du statut d’Indien.

[15] Sur ce dernier point, les modifications ont instauré ce qu’il est convenu d’appeler la « règle de l’exclusion après la deuxième génération » aux paragraphes 6(1) et 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. De manière générale, selon ces dispositions, la personne dont un seul des parents possède le statut d’Indien est réputée appartenir à la deuxième génération et se voit attribuer ce statut au titre du paragraphe 6(2). Par contre, cette même personne ne peut transmettre son statut d’Indien à des enfants nés d’une union avec quelqu’un qui n’a pas ce statut. À l’inverse, les personnes dont les deux parents ont le statut d’Indien sont, de manière générale, considérées comme appartenant à la première génération et peuvent être inscrites au registre des Indiens en vertu du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens*. Elles peuvent transmettre leur statut d’Indien à leurs enfants, que l’autre parent soit inscrit au registre ou non. La règle de l’exclusion après la deuxième génération fonctionne comme suit :

- enfant de 2 personnes inscrites au titre du paragraphe 6(1) = inscrit au titre du paragraphe 6(1)
- enfant d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(1) et d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(2) = inscrit au titre du paragraphe 6(1)
- enfant de 2 personnes inscrites au titre du paragraphe 6(2) = inscrit au titre du paragraphe 6(1)
- enfant d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(1) et d’une personne non inscrite = inscrit au titre du paragraphe 6(2)
- enfant d’une personne inscrite au titre du paragraphe 6(2) et d’une personne non inscrite = non inscrit.

[16] Par ailleurs, la réforme de 1985 accordait le droit de s’inscrire au registre sous le régime du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* aux personnes émancipées et

been enfranchised and whose names appeared in an Order in Council issued under the former enfranchisement provisions. However, the amendments also provided in section 7 that women were not entitled to be registered if they had: (i) no claim to Indian status by virtue of their own ancestry; (ii) acquired such status only via a pre-1985 marriage to a man with status; and (iii) lost such status by virtue of enfranchisement.

[17] The interplay of the 1985 amendments to the *Indian Act* repealing enfranchisement with those creating the second generation cut-off rule resulted in differential treatment depending on whether one's enfranchised forbearer was a man or a woman. Where an individual's only forbearer with Indian status was a mother, who lost her status due to marriage with a non-Indian but regained it as a result of the 1985 amendments, offspring could be registered only under subsection 6(2) of the *Indian Act*. In result, they could not pass status on to children they had with a non-status person as such children fell within the third generation under the rules then enshrined in the *Indian Act*. However, the result was the opposite if the forbearer with status was an individual's father. In those circumstances, the individual was entitled to registration under subsection 6(1) of the *Indian Act*, was deemed to be within the first generation, and accordingly could pass status on to children the individual had with a non-status person.

[18] This situation was addressed by the British Columbia Court of Appeal in *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1 (*McIvor*), where the Court found that paragraphs 6(1)(a) and 6(1)(c) of the *Indian Act* infringed section 15 of the Charter in a manner that was not justified by section 1 of the Charter. More specifically, the Court determined that the impugned provisions of the *Indian Act* created a discriminatory distinction between individuals who inherited their indigenous heritage through their grandfather (who would also inherit Indian status) and those who inherited their heritage through their grandmother (who lost their status).

à celles dont le nom figurait sur une ordonnance du gouverneur en conseil prise en vertu des dispositions antérieures sur l'émancipation. Toutefois, l'article 7 de la Loi modifiée privait du droit de s'inscrire les femmes qui : i) ne pouvaient revendiquer le statut d'Indien du fait de leur propre ascendance; ii) avaient obtenu ce statut à la suite de leur mariage avec un homme détenant ce statut avant 1985; iii) avaient perdu ce statut par émancipation.

[17] L'interaction des modifications de 1985 qui abrogeaient les dispositions sur l'émancipation dans la *Loi sur les Indiens* avec celles qui créaient la règle d'exclusion après la deuxième génération a résulté en des traitements différents selon que le parent émancipé était un homme ou une femme. Dans le cas de la personne dont la mère seulement disposait du statut d'Indien, qu'elle avait récupéré après la réforme de 1985 après l'avoir perdu par suite d'un mariage avec un homme non inscrit, ses enfants ne pouvaient être inscrits qu'au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, s'ils avaient des enfants avec une personne non inscrite, ces derniers ne pouvaient pas leur transmettre leur statut puisqu'ils appartenaient à la troisième génération suivant les règles consacrées par la *Loi sur les Indiens*. Les règles de la transmission étaient toutefois différentes si le parent inscrit était le père. En pareil cas, l'intéressé pouvait s'inscrire au titre du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* et était donc réputé appartenir à la première génération; par conséquent, il pouvait transmettre son statut à ses enfants même si l'autre parent n'était pas inscrit au registre.

[18] Cette question a été examinée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'occasion de l'affaire *McIvor v. Canada (Registrar of Indian and Northern Affairs)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 1 (*McIvor*). Elle a conclu que les alinéas 6(1)a) et 6(1)c) de la *Loi sur les Indiens* étaient contraires à l'article 15 de la Charte d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier de celle-ci. Plus précisément, la Cour a conclu que les dispositions contestées de la *Loi sur les Indiens* créaient une distinction discriminatoire entre les personnes dont l'ascendance autochtone leur venait de leur grand-père (et qui avaient donc hérité le statut d'Indien) et celles qui avaient hérité leur statut de leur grand-mère (et qui avaient perdu ce statut).

[19] In response to the decision in *McIvor*, Parliament enacted the *Gender Equity in Indian Registration Act*, S.C. 2010, c. 18 (the GEIRA) on January 31, 2011. Among other things, this legislation added a new paragraph 6(1)(c.1) to the *Indian Act*. This new paragraph provides an entitlement to registration under subsection 6(2) of the *Indian Act* for individuals whose grandmothers lost their status by marrying non-Indians before April 17, 1985.

[20] Having outlined the relevant legislative backdrop to the two complaints, I turn now to discuss the particular facts involved in each complaint.

#### B. *The Andrews Complaints*

[21] Roger William Andrews filed two human rights complaints that centred on the difference in the way he was treated, with respect to Indian status, as compared to his sister, who was several years older. He was registered under subsection 6(2) of the *Indian Act* but his sister was registered under subsection 6(1). She could therefore pass Indian status on to the children she had with a non-status individual but Mr. Andrews could not.

[22] Their father was recorded at birth as a member of the Naotkamegwaning First Nation (also known as the Whitefish Bay Indian Band) and was registered as a status Indian. He married a woman who had no aboriginal ancestry, but who became a status Indian upon her marriage by virtue of the provisions of the *Indian Act* then in force. The complainant's father subsequently applied for and was granted enfranchisement in exchange for various incentives. In result, he, his wife and their unmarried child (the complainant's sister) lost their Indian status by virtue of the enfranchisement order.

[23] Some years later, following his enfranchisement, the complainant's father had another child—the complainant—with another woman who did not have Indian status and who had never been entitled to such a status. At birth, the complainant was not entitled to be registered as a status Indian because his father had been granted enfranchisement.

[19] À la suite de la jurisprudence *McIvor*, le Parlement a adopté la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, ch. 18, le 31 janvier 2011. Cette loi ajoute notamment l'alinéa 6(1)c.1) à la *Loi sur les Indiens* afin d'autoriser l'inscription au titre du paragraphe 6(2) des personnes dont la grand-mère avait été dépouillée de son statut par suite d'un mariage avec un non-Indien avant le 17 avril 1985.

[20] Après avoir donné les grandes lignes du contexte législatif dans lequel s'inscrivent les deux plaintes, j'exposerai les faits particuliers de chacune.

#### B. *Les plaintes de M. Andrews*

[21] Les deux plaintes de Roger William Andrews en matière de droits de la personne portent sur le traitement différent que lui et sa sœur, de plusieurs années son aînée, ont reçu relativement au statut d'Indien. Lui-même était inscrit au registre en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*, mais sa sœur y était inscrite en vertu du paragraphe 6(1). Elle pouvait de ce fait transmettre son statut aux enfants qu'elle a eus avec un non-Indien, un droit dont M. Andrews était privé.

[22] Leur père était inscrit depuis sa naissance comme membre de la Première Nation Naotkamegwaning (aussi appelée bande indienne de Whitefish Bay), et il disposait du statut d'Indien. Il s'était marié avec une femme sans ascendance autochtone qui, après leur mariage, avait acquis son statut d'Indienne sous le régime de la *Loi sur les Indiens* alors en vigueur. Cet homme avait par la suite demandé et obtenu son émancipation en échange de divers incitatifs. L'ordonnance d'émancipation a eu pour effet de retirer leur statut à sa femme et à leur enfant non marié (la sœur du plaignant).

[23] Quelques années après son émancipation, le père du plaignant a eu un autre enfant — le plaignant — avec une autre femme qui n'était pas inscrite et qui n'avait jamais eu droit au statut d'Indien. À sa naissance, le plaignant n'a pas pu être inscrit au registre des Indiens parce que son père avait obtenu son émancipation.

[24] As a result of the 1985 amendments, the complainant became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act* as he was the child of a parent eligible under subsection 6(1) and a non-Indian parent. He was not eligible for registration under subsection 6(1) because his birth occurred after his father's enfranchisement and the complainant's name therefore did not appear in an enfranchisement order. Had the complainant been born before his father was enfranchised, the 1985 amendments to the *Indian Act* would have provided him entitlement to registration under paragraph 6(1)(d) of the *Indian Act*. The complainant's sister, who was born before their father was enfranchised, was named in the enfranchisement order and therefore was entitled to registration under paragraph 6(1)(d) of the *Indian Act* even though her mother, like the complainant's, had no aboriginal ancestry. Both she and the complainant had children with individuals without Indian status. In result, the complainant's child could not be registered as a status Indian but his nieces and nephews could be registered.

[25] In the two complaints he filed, one on his own behalf and the other on behalf of his child, Mr. Andrews alleged that this differential treatment between himself and his half-sister and between their offspring under the provisions in the *Indian Act* constitutes prohibited discrimination on the grounds of race, national or ethnic origin and family status.

### C. *The Matson Complaints*

[26] Jeremy Matson, Mardy Matson and Melody Schneider are siblings and have a grandmother who lost her Indian status when she married a non-Indian before 1985 and regained that status under paragraph 6(1)(c) of the *Indian Act* following the 1985 amendments. By virtue of those amendments, the complainants' father became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act*. He married a woman without Indian status and the complainants, like one of the plaintiffs in *McIvor*, were ineligible for status at the time of their birth. As a result, the complainants' children, conceived with non-status individuals, were also ineligible for registration.

[24] Après la réforme de 1985, le plaignant est devenu admissible à l'inscription au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens* puisque l'un de ses parents était admissible au titre du paragraphe 6(1) et que son autre parent n'avait pas le statut d'Indien. Le plaignant n'avait pas le droit d'être inscrit au titre du paragraphe 6(1) parce qu'il était né après l'émancipation de son père et que son nom ne figurait pas sur l'ordonnance d'émancipation. Si le plaignant était né avant l'émancipation de son père, les modifications apportées en 1985 lui auraient donné le droit d'être inscrit au registre au titre de l'alinéa 6(1)d de la *Loi sur les Indiens*. La sœur du plaignant, née avant l'émancipation de leur père, était inscrite sur l'ordonnance d'émancipation et avait donc droit à l'inscription au titre de l'alinéa 6(1)d de la *Loi sur les Indiens* même si sa mère n'avait, à l'instar de la mère du plaignant, aucune ascendance autochtone. Sa sœur et lui ont tous les deux eu des enfants avec des personnes n'ayant pas le statut d'Indien. L'enfant du plaignant n'a pas hérité du droit à l'inscription au registre des Indiens, contrairement à ses nièces et neveux.

[25] Dans les deux plaintes qu'il a déposées, l'une en son nom personnel et l'autre au nom de son enfant, M. Andrews allègue que la différence de traitement entre lui et sa demi-sœur et entre leurs enfants sous le régime de la *Loi sur les Indiens* constitue un acte discriminatoire fondé sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la situation familiale.

### C. *Les plaintes des Matson*

[26] Jeremy Matson et ses sœurs, Mardy Matson et Melody Schneider, ont une grand-mère qui avait perdu son statut d'Indienne après son mariage avec un non-Indien avant 1985, mais qui l'a recouvré aux termes de l'alinéa 6(1)c de la *Loi sur les Indiens* après les modifications de 1985. Selon les dispositions modifiées, le père des plaignants est devenu admissible à l'inscription en vertu du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. Leur père s'est marié avec une femme non inscrite et les plaignants, à l'instar de l'un des plaignants dans l'affaire *McIvor*, n'ont pas pu être inscrits au registre au moment de leur naissance. Par conséquent, les enfants des plaignants n'étaient pas admissibles au statut d'Indien parce qu'ils étaient issus de parents sans ce statut.



[27] In November and December 2008, the complainants filed complaints under section 5 of the CHRA, alleging that they would have been entitled to registration under subsection 6(1) of the *Indian Act* had their indigenous heritage been transmitted through their grandfather rather than through their grandmother. They further alleged that in this patrilineal scenario their children would have been eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act*. They claimed that the treatment afforded to them constituted discrimination in respect of the provision of service on the prohibited grounds of race, sex, national or ethnic origin and family status.

[28] Following the British Columbia Court of Appeal's decision in *McIvor* and the coming into force of the GEIRA, the complainants became eligible for registration under subsection 6(2) of the *Indian Act*, and applied for and were granted registration in May and June 2011. However, the Office of the Indian Registrar determined that their children are not eligible for registration under any of the provisions of section 6 of the *Indian Act* because the complainants are married to individuals who are not eligible for Indian status and are themselves registered under subsection 6(2) of the *Indian Act*.

[29] In a preliminary decision, dated September 27, 2011, the Tribunal held that the portions of the *Matson* complaints relating to the complainants' own eligibility for registration under the *Indian Act* were moot because the complainants had been successfully registered under subsection 6(2) of the Act following the adoption of the GEIRA. However, the Tribunal decided to proceed to a hearing on the remaining part of the complaints relating to the opportunity to pass status on to any children conceived with a non-Indian parent (*Matson, Matson, and Schneider (née Matson) v. Indian and Northern Affairs Canada*, 2011 CHRT 14).

[27] En novembre et décembre 2008, les plaignants ont déposé des plaintes aux termes de l'article 5 de la LCDP, par lesquelles ils allèguent qu'ils auraient eu le droit d'être inscrits au registre au titre du paragraphe 6(1) de la *Loi sur les Indiens* si leur ancêtre autochtone avait été leur grand-père et non leur grand-mère. Ils allèguent de surcroît que, compte tenu de cette filiation paternelle, leurs enfants auraient dû être admissibles à être inscrits au registre au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*. Ils soutiennent que le traitement qui leur est réservé constitue un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services, sur le fondement de la race, du sexe, de l'origine nationale ou ethnique, et de la situation familiale.

[28] À la suite de l'arrêt *McIvor*, rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de l'entrée en vigueur de la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, les plaignants ont obtenu le droit de s'inscrire au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*, et ils ont demandé et obtenu d'être inscrits en mai et juin 2011. Toutefois, le Bureau du registraire des Indiens a conclu que nulle des dispositions de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* ne donnait un droit d'inscription à leurs enfants parce que les plaignants sont mariés à des personnes non admissibles au statut d'Indien et qu'eux-mêmes étaient inscrits au titre du paragraphe 6(2) de la *Loi sur les Indiens*.

[29] Par une décision préliminaire datée du 27 septembre 2011, le Tribunal a déclaré sans objet les parties des plaintes visées par la jurisprudence *Matson* se rapportant à leur propre droit à l'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* étant donné qu'ils ont obtenu le droit de s'inscrire au titre du paragraphe 6(2) après l'adoption de la *Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*. Le Tribunal a néanmoins accepté d'examiner les parties des plaintes portant sur la transmission du statut à un enfant dont l'un des parents est un non-Indien (*Matson, Matson et Schneider (née Matson) c. Affaires indiennes et du Nord Canada*, 2011 TCDP 14).



## II. The Tribunal's Decisions

[30] As noted, in both the *Matson* and *Andrews* decisions under review, the Tribunal decided that the complaints did not allege a discriminatory practice under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public and thus dismissed the complaints.

### A. *Matson*

[31] The *Matson* case was decided first. In it, the Tribunal addressed three issues: first, whether the complaints involved a direct challenge to provisions of the *Indian Act*; second, whether the Tribunal was bound to follow the decision of this Court in *Murphy*; and, finally, whether the complaints impugned a discriminatory practice in the provision of services customarily available to the general public that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA.

[32] In terms of the first issue, the Tribunal found that the complaints sought to directly challenge provisions of the *Indian Act* because the complainants were challenging their entitlements under the legislation as opposed to the manner in which the respondent processed their applications.

[33] On the second issue, the Tribunal determined that the decision in *Murphy* had not been overtaken by subsequent case law from the Supreme Court of Canada and was therefore still binding on the Tribunal. In reaching this conclusion, the Tribunal reviewed the Supreme Court cases relied on by the Commission, which the Commission submitted support the application of the CHRA or similar provincial legislation by human rights tribunals to declare conflicting legislation inoperative: *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink et al.*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton et al.*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513.

## II. Les décisions du Tribunal

[30] Comme il a déjà été signalé à l'égard des décisions *Matson* et *Andrews* en cause, le Tribunal a jugé que les plaintes ne visaient pas un acte discriminatoire au titre de l'article 5 de la LCDP parce que l'adoption de mesures législatives ne constitue pas un service destiné au public, et il a par conséquent rejeté les plaintes.

### A. *La décision Matson*

[31] La décision *Matson* a été rendue en premier. Dans sa décision, le Tribunal examine trois questions : il recherche premièrement si les plaintes visent directement les dispositions de la *Loi sur les Indiens*; deuxièmement, si le Tribunal est tenu de se conformer à une jurisprudence de notre Cour, l'arrêt *Murphy*; et, troisièmement, si les plaintes mettent en cause un acte discriminatoire dans la prestation de services destinés au public susceptible de faire l'objet d'une plainte aux termes de l'article 5 de la LCDP.

[32] En réponse à la première question, le Tribunal a conclu que les plaintes visaient directement les dispositions de la *Loi sur les Indiens* parce que les plaignants mettent en cause les droits que leur confère la loi et non la manière dont l'intimé a traité leurs demandes.

[33] En ce qui concerne la deuxième question, le Tribunal a conclu que la jurisprudence *Murphy* n'a pas été répudiée par un arrêt ultérieur de la Cour suprême du Canada et que, par conséquent, elle continue de lier le Tribunal. Pour tirer cette conclusion, le Tribunal a examiné la jurisprudence de la Cour suprême citée par la Commission et sur laquelle, selon celle-ci, les tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne se fonde pour appliquer la LCDP ou des textes législatifs provinciaux analogues aux fins de la déclaration du caractère inopérant de dispositions législatives incompatibles (*Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink et autre*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton et autre*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143;

[34] The Tribunal noted that none of these cases stands for the proposition that the adoption of legislation constitutes a service customarily available to the general public, and that in those cases where legislation had been declared inoperative by reason of a conflict with human rights legislation, the Tribunal possessed jurisdiction on an alternate basis, often because the complaint stemmed from an employment relationship where the employer applied an impugned legislative provision. The Tribunal reasoned that these cases did not undercut the holding in *Murphy* because they dealt with different situations.

[35] The Tribunal then went on to address and dismiss the various other arguments advanced by the Commission as to why *Murphy* should not be followed.

[36] First, it accepted that prior to the decision in *Murphy* there was a substantial body of jurisprudence under the CHRA that was to the opposite effect and which held that legislation could be challenged under section 5 of the CHRA as a service customarily available to the general public. The Tribunal noted, though, that this jurisprudence was premised on the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24 (C.A.) (*Druken*) where the respondent admitted that the adoption of the impugned legislation—there provisions in the *Unemployment Insurance Act, 1971* [S.C. 1970-71-72, c. 48]—constituted a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA. Because this point was admitted in *Druken*, the Tribunal found it to be less persuasive than *Murphy*. Also, as *Druken* was decided earlier, the Tribunal accepted that *Murphy* was the binding authority on the point.

[37] Next, the Tribunal discussed and dismissed as unhelpful several cases decided under provincial human rights legislation referred to by the Commission. In many of these cases, as in the cases from the Supreme Court relied on by the Commission, jurisdiction over the discriminatory practice in issue arose from another

*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513).

[34] Le Tribunal fait observé que nulle jurisprudence n'enseigne que l'acte de légiférer constitue un service destiné au public et que, lorsque des dispositions avaient été déclarées inopérantes au motif qu'elles heurtaient l'objet des lois sur les droits de la personne, le Tribunal disposait d'une compétence subsidiaire, souvent parce que les plaintes à controversé concernaient les relations de travail et l'application par un employeur d'une disposition controversée. Du point de vue du Tribunal, cette jurisprudence ne remet pas en cause la jurisprudence *Murphy* parce qu'elle porte sur des faits différents.

[35] Le Tribunal examine et rejette ensuite les autres moyens qu'invoque la Commission pour s'opposer à l'application de la jurisprudence *Murphy*.

[36] Tout d'abord, le Tribunal convient qu'avant celle-ci, une bonne partie de la jurisprudence relative à la LCDP allait en sens contraire en portant que l'adoption de mesures législatives pouvait être contestée à titre de service destiné au public sous le régime de l'article 5 de la LCDP. Le Tribunal souligne que cette jurisprudence se fonde sur l'enseignement professé par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (C.A.) (*Druken*), où l'intimé admit que l'adoption des dispositions controversées — en l'occurrence, des dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* [S.C. 1970-71-72, ch. 48] — constituait un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP. Comme ce point a été retenu à l'occasion de l'affaire *Druken*, le Tribunal a opiné que cette jurisprudence était moins convaincante que la jurisprudence *Murphy*. De plus, étant donné que l'arrêt *Druken* est antérieur, le Tribunal a retenu la thèse portant que la jurisprudence *Murphy* faisait autorité sur ce point.

[37] Puis, le Tribunal a examiné et jugé sans pertinence une autre jurisprudence relative à des dispositions législatives provinciales sur les droits de la personne citée par la Commission. Pour une bonne part de cette jurisprudence, comme pour la jurisprudence de la Cour suprême citée par la Commission, la compétence en

provision in the legislation, like the provisions prohibiting discrimination in employment. Thus, in several of these cases, where declarations of legislative invalidity were made, the underlying complaints did not stem from a direct challenge to legislation.

[38] The Tribunal also discussed section 2, subsections 49(5) and 62(1) as well as the former section 67 of the CHRA and found that none of these provisions required the result urged by the Commission.

[39] Section 2 of the CHRA provides:

**Purpose**

2 The purpose of this Act is to extend the laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament, to the principle that all individuals should have an opportunity equal with other individuals to make for themselves the lives that they are able and wish to have and to have their needs accommodated, consistent with their duties and obligations as members of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, sexual orientation, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted or in respect of which a record suspension has been ordered.

[40] Subsection 49(5) provides that “[i]f the complaint involves a question about whether another Act or a regulation made under another Act is inconsistent” with the CHRA, the Tribunal member (where a single-person panel is appointed to hear the case) or one of the members of the Tribunal (where there a three-person panel is appointed to hear the case) must be legally trained.

[41] Subsection 62(1) provides that the portions of the CHRA that create, prohibit and provide a remedy for discriminatory practices “do not apply to or in respect of any superannuation or pension fund or plan established by an Act of Parliament enacted before March 1, 1978.”

[42] Finally, the former section 67 of the CHRA, which was repealed in 2008 [S.C. 2008, c. 30, s. 1] (with

matière d’actes discriminatoires découlait d’une autre disposition législative, telle une disposition interdisant la discrimination dans l’emploi. Par conséquent, pour une bonne part de cette jurisprudence concluant en une déclaration d’invalidité, la plainte au fond ne donnait pas lieu à une contestation directe de dispositions législatives.

[38] Le Tribunal discute également l’article 2 et les paragraphes 49(5) et 62(1), ainsi que l’ancien article 67 de la LCDP, et conclut que nulle de ces dispositions n’appelle la solution soutenue par la Commission.

[39] L’article 2 de la LCDP dispose :

**Objet**

2 La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant : le droit de tous les individus, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l’égalité des chances d’épanouissement et à la prise de mesures visant à la satisfaction de leurs besoins, indépendamment des considérations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l’âge, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état matrimonial, la situation de famille, la déficience ou l’état de personne graciée.

[40] Le paragraphe 49(5) dispose que « [d]ans le cas où une plainte met en cause la compatibilité d’une disposition d’une autre loi fédérale ou de ses règlements d’application » avec la LCDP, le membre du Tribunal (si une seule personne est désignée pour instruire l’instance) ou l’un des membres du Tribunal (si une formation de trois personnes est désignée) doit avoir une formation juridique.

[41] Le paragraphe 62(1) dispose que les parties de la LCDP qui établissent, interdisent ou proposent une mesure visant des actes discriminatoires « ne s’appliquent, ni directement ni indirectement, aux régimes ou caisses de retraite constitués par une loi fédérale antérieure au 1<sup>er</sup> mars 1978 ».

[42] Enfin, l’ancien article 67 de la LCDP, abrogé en 2008 [L.C. 2008, ch. 30, art. 1] (avec effet immédiat

immediate effect in some cases and a three-year delay in other cases), stated that nothing in the CHRA “affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.”

[43] The Commission argued that these provisions must lead to the conclusion that section 5 extends jurisdiction to the Tribunal to declare legislation invalid as an opposite conclusion would contradict the general purpose of the CHRA and would render subsections 49(5) and 62(1) as well as former section 67 of the CHRA virtually meaningless.

[44] The Tribunal disagreed and held that the foregoing provisions do not necessarily require a finding that the adoption of legislation is a service customarily available to the general public, within the meaning of section 5 of the CHRA, as legislation could be declared by the Tribunal to be inoperative in cases where the Tribunal possessed jurisdiction under a provision other than section 5 of the CHRA. It explained that such an issue could arise where the impugned legislation was raised as a defence by the respondent; cases in the employment context where the employer applied a legislative provision (like a provision in pension legislation) that conflicted with the CHRA provide an example of such a situation. The Tribunal reasoned that such cases are conceptually distinct from a direct challenge to a law because in such other cases the jurisdiction of the Tribunal is grounded in a provision governing the actions of the respondent and the challenge to the legislation arises only collaterally. Such cases, in other words, do not involve a direct challenge to the legislation. The Tribunal also noted that the now-repealed section 67 of the CHRA could have been explained by the former case law—overtaken by *Murphy*—that it was not obliged to follow. The Tribunal therefore found that its interpretation of section 5 of the CHRA was consistent with section 2, subsection 49(5) and former section 67 of the CHRA.

[45] Thus, after a thorough review of each of the arguments advanced by the Commission on behalf of the complainants, the Tribunal determined that it was bound to apply *Murphy* and that it was required to dismiss the complaint.

dans certains cas et trois ans plus tard dans d’autres), disposait que rien dans la LCDP n’avait un effet sur les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ou toute autre disposition prise sous le régime de celle-ci ou conformément à celle-ci.

[43] Selon la Commission, selon ces dispositions, il faut conclure que l’article 5 habilite le Tribunal à déclarer qu’une loi est invalide : le contraire contredirait l’objet général de la LCDP et viderait pratiquement de leur sens ses paragraphes 49(5) et 62(1), de même que l’ancien article 67.

[44] Le Tribunal n’a pas retenu cette thèse et conclu que les dispositions susmentionnées ne permettent pas forcément de conclure que l’adoption d’un texte législatif constitue un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP, car ce texte peut être déclaré inopérant par le Tribunal s’il y est habilité par une disposition autre que l’article 5. Ce serait notamment le cas si une disposition controversée est invoquée comme moyen de défense par l’intimé; le domaine du travail en fournit quelques exemples, notamment si l’employeur a appliqué une disposition législative (par exemple, une disposition d’une loi sur les pensions) incompatible avec la LCDP. Selon le Tribunal, il existe une distinction conceptuelle entre ce type d’instances et les contestations directes visant un texte législatif car alors le Tribunal tire sa compétence d’une disposition régissant les actes de l’intimé, et la contestation d’un texte législatif n’est qu’accessoire. Autrement dit, ces cas ne mettent pas en cause une contestation directe d’une loi. Le Tribunal signale par ailleurs que l’article 67 maintenant abrogé de la LCDP aurait pu être éclairé par la jurisprudence antérieure — répudiée par la jurisprudence *Murphy* —, qu’il n’était pas tenu d’appliquer. Il en vient donc à la conclusion que son interprétation de l’article 5 de la LCDP est conforme à l’article 2, au paragraphe 49(5) et à l’ancien article 67 de la LCDP.

[45] Après examen rigoureux de chacun des moyens soulevés par la Commission au nom des plaignants, le Tribunal a conclu qu’il était tenu d’appliquer la jurisprudence *Murphy* et, par conséquent, de rejeter la plainte.

[46] This determination provided a negative answer to the third question of whether the complaints impugned a discriminatory practice in the provision of a service customarily available to the general public that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA. In finding that the complaints did not raise such a question because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public, the Tribunal underscored the policy reasons why legislation should not be subject to direct challenge under the CHRA as opposed to the Charter. Citing from the decisions of the Supreme Court of Canada in *Andrews and Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, the Tribunal noted that a section 1 Charter justification would not be available under the CHRA, where the only defence would be a *bona fide* justification under subsection 15(2) of the CHRA.

[47] The Tribunal noted that in *Hutterian Brethren*, the Supreme Court of Canada held the two defences to be conceptually distinct, and relied on the following passage from the majority decision at paragraphs 68 to 70, where Chief Justice McLachlin wrote:

Minimal impairment and reasonable accommodation are conceptually distinct. Reasonable accommodation is a concept drawn from human rights statutes and jurisprudence. It envisions a dynamic process whereby the parties — most commonly an employer and employee — adjust the terms of their relationship in conformity with the requirements of human rights legislation, up to the point at which accommodation would mean undue hardship for the accommodating party. In *Multani*, Deschamps and Abella JJ. explained:

The process required by the duty of reasonable accommodation takes into account the specific details of the circumstances of the parties and allows for dialogue between them. This dialogue enables them to reconcile their positions and find common ground tailored to their own needs. [para. 131]

A very different kind of relationship exists between a legislature and the people subject to its laws. By their very nature, laws of general application are not tailored to the unique needs of individual claimants. The legislature

[46] Cette conclusion répond par la négative à la troisième question, qui est de savoir si les plaintes mettent en cause un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation d'un service destiné au public qui pourrait faire l'objet d'une plainte aux termes de l'article 5 de la LCDP. Le Tribunal a conclu que les plaintes ne soulevaient pas cette question au motif que légiférer ne constitue pas un service destiné au public et il expose la philosophie qui explique qu'une contestation directe d'un texte législatif doit être fondée sur la Charte plutôt que sur la LCDP. Citant des passages des arrêts rendus par la Cour suprême du Canada à l'occasion des affaires *Andrews et Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, le Tribunal observe qu'une justification fondée sur l'article premier de la Charte n'est pas possible aux termes de la LCDP, qui prévoit uniquement une justification réelle au sens du paragraphe 15(2) comme moyen de défense.

[47] Le Tribunal fait observer que, à l'occasion de l'affaire *Hutterian Brethren*, la Cour suprême du Canada a conclu au caractère distinct sur le plan conceptuel de ces deux moyens de défense. Il cite un passage tiré de la décision majoritaire (aux paragraphes 68 à 70) rendue sous la plume de la juge en chef McLachlin :

L'atteinte minimale et l'accommodement raisonnable sont distincts sur le plan conceptuel. L'accommodement raisonnable est un concept qui découle de la législation et de la jurisprudence en matière de droits de la personne. Il s'agit d'un processus dynamique par lequel les parties — généralement un employeur et un employé — adaptent les modalités de leur relation aux exigences de la législation sur les droits de la personne, jusqu'au point où il en résulterait une contrainte excessive pour la partie tenue de prendre des mesures d'accommodement. Dans *Multani*, les juges Deschamps et Abella ont expliqué ce qui suit :

Le processus imposé par l'obligation d'accommodement raisonnable tient compte des circonstances précises dans lesquelles les intéressés doivent évoluer et laisse place à la discussion entre ces derniers. Cette concertation leur permet de se rapprocher et de trouver un terrain d'entente adapté à leurs propres besoins. [par. 131]

Il existe une relation très différente entre le législateur et les personnes assujetties à ses mesures législatives. De par leur nature, les mesures législatives d'application générale ne sont pas adaptées aux besoins particuliers



has no capacity or legal obligation to engage in such an individualized determination, and in many cases would have no advance notice of a law's potential to infringe *Charter* rights. It cannot be expected to tailor a law to every possible future contingency, or every sincerely held religious belief. Laws of general application affect the general public, not just the claimants before the court. The broader societal context in which the law operates must inform the s. 1 justification analysis. A law's constitutionality under s. 1 of the *Charter* is determined, not by whether it is responsive to the unique needs of every individual claimant, but rather by whether its infringement of *Charter* rights is directed at an important objective and is proportionate in its overall impact. While the law's impact on the individual claimants is undoubtedly a significant factor for the court to consider in determining whether the infringement is justified, the court's ultimate perspective is societal. The question the court must answer is whether the *Charter* infringement is justifiable in a free and democratic society, not whether a more advantageous arrangement for a particular claimant could be envisioned.

Similarly, "undue hardship", a pivotal concept in reasonable accommodation, is not easily applicable to a legislature enacting laws. In the human rights context, hardship is seen as undue if it would threaten the viability of the enterprise which is being asked to accommodate the right. The degree of hardship is often capable of expression in monetary terms. By contrast, it is difficult to apply the concept of undue hardship to the cost of achieving or not achieving a legislative objective, especially when the objective is (as here) preventative or precautionary. Though it is possible to interpret "undue hardship" broadly as encompassing the hardship that comes with failing to achieve a pressing government objective, this attenuates the concept. Rather than strain to adapt "undue hardship" to the context of s. 1 of the *Charter*, it is better to speak in terms of minimal impairment and proportionality of effects.

[48] Thus, in *Matson*, the Tribunal determined that both the binding authority in *Murphy* and sound policy reasons required it to find that the *Matson* complaints did not allege a discriminatory practice in the provision of services customarily available to the general public

de chacun. Le législateur n'a ni le pouvoir ni l'obligation en droit de prendre des décisions aussi personnalisées et, dans bien des cas, il ne connaît pas à l'avance le risque qu'une mesure législative porte atteinte aux droits garantis par la *Charte*. On ne peut s'attendre à ce qu'il adapte les mesures législatives à toute éventualité ou à toute croyance religieuse sincère. Les mesures législatives d'application générale ne visent pas uniquement les plaignants, mais l'ensemble de la population. L'ensemble du contexte social dans lequel s'applique la mesure législative doit être pris en compte dans l'analyse de la justification requise par l'article premier. La constitutionnalité d'une mesure législative au regard de l'article premier de la *Charte* dépend, non pas de la question de savoir si elle répond aux besoins de chacun des plaignants, mais plutôt de celle de savoir si la restriction aux droits garantis par la *Charte* vise un objectif important et si l'effet global de cette restriction est proportionné. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'effet de la mesure législative sur les plaignants constitue un facteur important dont le tribunal doit tenir compte pour décider si la violation est justifiée, le tribunal doit avant tout prendre en considération l'ensemble de la société. Il doit se demander si la contravention à la *Charte* peut se justifier dans une société libre et démocratique, et non s'il est possible d'envisager un aménagement plus avantageux pour un plaignant en particulier.

De même, la « contrainte excessive », notion essentielle de l'accommodement raisonnable, ne s'applique pas facilement à la législature qui adopte les mesures législatives. Dans le contexte des droits de la personne, la contrainte est considérée comme excessive si elle menace la viabilité de l'entreprise tenue de s'adapter au droit. Le degré de contrainte peut souvent se traduire en termes pécuniaires. En revanche, il est difficile d'appliquer la notion de contrainte excessive en ces termes à la réalisation ou à la non-réalisation d'un objectif législatif, surtout quand il s'agit (comme en l'espèce) d'un objectif de prévention. Bien qu'il soit possible de donner à la notion de « contrainte excessive » une interprétation large qui englobe la contrainte découlant de l'incapacité d'atteindre un objectif gouvernemental urgent, une telle interprétation atténue cette notion. Plutôt que d'essayer d'adapter la notion de « contrainte excessive » au contexte de l'article premier de la *Charte*, il est préférable de parler d'atteinte minimale et de proportionnalité des effets.

[48] Ainsi, par la décision *Matson*, le Tribunal a jugé que vu l'enseignement de la jurisprudence *Murphy* et une saine politique, il était tenu de conclure que les plaintes de l'affaire *Matson* ne mettaient pas en cause un acte discriminatoire lors de la prestation de services



that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA. It accordingly dismissed the complaints.

#### B. Andrews

[49] Many of the same points were again made by the Tribunal in the subsequent decision in *Andrews*. In addition, the Tribunal in that case undertook a more detailed analysis of what is required for something to constitute a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA.

[50] The Tribunal began its analysis of the issue by referring to the decisions of the Supreme Court of Canada and of this Court in *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571 (*Gould*) and *Watkin v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268 (*Watkin*). Both cases were decided prior to the 2008 decision of the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), which brought about a sea change in administrative law. Under pre-*Dunsmuir* principles, the standard of review applied in *Gould* and *Watkin* to decisions of the Tribunal defining discrimination and the scope of the rights protected under the CHRA was correctness. Thus, in *Gould* and *Watkin*, the Supreme Court and this Court expressed their views on the proper interpretation of what types of activities constitute services customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA.

[51] In *Gould*, the Supreme Court established a two-step analysis for the determination: first, one must determine what constitutes the “service” based on the facts in the complaint; second, one must assess whether this service “creates a public relationship between the service provider and the service user” (at paragraph 68). The Tribunal noted that this notion of “service” was further refined in *Watkin*, where this Court rejected the notion that all governmental actions come within the scope of section 5 of the CHRA and instead ruled that the section “contemplate[s] something of benefit being ‘held out’ as services and ‘offered’ to the public” (at paragraph 31).

destinés au public et susceptible de faire l’objet d’une plainte aux termes de l’article 5 de la LCDP. Le Tribunal a par conséquent rejeté les plaintes.

#### B. La décision *Andrews*

[49] Ultérieurement, le Tribunal reprend nombre des points susmentionnés à l’occasion de l’affaire *Andrews*. Entre outre, le Tribunal étoffe son analyse des critères à satisfaire pour constater si un acte constitue un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP.

[50] Le Tribunal entame son analyse en citant la jurisprudence de la Cour suprême du Canada et de notre Cour : *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571 (*Gould*), *Watkin c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 170 (*Watkin*). Cette jurisprudence est antérieure à l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), prononcé par la Cour suprême du Canada en 2008 et qui marque un tournant radical en droit administratif. Conformément à la doctrine antérieure à l’arrêt *Dunsmuir*, les décisions du Tribunal à l’occasion des affaires *Gould* et *Watkin*, portant sur la discrimination et la portée des droits garantis par la LCDP, étaient assujetties à la norme de la décision correcte. Par les arrêts *Gould* et *Watkin*, la Cour suprême et notre Cour se prononcent sur ce qui constitue une interprétation juste du genre d’activités qui peuvent être constitutives de services destinés au public au sens de l’article 5 de la LCDP.

[51] Par l’arrêt *Gould*, la Cour suprême consacre une analyse à deux volets qui permet au juge de se prononcer : le premier volet vise à déterminer en quoi consiste le « service », compte tenu des faits énoncés dans la plainte; le deuxième vise à déterminer si ce service « crée une relation publique entre le fournisseur et l’utilisateur » (au paragraphe 68). Le Tribunal signale que la notion de « service » est précisée par la jurisprudence *Watkin* : notre Cour a alors rejeté la thèse portant que toutes les mesures prises par le gouvernement entrent dans les prévisions de l’article 5 de la LCDP, qui vise au contraire « quelque chose d’avantageux qui est “offert” ou “mis à la disposition” du public » (au paragraphe 31).

[52] Thus, as noted by the Tribunal, a service customarily available to the public requires the presence of two separate components: first, something of benefit must be available and, second, this benefit must be held out or offered to the public. Accordingly, to use the words of the Tribunal, the language in section 5 of the CHRA requires “a transitive connotation” between the benefit and the process by which it is provided. The Tribunal referred to the reasons of La Forest, J. in *Gould* in support of this notion, where he noted at paragraph 55:

[t]here is, therefore, a requisite public relationship between the service provider and the service receiver, to the extent that the public must be granted access to or admitted to or extended the service by the service provider. There is a transitive connotation from the language employed by the various provisions; it is not until the service, accommodation, facility, etc., passes from the service provider and has been held out to the public that it attracts the anti-discrimination prohibition.

[53] The Tribunal also referred to the decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401, where two members of the Court expressed doubt that a grant of citizenship under the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29 constituted a service, and to the decision of the Tribunal in *Forward and Forward v. Citizenship and Immigration Canada*, 2008 CHRT 5, 63 C.H.R.R. D/346 (*Forward*), finding that the grant of citizenship is not a service because nothing is held out or offered when legislation is applied. The Tribunal further mentioned the decisions of the Tribunal and the Federal Court in *Dreaver, Fairbairn, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer and Willet v. Jim Pankiw*, 2009 CHRT 8, affd 2010 FC 555 (*Pankiw* F.C.) and noted that these decisions “determined that a service must require something of benefit or assistance being held out, [and] that one may also inquire ‘whether that benefit or assistance was the essential nature of the activity’” (*Andrews*, at paragraph 49, citing from *Pankiw* F.C., at paragraph 42).

[52] Ainsi, comme le relève le Tribunal, un service destiné au public doit comprendre deux composantes distinctes : un avantage doit en découler et cet avantage doit être offert au public ou mis à sa disposition. En conséquence, le texte de l’article 5 de la LCDP exige l’existence d’une « connotation transitive » entre l’avantage et le processus par lequel il est fourni. Le Tribunal tire son interprétation de ce concept des motifs du juge LaForest exposés dans l’arrêt *Gould*, au paragraphe 55 :

[...] Une relation publique est donc requise entre le fournisseur du service et le bénéficiaire de ce service dans la mesure où le public doit se voir accorder l’accès ou l’admission, ou offrir le service par le fournisseur. La formulation des dispositions a une connotation transitive; ce n’est qu’une fois que le service, le logement, l’installation, etc., passe par le fournisseur et qu’il est mis à la disposition du public qu’il est visé par l’interdiction de la discrimination.

[53] Le Tribunal cite également la décision rendue par notre Cour à l’occasion dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401, dans laquelle deux juges ont exprimé leurs doutes quant à la question de savoir si l’octroi de la citoyenneté sous le régime de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29 constitue véritablement un service, de même que la décision rendue par le Tribunal à l’occasion de l’affaire *Forward et Forward c. Citoyenneté et Immigration Canada*, 2008 TCDP 5 (*Forward*), laquelle enseigne que l’octroi de la citoyenneté ne constitue pas un service parce que rien n’est offert au public ou mis à sa disposition lorsque la mesure législative est appliquée. Le Tribunal mentionne en outre les décisions du Tribunal et de la Cour fédérale rendues à l’occasion de l’affaire *Dreaver, Fairbain, Gingell, Irvine, Melenchuk, Ross, Watkinson, Weidenhammer et Willet c. Jim Pankiw*, 2009 TCDP 8, conf. par 2010 CF 555 (*Pankiw* C.F.), qui enseignent qu’un service doit s’accompagner d’un avantage ou d’une aide mis à la disposition des intéressés, et qu’il convient de rechercher « si cet avantage ou cette aide faisait partie de la nature essentielle de l’activité » (*Andrews*, au paragraphe 49, citant *Pankiw* C.F., au paragraphe 42).

[54] Applying these principles to the facts of Mr. Andrews' complaints, as in *Matson*, the Tribunal held that the complaints were a direct challenge to provisions in the *Indian Act* because they alleged that these provisions were discriminatory. The Tribunal accepted that the impugned provisions do confer a benefit on those granted Indian status and thus meet the first component of a service customarily available to the public, within the meaning of section 5 of the CHRA.

[55] However, the Tribunal found the second component was missing because in the act of legislating, Parliament does not hold out or offer a service to the public; in short, the legislator is not a service-provider.

[56] The Tribunal further held that its conclusion was supported by the modern principle of statutory interpretation, which requires that the words of an Act be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament, citing Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (Toronto: Butterworths, 1974), at page 67. Also citing the associated words rule applied in *Forward*, the Tribunal held that the term "services", as used in section 5 of the CHRA, is informed by its placement alongside the terms, "goods", "facilities" and "accommodations" and thus should be understood to be of a similar character. According to the Tribunal, such a reading confirms that the act of legislating is not encompassed as a possible discriminatory practice within the meaning of section 5 of the CHRA.

[57] Thus, in addition to the reasons offered in *Matson*, the Tribunal in *Andrews* offered a more detailed analysis of the jurisprudence and the legislation in support of its conclusion that the complaints did not allege a discriminatory practice in the provision of services customarily available to the general public that could be the subject of a complaint under section 5 of the CHRA. And in result, it once again dismissed the complaints.

[54] Appliquant ces principes aux faits des plaintes de M. Andrews, à l'occasion de l'affaire *Matson*, le Tribunal conclut qu'elles contestent directement la *Loi sur les Indiens* en alléguant le caractère discriminatoire des dispositions en cause. Le Tribunal admet que les dispositions controversées procurent un avantage aux personnes qui reçoivent un statut d'Indien et que, ce faisant, le premier élément d'un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP est présent.

[55] Tel n'est cependant pas le cas du deuxième élément puisque, lorsqu'il légifère, le législateur n'offre pas un service au public et ne met rien à sa disposition. En bref, le législateur n'est pas un prestataire de services.

[56] Le Tribunal a ajouté que cette conclusion s'appuyait sur le principe moderne d'interprétation des lois, suivant lequel les mots figurant dans une loi doivent être lus dans leur contexte global, selon leur acception grammaticale et ordinaire qui s'harmonise avec l'esprit et l'objet de la loi, et l'intention du législateur (citant Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes*, Toronto : Butterworths, 1974, à la page 67). S'en remettant également à la règle des mots associés consacrée par la jurisprudence *Forward*, le Tribunal affirme que le mot « services », tel qu'il figure à l'article 5 de la LCDP, est éclairé par les mots « biens », « installations » et « hébergement » auxquels il est associé et doit par conséquent être compris comme ayant une nature analogue. Aux yeux du Tribunal, cette interprétation confirme que l'acte de légiférer ne fait pas partie des actes discriminatoires possibles au sens de l'article 5 de la LCDP.

[57] Outre les motifs dont fait état la décision *Matson*, le Tribunal, à l'occasion de l'affaire *Andrews* produit une analyse plus étoffée de la jurisprudence et de la législation à l'appui de sa conclusion selon laquelle les plaintes ne mettent pas en cause un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation d'un service destiné au public et susceptible de faire l'objet d'une plainte en vertu de l'article 5 de la LCDP. Par conséquent, il a de nouveau rejeté les plaintes.

### III. Analysis

[58] With this background in mind, it is now possible to move to review the two issues advanced by the Commission in this appeal, namely, what standard of review is applicable to the Tribunal's decisions and whether the decision in *Murphy* should be found to have been wrongly decided or to no longer be good law.

#### A. *Standard of Review*

[59] On the first issue, this Court is required to step into the shoes of the Federal Court and determine whether it selected the appropriate standard of review and whether it applied that standard correctly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 (*Agraira*), at paragraphs 45–47.

[60] In the present case, discerning the appropriate standard of review is not straightforward. The post-*Dunsmuir* case law of this and other appellate courts as well as, arguably, that of the Supreme Court of Canada is divided on the issue of what standard of review applies to decisions of human rights tribunals when they are called upon to interpret the scope of protection afforded under human rights legislation.

[61] The starting point for the discussion is the recognition that, under *Dunsmuir* and the volley of administrative law cases subsequently decided by the Supreme Court, the reasonableness standard presumptively applies to decisions of all administrative tribunals interpreting their constituent statutes or statutes closely related to their functions: *Dunsmuir*, at paragraph 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 28; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), at paragraph 16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 30; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 21; *Martin v. Alberta (Workers' Compensation*

### III. Analyse

[58] Avec cette toile de fond, il est maintenant possible de discuter les deux questions que soulève la Commission dans le cadre du présent appel, la première à l'égard de la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal, et la deuxième concernant la possibilité que la jurisprudence *Murphy* soit erronée et ne fasse plus autorité aujourd'hui.

#### A. *Norme de contrôle*

[59] En ce qui concerne la première question, notre Cour doit se mettre à la place de la Cour fédérale afin de rechercher si elle a retenu la norme de contrôle appropriée et si elle l'a correctement appliquée : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 (*Agraira*), aux paragraphes 45 à 47.

[60] En l'espèce, le choix de la norme de contrôle appropriée n'est pas un exercice simple. La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir* de notre Cour et d'autres juridictions d'appel et, possiblement, de la Cour suprême du Canada, est partagée sur la question de la norme de contrôle que doivent appliquer les tribunaux en matière de droits de la personne appelés à interpréter la portée des garanties offertes par la législation pertinente.

[61] Le point de départ de l'analyse est le constat que, dans la foulée de l'arrêt *Dunsmuir* et d'une abondante jurisprudence administrative ultérieure de la Cour suprême, en principe, la norme de la décision raisonnable s'applique aux décisions des tribunaux administratifs qui interprètent leurs lois constitutives ou des lois étroitement rattachées à leurs fonctions : *Dunsmuir*, au paragraphe 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*), au paragraphe 28; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*), au paragraphe 16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 30; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 21;

*Board*), 2014 SCC 25, [2014] 1 S.C.R. 546, at paragraph 11; *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674, at paragraph 26; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197 (NGC), at paragraph 13; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 (CN), at paragraph 55; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraph 35; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3 (*Mouvement laïque*), at paragraph 46; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147, at paragraph 73; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at paragraph 32.

[62] However, this presumption is inapplicable if the issue under review involves a constitutional question (other than an issue of whether the exercise of discretion violates the Charter or does not respect Charter values), a question of general importance to the legal system that is outside the decision maker's specialized expertise, the determination of the respective jurisdiction of two or more administrative decision makers or a so-called "true" question of *vires*: *Dunsmuir*, at paragraphs 58–61; *Smith*, at paragraph 26; *Mowat*, at paragraph 18; *Alberta Teachers*, at paragraph 30; *NGC*, at paragraph 13; *CN*, at paragraph 55.

[63] In addition, the presumption may be rebutted by looking at contextual factors, including the purpose of the tribunal, the nature of the question at issue and the expertise of the tribunal. The presence or absence of a privative clause had been held to also be a key contextual factor in many cases that predated *Dunsmuir*, but after the decision of the Supreme Court of Canada in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, has been given far less weight, as in that case and many subsequent Supreme Court decisions, the reasonableness standard

*Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board)*, 2014 CSC 25, [2014] 1 R.C.S. 546, au paragraphe 11; *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674, au paragraphe 26; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197 (*MBAC*), au paragraphe 13; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 (*CN*), au paragraphe 55; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, au paragraphe 35; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3 (*Mouvement laïque*), au paragraphe 46; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147, au paragraphe 73; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, au paragraphe 32.

[62] Cette présomption est toutefois inapplicable si une affaire porte sur une question constitutionnelle (autre que la question de savoir si l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire viole la Charte ou est contraire aux valeurs qu'elle consacre), une question d'intérêt général pour le système juridique qui n'est pas du ressort d'un décideur spécialisé, la détermination des compétences respectives d'au moins deux décideurs administratifs ou une question qui intéresse « véritablement » la compétence : *Dunsmuir*, aux paragraphes 58 à 61; *Smith*, au paragraphe 26; *Mowat*, au paragraphe 18; *Alberta Teachers*, au paragraphe 30; *MBAC*, au paragraphe 13; *CN*, au paragraphe 55.

[63] De surcroît, cette présomption peut être combattue par l'examen des facteurs extrinsèques comme la mission du tribunal, la nature de la question en litige et l'expertise du tribunal. Dans plusieurs affaires antérieures à l'arrêt *Dunsmuir*, la présence ou l'absence d'une clause privative était incluse dans les principaux facteurs extrinsèques, mais ce critère a perdu beaucoup d'importance depuis la reddition par la Cour suprême du Canada de l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. En effet, à l'occasion de cette affaire et de beaucoup d'autres



has been applied even in the absence of a privative clause (see e.g. *Dunsmuir*, at paragraph 52; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 25 and 26; *Mowat*, at paragraph 17; and the non-labour decisions of the Supreme Court post-*Dunsmuir* applying the reasonableness standard of review, in many of which the relevant statutes lacked privative clauses).

[64] The other three contextual factors identified in the case law, involving the purpose of the tribunal, the nature of the question at issue and the expertise of the tribunal, are interrelated and are aimed at discerning whether the nature of the question being considered is such that the legislator intended it be answered by the administrative decision-maker as opposed to the Court. Indicia of such an intention include the role assigned to the administrative decision-maker under the legislation, and the relationship between the question decided and the institutional expertise of the decision maker as opposed to the institutional expertise of a court. Where there is overlap between the two and the question at issue may be decided in the first instance either by a court or by the tribunal, the Supreme Court has indicated that correctness will apply: see, for example, *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; and *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615.

[65] Applying the foregoing general principles to decisions of human rights tribunals has resulted in conflicting decisions.

[66] In *Mowat*, the first case involving a human rights issue decided by the Supreme Court of Canada post-*Dunsmuir*, the Court held that the reasonableness standard applied to review of a decision of the federal human rights tribunal as to its authority to award costs to a successful complainant under the CHRA. The reasoning in *Mowat* focussed both on the presumptive application of the reasonableness standard to tribunals interpreting their constituent statutes and on the nature of the question, which was found to not be one of

affaires ultérieures, la Cour suprême a appliqué la norme de la décision raisonnable même en l'absence d'une disposition privative (voir notamment *Dunsmuir*, au paragraphe 52; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 25 et 26; *Mowat*, au paragraphe 17; ainsi que d'autres arrêts postérieurs à l'arrêt *Dunsmuir* n'ayant pas trait au droit du travail et par lesquels la Cour suprême applique la norme de la décision raisonnable, en dépit de l'absence de dispositions privatives dans les lois pertinentes dans plusieurs cas).

[64] Selon les trois autres facteurs extrinsèques relevés dans la jurisprudence, soit la mission du tribunal, la nature de la question en litige et l'expertise du tribunal, qui sont imbriqués, le juge doit rechercher si, vu la nature de la question à l'étude, le législateur avait l'intention de la déférer à un décideur administratif plutôt qu'au juge judiciaire. Parmi les indices de cette intention, il y a la mission que confie la législation au décideur administratif, de même que le rapport entre la question à trancher et l'expertise institutionnelle du décideur par opposition à celle du juge judiciaire. Si ces expertises se chevauchent et si la question en litige peut être tranchée en première instance aussi bien par le juge judiciaire que par un tribunal administratif, la Cour suprême enseigne que la norme de la décision correcte doit être appliquée : voir notamment *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; et *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615.

[65] L'application des grands principes exposés ci-dessus a donné lieu à une jurisprudence contradictoire des tribunaux des droits de la personne.

[66] Par l'arrêt *Mowat*, le premier rendu par la Cour suprême après l'arrêt *Dunsmuir* en matière de droits de la personne, elle enseigne que la norme de contrôle de la décision raisonnable s'applique aux décisions du tribunal fédéral des droits de la personne concernant sa compétence pour accorder les dépens au plaignant qui a obtenu gain de cause aux termes de la LCDP. Le raisonnement suivi à l'occasion de l'affaire *Mowat* repose à la fois sur la présomption d'application par les tribunaux de la norme de la décision raisonnable



general importance to the legal system as a whole and outside the tribunal's expertise. However, Justices LeBel and Cromwell, who wrote for the Court, left open the possibility that other sorts of issues that come before human rights tribunals might be subject to review on the correctness standard. They wrote as follows, at paragraph 23:

There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. In respect of some of these questions, the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis could well lead to the application of the standard of correctness. But, not all questions of general law entrusted to the Tribunal rise to the level of issues of central importance to the legal system or fall outside the adjudicator's specialized area of expertise.

[67] Next, in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, the Supreme Court held that the reasonableness standard applied to review of a decision made by the Saskatchewan Human Rights Tribunal, interpreting and applying the hate speech provisions in *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1. In so deciding, Justice Rothstein, who penned the unanimous ruling, stated at paragraph 168 that:

... the decision was well within the expertise of the Tribunal, interpreting its home statute and applying it to the facts before it. The decision followed [the applicable leading authority] and otherwise did not involve questions of law that are of central importance to the legal system outside its expertise.

[68] Two years later, in *Mouvement laïque*, the majority of the Supreme Court held that both the reasonableness and the correctness standards applied to different aspects of the Quebec Human Rights Tribunal's interpretation of the scope of protection afforded under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (Quebec Charter) to freedom of religion.

lorsqu'ils interprètent leurs lois constitutives et sur la nature de la question en litige, laquelle n'a pas été jugée d'intérêt général pour le système juridique et du ressort du tribunal. Toutefois, les juges LeBel et Cromwell, s'exprimant au nom de la Cour, n'écartent pas la possibilité que la norme de la décision correcte joue si des questions d'une autre nature sont déferées aux tribunaux des droits de la personne. Voici leur analyse à cet égard au paragraphe 23 :

Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. À l'issue de l'analyse relative à la norme de contrôle proposée dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme applicable aux décisions sur certaines de ces questions pourrait bien être celle de la décision correcte. Mais les questions de droit générales que le Tribunal est appelé à trancher n'équivalent pas toutes à des questions d'une importance capitale pour le système juridique et elles ne sont pas toutes étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel.

[67] Par ailleurs, l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, rendu par la Cour suprême, décide que la norme de la décision raisonnable s'applique aux décisions du tribunal des droits de la personne de la Saskatchewan lorsqu'il est appelé à interpréter et à appliquer les dispositions portant sur les propos haineux du *Saskatchewan Human Rights Code (The)*, S.S. 1979, ch. S-24.1. Voici ce que le juge Rothstein, qui signe cette décision unanime, observe au paragraphe 168 :

[...] la décision relevait manifestement de l'expertise du Tribunal, relativement à l'interprétation de sa loi constitutive et à son application aux faits dont il disposait. Cette décision suivait [l'arrêt de principe pertinent] et ne portait pas par ailleurs sur des questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d'expertise du Tribunal.

[68] Deux années plus tard, à l'occasion de l'affaire *Mouvement laïque*, la majorité de la Cour suprême a conclu que la norme de la décision raisonnable et la norme de la décision correcte visent les aspects différents de l'interprétation que doit faire le Tribunal des droits de la personne du Québec de la portée des garanties de la *Charte des droits et libertés de la personne*

More specifically, the Court ruled that the correctness standard applied to discerning the scope of the state's duty of religious neutrality. However, it held that the reasonableness standard applied to the rest of the Tribunal's decision, including the issues of whether the impugned prayer before a council meeting was of a religious nature, whether it interfered with the complainant's freedom of religion and whether the prayer was discriminatory. The Court held that these latter questions fell "squarely within the Tribunal's area of expertise" and were therefore entitled to deference (at paragraph 50). On the religious neutrality question, the majority of the Court found that "the importance of this question to the legal system, its broad and general scope and the need to decide it in a uniform and consistent manner" militated in favour of the correctness standard (at paragraph 51).

[69] From the foregoing, it is difficult to draw a bright line as to when the reasonableness or the correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting the scope of the protections afforded in their constituent legislation.

[70] Turning to the case law of this Court, in *Murphy*, Chief Justice Noël, writing for the panel, applied the reasonableness standard to review of the Tribunal's decision interpreting the meaning to be given to services "customarily available to the general public" in section 5 of the CHRA. Similarly, in *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 76 C.H.R.R. D/353, Justice Stratas, writing for the panel, applied the reasonableness standard to review the Tribunal's decision interpreting the meaning to be given to "discrimination" in the context of a claim alleging that schools and child welfare on Indian reserves were underfunded.

[71] On the other hand, in *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595, Justice Mainville, who wrote for the panel, found that the correctness standard applied to review of the Tribunal's interpretation of family status discrimination.

du Québec, L.R.Q., ch. C-12 (la Charte québécoise) en matière de liberté religieuse. Plus précisément, la Cour a conclu que la norme de la décision correcte s'appliquait pour préciser les contours de la neutralité religieuse de l'État. Cependant, c'est la norme de la décision raisonnable qui visait le résidu de la décision du Tribunal, y compris les questions de savoir si la prière récitée avant une réunion du conseil municipal en cause était de nature religieuse, s'il y avait atteinte à la liberté religieuse du plaignant et si la prière était discriminatoire. La Cour suprême a conclu que ces dernières questions sont « au cœur de l'expertise du Tribunal » et qu'il a donc droit à la déférence en ce qui les concerne (au paragraphe 50). Pour ce qui est de la neutralité religieuse, la Cour a conclu à la majorité que l'« importance de cette question pour le système juridique, sa portée large et générale et le souci de la trancher de manière uniforme et cohérente » militent en faveur de la norme de la décision correcte (au paragraphe 51).

[69] Vu ce qui précède, il est difficile de tracer une ligne de démonstration nette entre les décisions assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable et celles qui appellent la norme de la décision correcte lorsque les tribunaux des droits de la personne sont appelés à interpréter la portée des garanties prévues par leurs lois constitutives.

[70] Pour sa part, notre Cour a appliqué, à l'occasion de l'affaire *Murphy*, (par la plume du juge en chef Noël au nom de la Cour), la norme de la décision raisonnable à un jugement du Tribunal interprétant le sens des mots services « destinés au public » à l'article 5 de la LCDP. De même, par l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, le juge Stratas, s'exprimant au nom de la Cour, a appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable à un jugement interprétant le sens à donner au mot « discrimination » concernant une plainte alléguant que les écoles et les services d'aide à l'enfance sont sous-financés dans les réserves indiennes.

[71] Par contre, à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595, le juge Mainville conclut au nom de la Cour que la norme de la décision correcte doit s'appliquer à l'interprétation par le Tribunal de la notion de

He based this conclusion on: (i) the fact that pre-*Dunsmuir* case law had applied this standard; (ii) human rights statutes are quasi-constitutional and therefore their interpretation raises questions of fundamental importance; and (iii) a multiplicity of courts and tribunals are called upon to interpret human rights statutes, which favours full curial review to avoid inconsistency in the interpretation of fundamental rights. The approach in *Johnstone* was followed by this Court in *Canadian National Railway Company v. Seeley*, 2014 FCA 111, 73 Admin. L.R. (5th) 257.

[72] In Ontario, both the Court of Appeal and the Divisional Court have applied the reasonableness standard of review in the post-*Dunsmuir* case law to decisions of the provincial human rights tribunal interpreting provisions in the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, that define the scope of anti-discrimination protection: see, for example, *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII).

[73] In Alberta, the Court of Appeal has taken the opposite approach and applied the correctness standard to review the human rights tribunal's interpretation of the provisions in human rights legislation that define discrimination and the scope of protection afforded under the legislation: *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210. A similar approach has been taken by the Prince Edward Island Court of Appeal: *Ayangma v. Eastern School Board and Ano.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304.

[74] In Nova Scotia, post-2008, the Court of Appeal initially applied the reasonableness standard to review of Human Rights Board of Inquiry decisions interpreting the scope of protections provided under the legislation: *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*, 2015 NSCA 2, 354

discrimination fondée sur la situation familiale. Voici les fondements de sa conclusion : i) avant l'arrêt *Dunsmuir*, la jurisprudence appliquait cette norme; ii) les lois relatives aux droits de la personne assurent des garanties quasi constitutionnelles et, partant, leur interprétation soulève des questions fondamentales; iii) le fait qu'un grand nombre de juges judiciaires et de tribunaux sont appelés à interpréter ces lois appelle un examen judiciaire exhaustif afin que soient évitées les incohérences dans l'interprétation des droits fondamentaux. L'approche suivie par la jurisprudence *Johnstone* a été reprise par notre Cour à l'occasion de l'affaire *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111.

[72] En Ontario, depuis l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour d'appel et la Cour divisionnaire appliquent la norme de contrôle de la décision raisonnable aux décisions du Tribunal des droits de la personne de l'Ontario interprétant les dispositions du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, qui définissent la portée des garanties contre la discrimination (voir notamment *Taylor-Baptiste v. Ontario Public Service Employees Union*, 2015 ONCA 495, 126 O.R. (3d) 481; *Shaw v. Phipps*, 2012 ONCA 155, 347 D.L.R. (4th) 616; *Grogan v. Ontario (Human Rights Tribunal)*, 2012 ONSC 319 (CanLII); *Visc v. HRTO and Elia Associates Professional Corporation*, 2015 ONSC 7163 (CanLII)).

[73] La Cour d'appel de l'Alberta a suivi une voie opposée en appliquant la norme de la décision correcte aux décisions du tribunal provincial interprétant les dispositions législatives sur les droits de la personne qui définissent la discrimination et la portée des garanties prévues : *Stewart v. Elk Valley Coal Corporation*, 2015 ABCA 225 (CanLII), 602 A.R. 210. La Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard a opté pour une approche similaire : *Ayangma v. Eastern School Board and Ano.*, 2008 PESCAD 10 (CanLII), 277 Nfld. & P.E.I.R. 304.

[74] En Nouvelle-Écosse, après 2008, la Cour d'appel a d'abord appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable aux décisions de la Commission d'enquête sur les droits de la personne interprétant la portée des garanties législatives : *Tri-County Regional School Board v. Nova Scotia (Human Rights Board of Inquiry)*,

N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R. (2d) 190. However, following the decision of the Supreme Court of Canada in *Mouvement laïque*, the Nova Scotia Court of Appeal modified its approach and applied the correctness standard to the Board of Inquiry's interpretation of "discrimination" in *International Association of Fire Fighters, Local 268 v. Adekayode*, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38.

[75] In Quebec, as noted in *Mouvement laïque*, the Quebec Court of Appeal had often applied the appellate standards of review to decisions of the Quebec Human Rights Tribunal under the Quebec Charter and, accordingly, reviewed legal determinations of the Tribunal on the correctness standard. In *Mouvement laïque*, the Supreme Court overturned this approach in favour of administrative law review on the principles outlined above. Subsequently, the Quebec Court of Appeal has reviewed decisions of the Quebec Human Rights Tribunal in *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397 and *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544, 96 Admin. L.R. (5th) 228. In those cases it applied the reasonableness standard to review of the Tribunal's finding that the clause of a collective agreement was discriminatory on the basis of age (*Université de Sherbrooke*, at paragraphs 31–33), and of the Tribunal's interpretation of the expression "the use of any means to palliate a handicap" provided in section 10 of the Quebec Charter (*Côté*, at paragraphs 19–21).

[76] In Saskatchewan, the Court of Appeal applied the correctness standard in *Whitcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69, to review of the Tribunal's ruling on whether the offensive flyers constituted prohibited hate speech as defined in the human rights legislation, but was overturned on this point by the Supreme Court of Canada, as noted above.

2015 NSCA 2, 354 N.S.R. (2d) 289; *Foster v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2015 NSCA 66, 362 N.S.R. (2d) 190. Toutefois, à la suite de l'arrêt *Mouvement laïque* rendu par la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a appliqué la norme de la décision correcte lors de son examen de l'interprétation que donne la commission d'enquête au mot « discrimination » (*International Association of Fire Fighters, Local 268 v. Adekayode*, 2016 NSCA 6, 371 N.S.R. (2d) 38).

[75] Au Québec, comme le signale l'arrêt *Mouvement laïque*, la Cour d'appel a souvent appliqué les normes d'examen suivies par les juridictions d'appel aux décisions du Tribunal des droits de la personne du Québec rendues en vertu de la Charte québécoise, et a par conséquent assujéti les conclusions de droit de celui-ci à la norme de la décision correcte. Par l'arrêt *Mouvement laïque*, la Cour suprême a répudié cette norme d'intervention au profit de l'approche suivie en droit administratif selon les principes susmentionnés. La Cour d'appel du Québec a par la suite été appelée à examiner les décisions du Tribunal des droits de la personne à l'occasion des affaires *Université de Sherbrooke c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2015 QCCA 1397 et *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Côté*, 2015 QCCA 1544. La Cour d'appel a appliqué la norme de la décision raisonnable lors de son examen de la conclusion du Tribunal selon laquelle la clause d'une convention collective était discriminatoire en raison d'une distinction fondée sur l'âge (*Université de Sherbrooke*, aux paragraphes 31 à 33), ainsi que son interprétation des mots « l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap » à l'article 10 de la Charte québécoise (*Côté*, aux paragraphes 19 à 21).

[76] En Saskatchewan, à l'occasion de l'affaire *Whitcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 SKCA 26 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 69, la Cour d'appel suit la norme de la décision correcte lors de son examen du jugement du Tribunal sur la question de savoir si des prospectus véhiculaient des propos haineux interdits selon la législation en matière de droits de la personne — une approche rejetée par la suite par la Cour suprême, comme il a été signalé précédemment.

[77] The issue does not arise in British Columbia as legislation in that province determines the applicable standard of review: *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, sections 58 and 59. Finally, appellate courts in Manitoba, Newfoundland and Labrador and New Brunswick do not appear to have considered the issue.

[78] The foregoing survey highlights the sorry state of the case law and its lack of guidance on when decisions of human rights tribunals interpreting provisions in human rights legislation will be afforded deference. Fortunately, it is not necessary to decide between the conflicting lines of authority in this case, as this matter can be decided on a narrower basis in application of the following general principles that emerge from the Supreme Court's case law.

[79] First, one cannot turn to the pre-*Dunsmuir* case law as satisfactorily settling the standard of review applicable to Tribunal decisions interpreting the CHRA. In *Agraira*, the Supreme Court indicated that one cannot necessarily rely on pre-*Dunsmuir* precedents “if [they] appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review” (at paragraph 48), which include the presumptive application of the reasonableness standard to review of a tribunal's interpretation of its constituent statute. This conclusion was endorsed by this Court in *Kandola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FCA 85, [2015] 1 F.C.R. 549, at paragraph 35. Thus, one of the reasons offered in *Johnstone* for selection of the correctness standard no longer holds in light of *Agraira*.

[80] Second, the interpretation of human rights legislation does not involve a constitutional question, within the meaning of the Supreme Court's administrative law jurisprudence, which leaves the courts as final arbiter of constitutional issues due to the role assigned to them under the constitution to enforce the Charter and the *Constitution Act, 1867*. The rights afforded under human rights legislation—while important and fundamental—are statutory and therefore fundamentally different from constitutional rights.

[77] La question ne se pose pas en Colombie-Britannique puisque la norme de contrôle applicable est prescrite aux articles 58 et 59 de la *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45. Pour ce qui est des cours d'appel du Manitoba, de Terre-Neuve-et-Labrador et du Nouveau-Brunswick, il ne semble pas qu'elles se soient prononcées sur cette question.

[78] Il ressort de ce survol que la jurisprudence est incertaine et peu éclairante quant à la déférence à accorder aux décisions des tribunaux spécialisés portant interprétation de la législation en matière de droits de la personne. Heureusement, point n'est besoin en l'espèce de choisir entre des courants jurisprudentiels divergents puisque la question en litige peut être tranchée de manière plus restreinte en appliquant les principes généraux suivants de la Cour suprême.

[79] Premièrement, la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* ne règle pas de manière satisfaisante la question de la norme de contrôle applicable aux décisions d'un tribunal interprétant la LCDP. Par l'arrêt *Agraira*, la Cour suprême signale que l'on ne peut nécessairement se fier à la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Dunsmuir* « si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire » (au paragraphe 48), y compris l'application présumée de la norme de la décision raisonnable à l'analyse de l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal. Notre Cour a abondé dans le même sens à l'occasion de l'affaire *Kandola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CAF 85, [2015] 1 R.C.F. 549, au paragraphe 35. Il en découle que la jurisprudence *Agraira* désavoue l'un des motifs évoqués par la décision *Johnstone* pour justifier l'application de la norme de la décision correcte.

[80] Deuxièmement, l'interprétation de la législation en matière de droits de la personne ne soulève pas une question constitutionnelle au sens de la jurisprudence de la Cour suprême portant sur le droit administratif. Par conséquent, la décision finale revient aux cours de justice pour ce qui est des questions constitutionnelles, conformément au rôle que leur confère la Constitution relativement à l'application de la Charte et de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les garanties offertes par la législation en matière de droits de la personne, certes



[81] Third, the presumptive application of the reasonableness standard is not rebutted by the mere fact that human rights tribunals are called upon to decide important issues of broad import that possess quasi-constitutional dimensions. In the Supreme Court's case law, the exception to the reasonableness standard due to the importance of the issue under review to the legal system is double-pronged: to merit correctness review, the issue must *both* be one of importance to the legal system as a whole *and* must be outside the expertise of the tribunal.

[82] Interpretation of human rights legislation is the core competency of human rights adjudicators and thus falls squarely within their expertise. Indeed, the decisions in the present case eloquently attest to this. Thus, the fact that discrimination protection is of broad general importance to the legal system is not enough to merit correctness review.

[83] An analogy may be drawn in this regard to some of the issues that come before labour boards, which in terms of review do not differ in any meaningful way from the sorts of issues considered by human rights tribunals. Labour boards are called upon to interpret labour legislation and the breadth of legislative provisions governing the grant of bargaining rights, which the Supreme Court has confirmed possess a constitutional aspect: *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245. The reasonableness standard of review undoubtedly applies to labour board decisions of this nature; the importance of the issues decided by a labour board or such issues' quasi-constitutional dimension does not give rise to correctness review. Similarly, the nature of the issues decided by human rights tribunals when they interpret the scope of protection afforded under their constituent statutes cannot, in and of itself, merit application of the correctness standard.

importantes et fondamentales, sont de nature législative et, en soi, intrinsèquement différentes des droits constitutionnels.

[81] Troisièmement, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable n'est pas invalidée par le seul fait que les tribunaux des droits de la personne sont appelés à trancher des questions importantes de portée générale et de nature quasi constitutionnelle. La jurisprudence de la Cour suprême consacre une exception en deux volets à l'application de la norme de la décision raisonnable lorsque la question à trancher est de grande importance pour le système juridique : pour justifier le recours à la norme de la décision correcte, la question en litige doit *à la fois* receler une grande importance pour l'ensemble du système juridique *et* échapper au domaine d'expertise du tribunal.

[82] Or, l'interprétation de la législation en matière de droits de la personne est au cœur de la compétence des tribunaux des droits de la personne et relève manifestement de leur expertise, ce dont les décisions visées en l'espèce témoignent éloquentement. En l'occurrence, le fait que la protection contre la discrimination revêt une importance générale pour le système juridique n'appelle pas à lui seul la norme de la décision correcte.

[83] Une analogie pourrait être faite à cet égard avec certaines questions déferées aux commissions des relations de travail, dont l'examen se déroule essentiellement de la même manière pour les questions dont sont saisis les tribunaux des droits de la personne. Les commissions des relations du travail doivent interpréter la législation du travail et la portée des dispositions législatives régissant l'octroi de droits de négociation qui, a tranché la Cour suprême, ont une dimension constitutionnelle : *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245. Il est indubitable que la norme de contrôle de la décision raisonnable vise les décisions de cette nature d'une commission des relations du travail, et que l'importance des questions examinées ou leur dimension quasi constitutionnelle n'appellent pas la norme de la décision correcte. Dans cette même optique, la nature des questions décidées par un tribunal des droits de la personne qui interprètent la portée des garanties prévues par sa loi constituante ne saurait à elle seule appeler la norme de la décision correcte.



[84] It thus follows that, if the correctness standard applies, justification must be found on some other basis. An alternate justification may arise through application of the contextual factors, discussed above, and, more specifically, through the fact that in many instances issues decided by certain human rights tribunals may also arise before the courts or labour arbitrators.

[85] In Quebec, both the courts and the Human Rights Tribunal possess jurisdiction to remedy breaches of the Quebec Charter and both are thus called upon to interpret it: *Mouvement laïque*, at paragraph 51. In my view, the decision in *Mouvement laïque* must be understood in this context—it is this overlapping jurisdiction combined with the overarching importance of defining the bounds of the state’s role in assuring freedom of religion that explains the selection of the correctness standard in that case.

[86] Likewise, in the employment context, labour adjudicators now have jurisdiction to apply human rights legislation: see *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 and for example, paragraph 226(2)(a) of the *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, section 2 and paragraph 60(1)(a.1) of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2. Thus, several tribunals may be called upon to interpret concepts like what constitutes discrimination and the bounds of the *bona fide* justification defence. This overlap might provide a sound basis for selection of the correctness standard of review under general principles that flow from the Supreme Court’s jurisprudence.

[87] Even if this is so, there is no such overlap in the present case. The issue of what constitutes a service customarily available to the general public within the meaning of section 5 of the CHRA can only ever be decided by the Tribunal. It will not ever come before a labour adjudicator or arbitrator as employers do not provide such services to their employees. Similarly, the issue cannot come before a court as there is no cause of action arising from a breach of the CHRA: *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*,

[84] Il s’ensuit que si joue la norme de la décision correcte, elle doit reposer sur un autre fondement. Cet autre fondement peut être puisé dans des facteurs extrinsèques, évoqués précédemment, et plus particulièrement du fait que beaucoup de questions déferées aux tribunaux des droits de la personne peuvent aussi être déferées à une cour de justice ou à un arbitre du travail.

[85] Au Québec, les juridictions judiciaires et le Tribunal des droits de la personne ont tous compétence pour sanctionner les violations de la Charte québécoise et, par conséquent, tous peuvent être appelés à l’interpréter (*Mouvement laïque*, au paragraphe 51). À mon avis, la jurisprudence *Mouvement laïque* doit être comprise dans ce contexte. C’est l’effet conjugué du chevauchement des compétences et de l’importance générale que revêt la définition de la portée du rôle de l’État au chapitre de la protection de la liberté de religion qui légitime la norme de la décision correcte dans ce cas.

[86] Aussi, en matière de relations de travail, les arbitres ont désormais compétence pour appliquer la législation en matière de droits de la personne (voir *Parry Sound (District), Conseil d’administration des services sociaux c. S.E.E.F.P.O., section locale 324*, 2003 CSC 42, [2003] 2 R.C.S. 157, et pour voir un exemple, l’alinéa 226(2)a) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, et l’article 2 ainsi que l’alinéa 60(1)a.1) du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2). Plusieurs fors peuvent donc être appelés à interpréter des concepts comme la discrimination et la portée d’un moyen de défense fondé sur un motif justifiable. Le chevauchement des compétences pourrait justifier la norme de la décision correcte au regard des principes généraux découlant de la jurisprudence de la Cour suprême.

[87] Seulement, il n’y a nul chevauchement de cet ordre en l’espèce. La question de savoir ce qui constitue un service destiné au public au sens de l’article 5 de la LCDP ne peut être déferée qu’au Tribunal. Ni commission ni arbitre du travail n’en sera saisi puisqu’un employeur n’assure pas de tels services à ses employés. De même, il est impossible qu’un juge judiciaire soit appelé à trancher ce type de question puisqu’une violation de la LCDP n’ouvre pas droit à une action (*Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*,

[1981] 2 S.C.R. 181, at pages 194 and 195; *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362, at paragraphs 63–65; *Chopra v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 268, [2008] 2 F.C.R. 393, at paragraph 36.

[88] In the absence of any possible overlapping jurisdiction in the present case, the presumptive application of the reasonableness standard of review is not rebutted. Thus, the interpretation given by the Tribunal to section 5 of the CHRA and, more specifically, to its determination that the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public is reviewable on the reasonableness standard. Likewise, its application of that interpretation to the facts of the *Matson* and *Andrews* complaints is reviewable on the reasonableness standard as a matter of mixed fact and law.

#### B. *Are the Tribunal's Decisions Reasonable?*

[89] In determining whether the Tribunals' decisions in *Matson* and *Andrews* should be set aside, this Court must assess both the reasons given by the Tribunal and the result reached. The requisite inquiry involves asking whether the decisions are transparent, justified and intelligible and whether the result reached falls within the range of possible, acceptable outcomes that are defensible in light of the facts and applicable law: *Dunsmuir*, at paragraph 47.

[90] Here, both the reasons given and the result reached are reasonable.

[91] The Tribunal's reasons in both *Matson* and *Andrews* are entirely adequate as they fully set out why the Tribunal reached its conclusions and thoroughly canvass the evidence, the parties' arguments and the applicable case law. The decisions are therefore transparent and intelligible.

[92] Similarly, the result reached by the Tribunal is justifiable and defensible because its characterization of the *Matson* and *Andrews* complaints as being direct

[1981] 2 R.C.S. 181, aux pages 194 et 195, 37 N.R. 455; *Honda Canada Inc. c. Keays*, 2008 CSC 39, [2008] 2 R.C.S. 362, aux paragraphes 63 à 65; *Chopra c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 268, [2008] 2 R.C.F. 393, au paragraphe 36).

[88] En l'absence de chevauchement des compétences en l'espèce, la présomption d'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable n'est pas réfutée. Par conséquent, la norme de contrôle de la décision raisonnable doit s'appliquer à l'interprétation de l'article 5 de la LCDP par le Tribunal et, plus particulièrement, à sa conclusion portant que l'adoption de lois ne constitue pas un service destiné au public. Il en va de même de son application de cette interprétation aux faits des plaintes visées dans les décisions *Matson* et *Andrews*, qui soulève une question mélangée de fait et de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

#### B. *Les décisions du Tribunal sont-elles raisonnables?*

[89] Afin de rechercher s'il convient d'annuler les décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Matson* et *Andrews*, notre Cour doit apprécier à la fois les motifs et la conclusion qu'il tire. La recherche doit porter sur la transparence, la justification et l'intelligibilité du processus décisionnel, et poser la question de savoir si la conclusion appartient aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

[90] En l'espèce, autant les motifs exposés que la conclusion sont raisonnables.

[91] Les motifs sur lesquels le Tribunal fonde les décisions *Matson* et *Andrews* sont tout à fait adéquats. Ils expliquent clairement pourquoi il a tiré ses conclusions et contiennent un examen fouillé des preuves, des moyens des parties et de la jurisprudence applicable. Les décisions sont par conséquent transparentes et intelligibles.

[92] De la même façon, la conclusion du Tribunal est justifiable et défendable puisqu'il qualifie à juste titre les plaintes ayant fait l'objet des décisions *Matson* et

challenges to the impugned provisions in the *Indian Act* is reasonable, and the Tribunal's interpretation of section 5 of the CHRA is one that the section can reasonably bear.

[93] More specifically, it is reasonable to conclude that both complaints were aimed at challenging the provisions in the *Indian Act* under which the complainants' children were ineligible for a grant of Indian status. The complaints seek to expand the statutory grounds for the grant of Indian status by arguing that the legislation is impermissibly under-inclusive because it makes discriminatory distinctions based on the prohibited grounds of race, national or ethnic origin, sex or family status. Thus, what was impugned in the complaints are the provisions of the *Indian Act* themselves. The Tribunal therefore reasonably (and, indeed, correctly) characterized the nature of the complaints.

[94] As for the interpretation of section 5 of the CHRA to the effect that the adoption of legislation does not give rise to a service customarily available to the general public, this interpretation was likewise reasonably open to the Tribunal for several reasons.

[95] First, the Tribunal followed the authority from this Court and the Supreme Court of Canada on what sorts of activities constitute services customarily available to the general public, within the meaning of section 5 of the CHRA. As noted, flowing principally from the decisions in *Gould* and *Watkin*, such a service requires the presence of two separate components: first, something of benefit must be available and, second, the benefit must be held out or offered to the public or a segment of the public.

[96] Second, there is certainly a reasonable basis for concluding that in passing legislation, a legislator is not "holding out" or "offering" something of benefit to the public or to those who might benefit from the legislation. One simply cannot equate the act of legislating with a service. As the Tribunal aptly noted at paragraph 57 of *Andrews*:

*Andrews* d'attaques directes concernant les dispositions visées de la *Loi sur les Indiens*, et son interprétation de l'article 5 de la LCDP fait partie de celles qui peuvent raisonnablement découler de cette disposition.

[93] Plus précisément, il est raisonnable de conclure que les deux plaintes visent les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ayant pour effet de priver les enfants des plaignants de leur droit au statut d'Indien. Les plaintes visent à élargir les conditions législatives ouvrant droit au statut d'Indien, en faisant valoir que la Loi est indûment restrictive puisqu'elle opère des distinctions discriminatoires illicites fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation familiale. Les plaintes visent donc les dispositions mêmes de la *Loi sur les Indiens*. Par conséquent, le Tribunal qualifie de manière raisonnable (et, à vrai dire, tout à fait correcte) la nature de ces plaintes.

[94] Concernant l'interprétation de l'article 5 de la LCDP et la constatation voulant que l'adoption de mesures législatives ne constitue pas un service destiné au public, elles appartiennent aussi aux conclusions raisonnables à la disposition du Tribunal, pour plusieurs raisons.

[95] Premièrement, le Tribunal se fonde sur la jurisprudence de notre Cour et sur celle de la Cour suprême portant sur les types d'activités qui constituent des services destinés au public au sens de l'article 5 de la LCDP. Comme il a été signalé précédemment, vu surtout l'enseignement des arrêts *Gould* et *Watkin*, tout service destiné au public doit comporter deux éléments : il doit offrir quelque chose d'avantageux et l'avantage doit être offert à une partie ou à l'ensemble du public, ou mis à sa disposition.

[96] Deuxièmement, il apparaît tout à fait raisonnable d'affirmer que, quand il adopte des lois, le législateur n'« offre » pas quelque chose d'avantageux au public ou à ceux qui pourraient tirer profit de la mesure législative, et qu'il ne « met pas non plus à leur disposition » cet avantage. Il est tout simplement impossible d'assimiler l'acte de légiférer à un service. Comme le relève à juste titre le Tribunal au paragraphe 57 de la décision *Andrews* :

Law-making is one of Parliament's most fundamental and significant functions and *sui generis* in its nature. This is confirmed by the powers, privileges and immunities that Parliament and the Legislatures possess to ensure their proper functioning, which are rooted in the Constitution, by virtue of the preamble and section 18 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Victoria, c 3, [*Constitution Act*] and in statute law, in sections 4 and 5 of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1: *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)*, (2004), 35 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 719 at paras. 13-17. Indeed, the dignity, integrity and efficient functioning of the Legislature is preserved through parliamentary privilege which, once established, is afforded constitutional status and is immune from review: *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, (1996), 137 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 142, [1996] 2 S.C.R. 876; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30 at para. 33 [*Vaid*]. To consider the act of legislating along the same lines as that of delivering Householders as in *Pankiw* or to processing a citizenship application as in *Forward* is fundamentally problematic and emblematic of an approach which ignores the special role law-making possesses in our society. In legislating, Parliament is not a service provider and there is no "transitive connotation" to this function. Rather, it is fulfilling a constitutionally mandated role, at the very core of our democracy. As such, while law-making is an activity that could be said to take place "in the context of a public relationship" (*Gould* at para. 16) or "creates a public relationship" (*Gould* at para. 68, cited above) as per the second part of the *Gould* test, to characterize it as a service would ignore this *sui generis* quality.

[97] Third, in ruling as it did, the Tribunal applied the decision of this Court in *Murphy* and provided a rational basis for distinguishing *Druken* and the earlier case law of the Tribunal. It therefore reasonably concluded that the binding precedent supported the result it reached, as *Murphy* decides that one may not challenge legislation as being discriminatory under section 5 of the CHRA because the adoption of legislation is not a service customarily available to the general public.

[98] Fourth, contrary to what the Commission asserts, the Tribunal's interpretation is not at odds with the case law from the Supreme Court of Canada or other jurisdictions that recognizes that, in appropriate cases, a human

La législation est l'une des fonctions les plus fondamentales et les plus importantes du Parlement et est de nature *sui generis*. Cela est confirmé par les pouvoirs, les privilèges et les immunités que le Parlement et les législatures possèdent afin de garantir leur fonctionnement adéquat, qui sont fondés dans la Constitution, en vertu du préambule et de l'article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3, (la *Loi constitutionnelle*) et dans le droit législatif, aux articles 4 et 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. 1985, ch. P-1 : *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)*, (2004), 235 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 719, aux paragraphes 13 à 17. En effet, la dignité, l'intégrité et le fonctionnement efficace de la législature est préservé par le privilège du Parlement qui, lorsqu'il est établi, a droit au statut constitutionnel et est à l'abri de tout examen : *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, (1996), 137 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 142, [1996] 2 R.C.S. 876; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, au paragraphe 33 (*Vaid*). Le fait de mettre l'acte de législation dans la même catégorie que la livraison des bulletins parlementaires, comme dans *Pankiw*, ou le traitement des demandes de citoyenneté, comme dans *Forward*, est fondamentalement problématique et emblématique d'une approche qui ne tient pas compte du rôle spécial que la législation joue dans notre société. En légiférant, le Parlement ne fournit pas un service et il n'y a pas de « connotation transitive » pour cette fonction. En fait, la législation remplit un rôle mandaté par la constitution. Par conséquent, bien que la législation soit une activité qui puisse être considérée comme prenant place « dans le cadre d'une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 16) ou comme créant « une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 68, précité) au sens du deuxième volet du critère *Gould*, le fait de la qualifier de service ne tiendrait pas compte de sa nature *sui generis*.

[97] Troisièmement, dans sa décision, le Tribunal a suivi l'enseignement de notre Cour professé à l'occasion de l'affaire *Murphy* et produit un fondement rationnel de la distinction entre les faits de l'affaire *Druken* et la jurisprudence antérieure du Tribunal. Il tire donc la conclusion tout à fait raisonnable que la jurisprudence faisant autorité va dans le sens de sa décision, puisque l'arrêt *Murphy* décide que des mesures législatives ne peuvent être attaquées au motif de leur caractère discriminatoire au sens de l'article 5 de la LCDP puisque légiférer ne constitue pas un service destiné au public.

[98] Quatrièmement, malgré les thèses de la Commission, l'interprétation du Tribunal ne contredit pas la jurisprudence de la Cour suprême ou d'autres juridictions portant que, si l'affaire s'y prête, un tribunal des

rights tribunal may declare inoperative a piece of legislation that conflicts with the human rights legislation due to the primacy of the latter. As the Tribunal correctly noted, none of the cases relied on by the Commission held that the act of passing legislation constitutes a service customarily available to the general public, within the meaning of section 5 of the CHRA or other similar provisions in provincial human rights legislation.

[99] Moreover, the principle of the primacy of human rights legislation is not at odds with the Tribunal's interpretation of section 5 of the CHRA because one must not conflate the scope of the Tribunal's jurisdiction with the extent of its remedial authority once it is validly seized of a complaint. Section 5 defines the type of matters over which the Tribunal has jurisdiction; there is no reason to read the provision as providing jurisdiction to hear legislative challenges merely because in cases where the Tribunal otherwise possesses jurisdiction it may declare conflictual legislation inoperative.

[100] Rather, as the Tribunal noted, under the modern approach to statutory interpretation and the associated words rule, the term "services" should be read in context to mean an action of a nature similar to providing goods, facilities or accommodation. The passing of legislation bears no similarity to these sorts of activities.

[101] In addition, in these complaints, the complainants did not merely seek to have provisions in the *Indian Act* declared inoperative. Rather, their complaints of under-inclusiveness are ultimately aimed at having the provisions in section 6 of the *Indian Act* broadened to include the complainants' children and those who are similarly situated to them. However, the Tribunal is not empowered to issue a declaration of invalidity or to read in additional language into the *Indian Act* to broaden those entitled to Indian status as this type of remedy is only available to a court under subsection 24(1) of the Charter and section 52 of the *Constitution Act, 1982*. The inability of the Tribunal to grant the remedy sought by the complainants militates in favour of the conclusion reached by the Tribunal.

droits de la personne peut déclarer le caractère inopérant le texte législatif incompatible avec la législation en matière de droits de la personne parce que celle-ci a préséance. Comme le souligne à bon droit le Tribunal, rien dans la jurisprudence citée par la Commission n'enseigne que l'adoption de lois constitue un service destiné au public au sens de l'article 5 de la LCDP ou d'autres dispositions analogues de lois provinciales sur les droits de la personne.

[99] Qui plus est, le principe de la primauté des lois sur les droits de la personne n'est pas incompatible avec l'interprétation que donne le Tribunal à l'article 5 de la LCDP, car il ne faut pas confondre la portée de la compétence du Tribunal et de son pouvoir d'accorder des sanctions lorsqu'il a été validement saisi d'une plainte. L'article 5 définit le type de questions qui relèvent du Tribunal, et rien ne permet d'interpréter la disposition comme lui conférant la compétence de trancher des contestations de lois pour la simple raison qu'il peut déclarer qu'une disposition incompatible est inopérante dans le cadre d'affaires relevant de son ressort.

[100] Comme l'a signalé le Tribunal, suivant l'approche moderne d'interprétation des lois et la règle des mots associés, le mot « services » doit être lu au regard du contexte comme désignant un acte d'une nature similaire à la fourniture de biens, d'installations ou de moyens d'hébergement. Or, il n'existe aucune similitude entre l'adoption des lois et ce type d'activités.

[101] De plus, les plaignants ne se bornent pas à demander que des dispositions de la *Loi sur les Indiens* soient déclarées inopérantes. L'objectif ultime de leurs plaintes relatives au caractère trop restrictif des dispositions est d'obtenir l'élargissement d'application de l'article 6 de la *Loi sur les Indiens* aux enfants des plaignants et à toutes les personnes ayant un lien analogue avec eux. Cependant, le Tribunal n'est pas habilité à déclarer qu'une disposition est invalide ni à donner un sens plus large à la *Loi sur les Indiens* qui permettrait d'octroyer le statut d'Indien à d'autres personnes, une mesure que seul le juge judiciaire peut accorder aux termes du paragraphe 24(1) de la Charte et de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'incapacité du Tribunal d'accorder la mesure demandée par les plaignants va dans le sens de sa conclusion.



[102] Fifth, there is no reason to consider that section 2, subsections 49(5) and 62(1) or the former section 67 of the CHRA necessitate reading section 5 of the CHRA in the way the Commission advocates. As the Tribunal convincingly noted, section 2 of the CHRA—the statutory purpose clause—is in no way violated if the Tribunal were to decline to accept that it is entitled to rule on direct challenges to federal legislation. Similarly, subsections 49(5) and 62(1) are consistent with the Tribunal’s interpretation for the reasons given by the Tribunal. The Tribunal’s reasoning regarding former section 67 of the CHRA is likewise persuasive.

[103] Finally, I believe that the policy reasons advanced by the Tribunal are unassailable. Simply put, there is no reason to find that the Tribunal should be an alternate forum to the courts for adjudicating issues regarding the alleged discriminatory nature of legislation when a challenge may be made to a court under section 15 of the Charter. Contrary to what the Commission asserts, I am far from convinced that proceeding before a human rights tribunal would afford complainants greater access to justice, especially given the lengthy delays that are all too often seen in human rights adjudications and that were apparent to a certain extent in these cases. Moreover, the availability of the section 1 defence before the courts but not before the Tribunal provides the ultimate support for the Tribunal’s conclusion as section 1 of the Charter is meant to provide a possible defence when legislation is impugned as being discriminatory. It therefore follows that challenges of this nature should proceed before the courts, where a section 1 defence is available.

[104] I therefore conclude that the Tribunal’s decisions in *Matson* and *Andrews* are reasonable and that there is no basis upon which to declare that *Murphy* is no longer good law.

[102] Cinquièmement, rien ne permet de conclure que l’article 2, les paragraphes 49(5) et 62(1) ou l’ancien article 67 de la LCDP appellent la lecture de l’article 5 de la LCDP qu’avance la Commission. Comme le relève de façon convaincante le Tribunal, l’article 2 de la LCDP — qui fait état de l’objet de la Loi — ne serait aucunement enfreint par un refus du Tribunal de reconnaître sa compétence pour trancher des attaques directes de lois fédérales. Les paragraphes 49(5) et 62(1) sont également conformes à l’interprétation fondant les motifs du Tribunal. Le raisonnement suivi par le Tribunal à l’égard de l’ancien article 67 de la LCDP est tout aussi persuasif.

[103] Enfin, j’estime que les considérations de politique invoquées par le Tribunal sont inattaquables. Tout simplement, on ne saurait conclure que le Tribunal doit être un for subsidiaire à la juridiction judiciaire habilitée à entendre des questions se rapportant à la nature prétendument discriminatoire d’une loi alors que celle-ci peut être contestée devant le juge judiciaire aux termes de l’article 15 de la Charte. Au contraire de la Commission, je suis loin d’être convaincue qu’une procédure devant un tribunal des droits de la personne garantit un meilleur accès à la justice pour les plaignants, surtout vu les longs délais qui plombent le processus de règlement des plaintes relatives aux droits de la personne — ce qui semble assez évident en l’espèce. Par ailleurs, la possibilité de faire valoir un moyen de défense tiré de l’article premier devant le juge judiciaire, mais non devant le Tribunal, fournit le meilleur appui qui soit à sa conclusion, car l’objet de l’article premier de la Charte est d’ouvrir un moyen de défense contre une loi jugée discriminatoire. Il apparaît tout à fait juste que les contestations de cette nature soient déférées au juge judiciaire, devant lequel il est possible d’invoquer l’article premier.

[104] Je conclus par conséquent que les décisions rendues par le Tribunal dans les affaires *Matson* et *Andrews* sont raisonnables, et qu’il n’existe aucune raison de conclure que la jurisprudence *Murphy* ne fait plus autorité.



IV. Proposed Disposition

[105] For the foregoing reasons, I would dismiss this appeal, without costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

IV. Décision proposée

[105] Par les motifs précités, je suis d'avis de rejeter l'appel, sans frais ni dépens.

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

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

T-1391-14  
2016 FC 1255

T-1391-14  
2016 CF 1255

**1395804 Ontario Ltd., operating as Blacklock's Reporter (Plaintiff)**

v.

**Canada (Attorney General) (Defendant)**

**INDEXED AS: 1395804 ONTARIO LTD. (BLACKLOCK'S REPORTER) V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

Federal Court, Barnes J.—Ottawa, September 19 to 23 and November 10, 2016.

*Copyright — Infringement — Action in which plaintiff contending that Department of Finance officials violating copyright by obtaining, reading, distributing two of plaintiff's news articles without authorization — Case involving fair dealing provisions of Copyright Act in context of third party use of content protected by paywall — Plaintiff, small Ottawa-based online news agency owned, operated by two individuals, including managing editor — Plaintiff employing paywall to protect news copy — Complaining that in October 2013, certain Department officials acquiring, distributing two news articles without consent or payment — Plaintiff seeking damages — Managing editor writing articles about changes to Canadian sugar tariffs, consulting Department, president of Canadian Sugar Institute (CSI) for information — Articles making improper claims — CSI President taking out annual single subscription with plaintiff in order to read full articles — Concerned about articles' accuracy, potential damage to working relationship with Department officials — Therefore emailing copies of articles to contact at Department — CSI president unaware of plaintiff's Terms and Conditions for use — Articles emailed to other work colleagues by president's contact — Whether conduct plaintiff impugning protected under fair dealing provisions of Act, in particular, s. 29 — S. 29 providing basic legal protection where purpose of use research, private study, education, etc. — Two leading Supreme Court of Canada cases (CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada; Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada) dealing with s. 29 analysed — In CCH, Supreme Court establishing two-part test for determining whether use of copyrighted material constituting fair dealing — Test involving determining whether dealing is for purpose of "research" or "private study"; whether dealing "fair" — CCH decision concluding that "research" must be given large, liberal interpretation — In present case, Department's acknowledged use of two articles at issue constituting fair dealing — Circulation of news copy within Department done for proper research purposes — Evidence*

**1395804 Ontario Ltd., faisant affaire sous le nom de Blacklock's Reporter (demanderesse)**

c.

**Canada (Procureur général) (défendeur)**

**RÉPERTORIÉ : 1395804 ONTARIO LTD. (BLACKLOCK'S REPORTER) C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Cour fédérale, juge Barnes—Ottawa, 19 au 23 septembre et 10 novembre 2016.

*Droit d'auteur — Violation — Action par laquelle la demanderesse a soutenu que des fonctionnaires du ministère des Finances (le Ministère) ont violé son droit d'auteur en obtenant, lisant et distribuant deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation — L'affaire concernait les dispositions de la Loi sur le droit d'auteur relatives à l'utilisation équitable dans le contexte de l'utilisation, par une tierce partie, de contenu protégé par un mur à péage — La demanderesse est une petite agence de nouvelles en ligne établie à Ottawa qui est détenue et exploitée par deux personnes, dont le rédacteur en chef — La demanderesse a recours à un mur à péage pour protéger ses articles de nouvelles — La demanderesse s'est plainte qu'en octobre 2013, certains fonctionnaires du Ministère se sont procuré deux de ses articles de nouvelles et les ont distribués, sans autorisation ni contrepartie financière — La demanderesse a réclamé des dommages-intérêts — Le rédacteur en chef a consulté le Ministère et la présidente de l'Institut canadien du sucre (ICS) pour obtenir des renseignements, puis il a écrit un article portant sur des modifications aux tarifs douaniers canadiens sur le sucre — L'article contenait des propos mensongers — Pour lire la totalité de l'article, la présidente de l'ICS s'est abonnée à la demanderesse, à titre individuel et pour un an — Elle était préoccupée quant à l'exactitude de l'article et par le fait que sa relation de travail avec les fonctionnaires du Ministère pouvait être endommagée — Par conséquent, elle a envoyé des copies de l'article par courriel à une personne-ressource au Ministère — La présidente de l'ICS ne connaissait pas les Conditions de la demanderesse — L'article a été envoyé par courriel à d'autres collègues de travail par la personne-ressource de la présidente — Il s'agissait de savoir si la conduite que la demanderesse reprochait était protégée par les dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable, et plus particulièrement, par l'art. 29 — L'art. 29 accorde une protection juridique de base lorsque l'utilisation est notamment aux fins d'étude privée, de recherche ou d'éducation — Deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l'art. 29*

*establishing that president's contact, Department official directly involved in responding to plaintiff's managing editor; that each having legitimate concerns about fairness, accuracy of managing editor's reporting — Plaintiff failing to ensure subscribers aware of terms, conditions seeking to impose — Approach deficient, potentially misleading to subscribers like CSI president — President or Department should not be taken to have been aware of plaintiff's web-based terms of use — Plaintiff's terms, conditions containing material ambiguity concerning downstream distribution — Plaintiff bound to interpretation most favourable to users of copy — Action dismissed.*

This was an action in which the plaintiff contended that officials in the Department of Finance violated its copyright by obtaining, reading and distributing two of its news articles without authorization. This case involved the fair dealing provisions of the *Copyright Act* in the context of third party use of content protected by a paywall.

The plaintiff is a small Ottawa-based online news agency owned and operated by two individuals. It employs a paywall to protect its news copy. To gain access to the full content of its news articles, a paid subscription and a password are required. The application does not require a subscriber to acknowledge and accept any terms of use before the transaction is concluded. The plaintiff complained that in October 2013, certain Department officials acquired and distributed two of its news articles without its consent and without payment. It sought damages.

*(CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada, et Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada) ont été analysés — Dans l'arrêt CCH, la Cour suprême a énoncé un critère à deux volets pour établir si l'utilisation de contenu visé par droit d'auteur constitue une utilisation équitable — Ce critère consistait à déterminer si l'utilisation avait pour but la « recherche » ou « l'étude privée » et si l'utilisation était « équitable » — La Cour suprême dans l'arrêt CCH a tiré la conclusion selon laquelle il faut interpréter le mot « recherche » de manière large — En l'espèce, l'utilisation reconnue par le Ministère des deux articles en litige constituait une utilisation équitable — La circulation de cet article de nouvelles au sein du Ministère a eu lieu à de véritables fins de recherche — La preuve a établi que la personne-ressource de la présidente et le fonctionnaire du Ministère ont tous les deux directement répondu au rédacteur en chef de la demanderesse et qu'ils avaient chacun des préoccupations légitimes à propos du caractère équitable et de l'exactitude de la nouvelle du rédacteur en chef — La demanderesse a omis de s'assurer que ses abonnés avaient connaissance des Conditions qu'elle souhaitait imposer — La méthode adoptée présentait des lacunes et elle pouvait possiblement tromper des abonnés comme la présidente de l'ICS — La présidente ou le Ministère ne devraient pas être réputés avoir eu connaissance des conditions d'utilisation de la demanderesse qui se trouvent sur le Web — Les Conditions de la demanderesse contenaient une ambiguïté importante en ce qui concerne la distribution en aval — La demanderesse était liée par l'interprétation la plus favorable aux utilisateurs de ses copies — Action rejetée.*

Il s'agissait d'une action par laquelle la demanderesse a soutenu que des fonctionnaires du ministère des Finances (le Ministère) ont violé son droit d'auteur en obtenant, lisant et distribuant deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation. L'affaire concernait les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives à l'utilisation équitable dans le contexte de l'utilisation, par une tierce partie, de contenu protégé par un mur à péage.

La demanderesse est une petite agence de nouvelles en ligne établie à Ottawa qui est détenue et exploitée par deux personnes. Elle a recours à un mur à péage pour protéger ses articles de nouvelles. Pour qu'une personne obtienne accès au contenu complet des articles de nouvelles, elle doit souscrire à un abonnement ainsi qu'obtenir un mot de passe. Lorsqu'il remplit la demande, l'abonné n'est pas tenu de reconnaître ou d'accepter quelque condition que ce soit avant que la transaction soit conclue. La demanderesse s'est plainte qu'en octobre 2013, certains fonctionnaires du Ministère se sont procuré deux de ses articles de nouvelles et les ont distribués, sans autorisation ni contrepartie financière. Elle a réclamé des dommages-intérêts.

The conflict was brought on when one of the plaintiff's owners, the managing editor, wrote a news story about changes to Canadian sugar tariffs. Several key individuals at the Canadian Sugar Institute and the Department of Finance were either interviewed or contacted to write the news story. Despite that the Department provided an explanation about the tariff changes, the article improperly claimed that the defendant did not comment on them. The president of the Canadian Sugar Institute (CSI) was alerted to the article that was written and, in order to read the full article, took out an annual single subscription with the plaintiff. She then copied the article and emailed it to a work contact of hers at the Department. The CSI president was concerned about the accuracy of the article because in particular it had a pejorative attribution of an error to the Department and she might be seen as the one to blame, causing damage to her working relationship with Department officials. A second article was written on the same subject casting the Department in an unfavourable light and suggesting that the Department was at a loss to explain certain things despite the earlier explanation an official had provided. The CSI president obtained a copy of this second article and again emailed her contact at the Department. She claimed that she was unaware of the plaintiff's Terms and Conditions for use, never imagining that by emailing the articles she could be infringing the plaintiff's copyright. The Department contact forwarded the email to other colleagues because of their possible involvement in a follow-up to the articles. Notwithstanding departmental concerns about the content of the managing editor's articles, no further follow-up was deemed necessary and the matter was dropped.

The main issue was whether the conduct the plaintiff was impugning was protected under the fair dealing provisions of the Act and, in particular, section 29.

*Held*, the action should be dismissed.

The defendant had the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the acknowledged use of the copyrighted material by the Department without payment or consent was protected by section 29 of the Act. Fair dealing by a user of copyrighted material is a well-recognized right under the Act. Section 29 provides basic legal protection where the purpose of use is, for example, research, private study and education. Two leading cases by the Supreme Court of Canada (*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* and *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*) dealing with section 29 were analysed. The Supreme

Le conflit a pris naissance lorsqu'un des propriétaires de la demanderesse, le rédacteur en chef, a écrit un article de nouvelles portant sur des modifications aux tarifs douaniers canadiens sur le sucre. Pour écrire l'article de nouvelles, plusieurs personnes clés à l'Institut canadien du sucre et au ministère des Finances ont été interviewées ou on a communiqué avec elles. En dépit du fait que le Ministère avait fourni une explication sur les modifications des tarifs, l'article prétendait à tort que le défendeur n'avait formulé aucun commentaire à ce sujet. La présidente de l'Institut canadien du sucre (ICS) a été informée de l'article qui avait été écrit et, pour le lire en entier, elle s'est abonnée à la demanderesse, à titre individuel et pour un an. Elle a ensuite copié l'article, puis l'a envoyé par courriel à une personne-ressource au Ministère. La présidente de l'ICS était préoccupée quant à l'exactitude de l'article parce qu'on y affirmait plus particulièrement que le Ministère avait commis une erreur, et était préoccupée que cette déclaration puisse lui être attribuée et que, par conséquent, sa relation de travail avec les fonctionnaires du Ministère pouvait être endommagée. Un deuxième article a été écrit sur le même sujet dépeignant le Ministère de manière défavorable et laissant entendre que le Ministère n'arrivait pas à expliquer certaines choses malgré l'explication fournie antérieurement par un fonctionnaire. La présidente de l'ICS a obtenu une copie de ce deuxième article et elle a une fois de plus envoyé l'article par courriel à sa personne-ressource au Ministère. Elle a affirmé qu'elle ne connaissait pas les Conditions de la demanderesse et qu'il ne lui avait jamais traversé l'esprit qu'elle pouvait violer les droits d'auteur de la demanderesse en envoyant les articles par courriel. La personne-ressource du Ministère a transféré le courriel à d'autres collègues en raison de leur participation possible dans le suivi concernant l'article. Malgré les préoccupations exprimées par le Ministère à propos du contenu des articles du rédacteur en chef, aucun suivi n'a été jugé nécessaire et l'affaire a été abandonnée.

Il s'agissait principalement de savoir si la conduite que la demanderesse reprochait était protégée par les dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable, et plus particulièrement, par l'article 29.

*Jugement* : l'action doit être rejetée.

Il incombait au défendeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que cette utilisation reconnue du matériel protégé par droit d'auteur par le Ministère, sans contrepartie pécuniaire ni consentement de sa part, était protégée par l'article 29 de la Loi. L'utilisation équitable de tout objet du droit d'auteur est un droit bien reconnu par la Loi. L'article 29 accorde une protection juridique de base lorsque l'utilisation est notamment aux fins d'étude privée, de recherche ou d'éducation. Deux arrêts de principe de la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l'article 29 (*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, et *Société canadienne des*

Court of Canada established a two-part test for determining whether use of copyrighted material constitutes fair dealing. This test involves determining whether the dealing is for the purpose of “research” or “private study” and whether the dealing is “fair”. In *CCH*, it was concluded that “research” must be given a large and liberal interpretation. The second part of the test, determining whether something is “fair”, is a question of fact and depends on the facts of each case while considering several factors.

Based on an analysis of those Supreme Court of Canada decisions, it was determined that the Department’s acknowledged use of the two articles at issue constituted fair dealing. There was no question that the circulation of the news copy within the Department was done for a proper research purpose and that the admitted scope of use was fair in the circumstances. The evidence established that the president’s contact and the Department official were directly involved in responding to the managing editor and that each had legitimate concerns about the fairness and accuracy of the managing editor’s reporting. Also, the contact’s limited distribution of the articles to a few departmental colleagues for their review also fell squarely within the scope of permitted research.

The deliberate breach of the accepted terms of access to and use of copyrighted material is a relevant consideration in applying the fair dealing provisions of the Act. However, the owner of copyright must establish that the terms of use actually prohibit the access or distribution in question and that the person involved was aware of the limitations. In this case, the plaintiff failed to ensure that its subscribers were aware of the Terms and Conditions it sought to impose. Its approach was deficient and potentially misleading to subscribers like the CSI president. Because the Terms and Conditions of use were not clearly brought to her attention for acceptance, she had no reason to think that by sharing the two articles in question she was breaching the plaintiff’s copyright or facilitating a breach by others. The president or the Department should not be taken to have been aware of the plaintiff’s web-based terms of use but, even if they had been aware, they would have been no further ahead. The plaintiff’s Terms and Conditions contain a material ambiguity concerning downstream distribution. As the drafter of these conditions, the plaintiff was bound to the interpretation most favourable to the users of its copy, which in this case permitted the president’s distribution to the Department for a non-commercial purpose and, by implication, permitted a similar use by the president’s contact. Absent consent, subscribers and downstream users are subject to the obligations imposed on them

*auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*) ont été analysés. La Cour suprême a énoncé un critère à deux volets pour établir si l’utilisation de contenu visé par droit d’auteur constitue une utilisation équitable. Ce critère consistait à déterminer si l’utilisation avait pour but la « recherche » ou « l’étude privée » et si l’utilisation était « équitable ». Dans l’arrêt *CCH*, la Cour suprême a tiré la conclusion selon laquelle il faut interpréter le mot « recherche » de manière large. Le deuxième volet du critère, soit la question de savoir si une utilisation est « équitable », constitue une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce, tout en prenant en considération plusieurs facteurs.

Selon une analyse des décisions de la Cour suprême du Canada, la Cour a déterminé que l’utilisation reconnue par le Ministère des deux articles en litige constituait une utilisation équitable. Il n’y avait pas de doute que la circulation de cet article de nouvelles au sein du Ministère a eu lieu à de véritables fins de recherche et que la portée de l’utilisation, telle que reconnue, était équitable dans les circonstances. La preuve a établi que la personne-ressource de la présidente et le fonctionnaire du Ministère ont tous les deux directement répondu au rédacteur en chef et qu’ils avaient chacun des préoccupations légitimes à propos du caractère équitable et de l’exactitude de la nouvelle du rédacteur en chef. En outre, la distribution limitée des articles par la personne-ressource à quelques-uns de ses collègues du Ministère pour que ceux-ci les examinent relevait donc clairement de la portée de la recherche permise.

La violation délibérée des Conditions convenues et l’utilisation de contenu protégé par droit d’auteur est une considération pertinente pour ce qui est de l’application des dispositions de la Loi relatives à l’utilisation équitable. Cependant, le titulaire du droit d’auteur doit établir que les conditions d’utilisation interdisent bel et bien l’accès ou la distribution en question, et que la personne mêlée à cet acte avait connaissance des restrictions. En l’espèce, la demanderesse a omis de s’assurer que ses abonnés avaient connaissance des Conditions qu’elle souhaitait imposer. La méthode adoptée présentait des lacunes et elle pouvait possiblement tromper des abonnés comme la présidente de l’ICS. Puisque les Conditions n’ont pas été portées clairement à son attention pour qu’elle les accepte, elle n’avait pas de raison de croire qu’en faisant circuler les deux articles en question, elle violait le droit d’auteur de la demanderesse ou en facilitait une telle violation par des tiers. La présidente de l’ICS ou le Ministère ne devraient pas être réputés avoir eu connaissance des conditions d’utilisation de la demanderesse qui se trouvent sur le Web; toutefois, ces deux parties n’auraient pas été plus avancées, et ce, même si elles avaient eu une telle connaissance. Les Conditions de la demanderesse contiennent une ambiguïté importante en ce qui concerne la distribution en aval. La demanderesse, à titre de rédactrice des Conditions, était liée par l’interprétation la plus favorable aux utilisateurs

by the Act while at the same time enjoying the considerable protection afforded thereto under the statutory fair dealing provisions.

de ses copies. En l'espèce, cette interprétation permettait à la présidente de distribuer les copies au Ministère à des fins non commerciales, et, par la force des choses, permettait une utilisation similaire pour la personne-ressource de celle-ci. En l'absence de consentement, les abonnés et les utilisateurs en aval sont assujettis aux obligations que la Loi leur impose. Toutefois, par le fait même, ces parties jouissent de la protection considérable que leur accordent les dispositions législatives relatives à l'utilisation équitable.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 29, 29.2.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326.

##### CONSIDERED:

*Warman v. Fournier*, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21.

##### REFERRED TO:

*Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd.*, 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189.

#### AUTHORS CITED

Korski, Tom. "\$30,000,000 Sugar Tax is Averted", *Blacklock's Reporter*, October 13, 2013.

Korski, Tom. "It didn't make any sense", *Blacklock's Reporter*, October 11, 2013.

Vaver, David. *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trade-marks*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2011.

ACTION in which the plaintiff contended that the Department of Finance violated its copyright contrary to the *Copyright Act* by obtaining, reading and distributing two of its news articles without authorization. Action dismissed.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 29, 29.2.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326.

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Warman c. Fournier*, 2012 CF 803.

##### DÉCISION CITÉE :

*Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd.*, 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189.

#### DOCTRINE CITÉE

Korski, Tom. « \$30,000,000 Sugar Tax is Averted », *Blacklock's Reporter*, 13 octobre 2013.

Korski, Tom. « It didn't make any sense », *Blacklock's Reporter*, 11 octobre 2013.

Vaver, David. *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trade-marks*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Irwin Law, 2011.

ACTION par laquelle la demanderesse a soutenu que des fonctionnaires du ministère des Finances ont violé son droit d'auteur contrairement à la *Loi sur le droit d'auteur*, en obtenant, lisant et distribuant deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation. Action rejetée.



## APPEARANCES

*Yavar Hameed* for plaintiff.  
*Alexandre Kaufman* and *Orlagh O'Kelly* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD

*Hameed Law*, Ottawa, for plaintiff.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

[1] BARNES J.: This is a case about copyright. More specifically, it is a case about the fair dealing provisions of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 (the Act) in the context of third party use of content protected by a paywall.

[2] The plaintiff, carrying on business as Blacklock's Reporter (Blacklock's), contends that officials in the Department of Finance (the Department) violated its copyright by obtaining, reading and distributing two of its news articles without authorization.

[3] The Attorney General argues that Blacklock's conduct is a misuse of copyright and that the conduct Blacklock's complains about constitutes fair dealing under section 29 of the Act.

I. Background

[4] Blacklock's is a small Ottawa-based, online news agency. It is owned and operated by Tom Korski and Holly Doan. Mr. Korski is the managing editor and Ms. Doan is the publisher. Mr. Korski writes news copy for Blacklock's along with a number of free-lance reporters. Among other duties, Ms. Doan looks after the negotiation of licensing agreements for institutional subscribers.

## ONT COMPARU

*Yavar Hameed* pour la demanderesse.  
*Alexandre Kaufman* et *Orlagh O'Kelly* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Hameed Law*, Ottawa, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BARNES : La Cour est saisie d'une affaire de droit d'auteur. Plus précisément, elle est saisie d'une affaire concernant les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 (la Loi) relatives à l'utilisation équitable dans le contexte de l'utilisation, par une tierce partie, de contenu protégé par un mur à péage.

[2] La demanderesse, qui exploite ses activités sous le nom de Blacklock's Reporter (Blacklock's), soutient que des fonctionnaires du ministère des Finances (le Ministère) ont violé son droit d'auteur, car ces fonctionnaires ont obtenu, lu et distribué deux de ses articles de nouvelles sans avoir obtenu son autorisation.

[3] Le procureur général prétend que la conduite de Blacklock's est une utilisation abusive du droit d'auteur et que la conduite dont se plaint Blacklock's constitue une utilisation équitable au titre de l'article 29 de la Loi.

I. Le contexte

[4] Blacklock's est une petite agence de nouvelles en ligne établie à Ottawa, et ses propriétaires exploitants sont Tom Korski et Holly Doan. M. Korski est le rédacteur en chef et M<sup>me</sup> Doan est l'éditrice. M. Korski, ainsi que des journalistes pigistes, rédigent les articles de nouvelles de Blacklock's. M<sup>me</sup> Doan s'occupe entre autres de la négociation des ententes de licence pour les abonnements institutionnels.

[5] Blacklock's employs a paywall to protect its news copy. In order to gain access to the full content of its news articles a paid subscription and a password are required. Single subscriptions are available through an online application. The application does not require a subscriber to acknowledge and accept any terms of use before the transaction is concluded. It does, however, refer to the purchase of custom bulk rates for institutional subscribers who would like to distribute or share Blacklock's content in-house. At the foot of the subscription application is a reference to "Terms and Conditions" but these are not particularized and would only be seen by a subscriber following a search of Blacklock's website.

[6] Blacklock's complains that in October 2013 certain Department officials acquired and distributed two of its news articles without its consent and without payment. For this alleged infringement it seeks damages of \$17 209.10.

[7] The underlying relevant facts are largely undisputed. Indeed, the parties tendered an agreed statement of facts which generally describes the conduct that is the subject of this proceeding.

[8] In the course of writing a news story about changes to Canadian sugar tariffs, Mr. Korski interviewed the President of the Canadian Sugar Institute, Sandra Marsden. Mr. Korski also made enquiries of the Department seeking information about the tariff changes. The Department's media relations officer, Stéphanie Rubec, responded to Mr. Korski and provided an explanation. Further email exchanges between Mr. Korski and Ms. Rubec took place throughout the afternoon of October 9, 2013 culminating in a detailed response sent to Mr. Korski by Ms. Rubec at 7:25 p.m. According to Mr. Korski, he had earlier signed off on his article and did not see Ms. Rubec's final response until sometime the next day. Mr. Korski's article was then published

[5] Blacklock's a recours à un mur à péage pour protéger ses articles de nouvelles. Pour qu'une personne obtienne accès au contenu complet des articles de nouvelles, elle doit souscrire à un abonnement ainsi qu'obtenir un mot de passe. Les abonnements individuels peuvent être obtenus par une demande en ligne. Lorsqu'il remplit la demande, l'abonné n'est pas tenu de reconnaître ou d'accepter quelque condition que ce soit avant que la transaction soit conclue. Cependant, la demande fait mention des tarifs en vrac sur mesure applicables aux abonnés institutionnels, dans le cas où les usagers liés à cet abonnement souhaiteraient distribuer ou partager le matériel figurant sur le site de Blacklock's à l'intérieur de l'organisme. Dans le pied de page de la demande d'abonnement, on renvoie aux « *Terms and Conditions* » (les Conditions), mais il n'y a aucun détail au sujet de celles-ci, et seul un abonné qui effectue une recherche sur le site Web de Blacklock's peut lire ces Conditions.

[6] Blacklock's se plaint qu'en octobre 2013, certains fonctionnaires du Ministère se sont procurés deux de ses articles de nouvelles et les ont distribués, sans autorisation ni contrepartie financière. Elle réclame, pour cette violation alléguée, le montant de 17 209,10 \$ à titre de dommages-intérêts.

[7] Les faits pertinents sous-jacents sont en grande partie non contestés. En fait, les parties ont déposé un exposé conjoint des faits, lequel décrit de manière générale la conduite qui est visée par la présente instance.

[8] M. Korski a interviewé M<sup>me</sup> Sandra Marsden, la présidente de l'Institut canadien du sucre, dans le cadre de la rédaction d'un article de nouvelles portant sur des modifications aux tarifs douaniers canadiens sur le sucre. M. Korski a aussi présenté des demandes de renseignements au Ministère concernant la modification des tarifs douaniers. La responsable des relations avec les médias du Ministère, Stéphanie Rubec, a répondu à M. Korski et lui a donné des explications. M. Korski et M<sup>me</sup> Rubec se sont échangés d'autres courriels au cours de l'après-midi du 9 octobre 2013; cet échange a abouti à une réponse détaillée que M<sup>me</sup> Rubec a envoyée à M. Korski à 19 h 25. M. Korski a affirmé qu'il avait déjà fini de rédiger son article à ce moment-là et que ce n'est que le

online on October 10, 2013 without any reference to Ms. Rubec's last response.

[9] Mr. Korski's article carried the headline "\$30,000,000 Sugar Tax is Averted". Notwithstanding Ms. Rubec's several on-the-record responses to Mr. Korski's questions, his article improperly attributed "did not comment" to the defendant.<sup>1</sup> The article quoted Ms. Marsden at length and included Mr. Korski's characterization of a "Department of Finance error" in the imposition of a \$30 million sugar tax on the Canadian sugar industry.

[10] Ms. Marsden's attention was drawn to Mr. Korski's article upon receipt of an email sent to her by Blacklock's at 9:12 a.m. on October 10, 2013. The email included the following digest of Mr. Korski's article (see Exhibit D-53):

**\$30,000,000 Sugar Tax Is Averted**

A Department of Finance error that meant a \$30 million sugar tax is being remedied following appeals from industry. A trade group said a mistaken tariff hike on Brazilian imports would have forced the closure of at least one Canadian sugar refinery: "We would have been a casualty."

[Read more.](#)

[11] At about the same time, a Twitter message was sent by Blacklock's to Ms. Marsden stating: "Lucy and Ethel at Finance Canada impose a \$30M sugar tax by mistake at [blacklocks.ca](http://blacklocks.ca)".

<sup>1</sup> This is a practise Mr. Korski adopts when he does not accept or approve of the answers he is given from a source: see Exhibits D-33 and D-52 and confirmed by Mr. Korski's testimony.

lendemain, à un certain moment, qu'il a vu la dernière réponse de M<sup>me</sup> Rubec. L'article de M. Korski a été publié en ligne le 10 octobre 2013, et ne faisait aucune mention de la dernière réponse de M<sup>me</sup> Rubec.

[9] L'article de M. Korski avait pour titre « \$30,000,000 Sugar Tax is Averted » ([TRADUCTION] « Une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars est évitée »). Dans cet article, M. Korski attribuait à tort la réponse [TRADUCTION] « pas de commentaires » au défendeur, et ce, malgré que M<sup>me</sup> Rubec eut formulé plusieurs réponses officielles<sup>1</sup>. L'article reprenait les propos de M<sup>me</sup> Marsden en détail et incluait les mots [TRADUCTION] « erreur du ministère des Finances » employés par M. Korski en ce qui concerne l'imposition à l'industrie canadienne du sucre d'une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars.

[10] C'est un courriel de Blacklock's envoyé à 9 h 12, le 10 octobre 2013, qui a attiré l'attention de M<sup>me</sup> Marsden sur l'article de M. Korski. Le courriel contenait un récapitulatif de l'article de M. Korski (voir pièce D-53) :

[TRADUCTION]

Une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars est évitée

Une erreur du ministère des Finances, qui avait eu pour effet l'imposition d'une taxe de 30 millions de dollars sur le sucre, est en train d'être corrigée par suite de demandes de la part de l'industrie. Un organisme commercial a mentionné qu'une hausse des tarifs douaniers adoptée par erreur sur les importations brésiliennes aurait forcé la fermeture d'au moins une raffinerie de sucre au Canada : « Nous aurions fermé nos portes. »

[Pour en savoir davantage.](#)

[11] À peu près au même moment, Blacklock's envoyait le message Twitter suivant à M<sup>me</sup> Marsden : [TRADUCTION] « Lucy et Ethel de Finances Canada imposent par erreur une taxe de 30 M\$ sur le sucre; voir [blacklocks.ca](http://blacklocks.ca) ».

<sup>1</sup> Il s'agit d'une pratique qu'adopte M. Korski lorsqu'il n'accepte pas ou n'approuve pas les réponses données par une source : voir pièces D-33 et D-52, confirmation par M. Korski lors de son témoignage.

[12] Because Ms. Marsden could not access the entire article without a subscription she went online and paid for a single annual subscription at a price of \$148. She then copied Mr. Korski's article.

[13] Ms. Marsden testified that she was immediately concerned about the accuracy of Mr. Korski's article and particularly, with his pejorative attribution of an "error" to the Department. She was concerned that this statement might be linked to her and cause damage to her working relationship with Department officials. In order to manage that relationship she sent Mr. Korski's article to Patrick Halley in the International Trade Policy Division by pasting the content of the article into an email. Ms. Marsden's email stated: "Most of the facts are accurate although I'm not all happy with the spin – obviously I wouldn't have characterized this as a 'sugar tax' nor a Department of Finance 'error'".

[14] On October 11, 2013, Mr. Korski wrote a second article on the same subject. The title of the second piece was "It didn't make any sense". Once again Mr. Korski cast the Department in an unfavourable light. Notwithstanding Mr. Korski's awareness of Ms. Rubec's detailed responses, this article contained the following opening sentence:

The Department of Finance is at a loss to explain how it mistakenly set a \$30 million sugar tax, then had to withdraw it by special amendment amid industry protest.

[15] Using her subscription password Ms. Marsden obtained a copy of this article and again sent it by email to Mr. Halley. Ms. Marsden testified that she was unaware of Blacklock's Terms and Conditions for use and it never crossed her mind that, by sending the articles to Mr. Halley, she could be infringing Blacklock's copyright.

[12] M<sup>me</sup> Marsden ne pouvait pas avoir accès à la totalité de l'article sans s'abonner; elle s'est rendue sur le site Web de Blacklock's et elle s'est abonnée, à titre individuel, pour un an, au prix de 148 \$. Elle a ensuite copié l'article de M. Korski.

[13] M<sup>me</sup> Marsden a relaté dans son témoignage qu'elle avait été immédiatement préoccupée quant à l'exactitude de l'article de M. Korski et, plus particulièrement, quant au fait qu'il avait affirmé que le Ministère avait commis une « erreur ». Elle était préoccupée par le fait que cette déclaration pouvait lui être attribuée et que, par conséquent, sa relation de travail avec les fonctionnaires du Ministère pouvait être endommagée. C'est pour gérer cette situation qu'elle a fait un copier-coller de l'article de M. Korski dans un courriel qu'elle a envoyé à Patrick Halley, de la Division des politiques du commerce international. Dans son courriel, M<sup>me</sup> Marsden a déclaré : [TRADUCTION] « La plupart des faits sont exacts, mais je ne suis pas du tout contente de l'interprétation de mes déclarations : je n'aurais évidemment pas décrit cette situation comme une "taxe sur le sucre", ni comme une "erreur" du ministère des Finances ».

[14] M. Korski a écrit un deuxième article sur le même sujet le 11 octobre 2013. Le titre de cet article était « It didn't make any sense » (« Cela n'avait aucun sens »). Une fois de plus, M. Korski y dépeint le Ministère de manière défavorable. L'article, qui ne faisait aucune mention des réponses détaillées de M<sup>me</sup> Rubec, réponses dont M. Korski avait connaissance, commençait par la phrase suivante :

[TRADUCTION] Le ministère des Finances n'arrive pas à expliquer comment il a imposé par erreur une taxe sur le sucre de 30 millions de dollars, taxe qu'il a ensuite dû retirer au moyen d'une modification spéciale à la suite des protestations de l'industrie.

[15] M<sup>me</sup> Marsden a obtenu une copie de cet article en utilisant le mot de passe qui lui a été attribué lors de son abonnement et elle a une fois de plus envoyé l'article par courriel à M. Halley. M<sup>me</sup> Marsden a relaté dans son témoignage qu'elle ne connaissait pas les Conditions de Blacklock's et qu'il ne lui avait jamais traversé l'esprit qu'elle pouvait violer les droits d'auteur de Blacklock's en envoyant les articles à M. Halley.

[16] At the time of receiving the subject articles, the Department did not have a Blacklock's subscription. The evidence discloses, however, that Ms. Rubec had made an earlier enquiry to Ms. Doan about a bulk subscription allowing for general departmental access. Ms. Doan provided multiple user rates of between \$11 470 and \$15 670 (see Exhibit P-61), but nothing further came of the matter.

[17] When Mr. Halley received the first Blacklock's article he forwarded it by email to Ms. Rubec. Mr. Halley expressed some concern about the content of the story stating: "I think the spin can be corrected by going through the dates and facts, especially as sugar industry clearly understands what we did and does not agree with the reporter's characterization" (see Exhibit D-83). Ms. Rubec responded, in part, as follows: "The reporter wrote at about 4:30 that he would put us down as a no comment regardless and was set on his spin .... I'm going to ask the reporter to update his story with what I provided as lengthy information/comment. I'll let you know what he says".

[18] Mr. Halley also forwarded the first article to his departmental colleagues Dean Beyea and Scott Winter, advising them that he was in contact with Ms. Rubec "in Media Relations on whether follow-up is needed". Scott Winter, in turn, sent the article to his colleague, Karen LaHay.<sup>2</sup>

[19] When Mr. Halley received Blacklock's second story "It didn't make any sense" he sent it to another colleague, Michèle Govier. He also sent it to Mr. Beyea, Mr. Winter and Ms. LaHay with the comment: "Not totally accurate still but better than the first story" (see Exhibit D-84).

[16] Le Ministère n'était pas abonné à Blacklock's au moment où les articles visés lui ont été envoyés. Cependant, la preuve révèle que M<sup>me</sup> Rubec s'était déjà renseignée auprès de M<sup>me</sup> Doan au sujet d'un abonnement en vrac, qui aurait permis à l'ensemble du Ministère d'avoir accès au site. M<sup>me</sup> Doan lui a fait part de multiples tarifs, qui variaient entre 11 470 \$ et 15 670 \$ (voir pièce P-61), mais l'affaire en est restée là.

[17] Lorsque M. Halley a reçu le premier article de Blacklock's, il l'a transféré par courriel à M<sup>me</sup> Rubec. M. Halley a exprimé certaines préoccupations à propos de l'article et il a mentionné ce qui suit : [TRADUCTION] « Je crois qu'il est possible de corriger l'interprétation médiatique en repassant sur les dates et sur les faits, surtout que l'industrie du sucre comprend clairement ce que nous avons fait et ne souscrit pas aux mots employés par le journaliste » (voir pièce D-83). M<sup>me</sup> Rubec a entre autres répondu ce qui suit : [TRADUCTION] « Le journaliste a écrit vers 16 h 30 qu'il allait rapporter que nous n'avons pas fait de commentaires, et que, peu importe la situation, il avait déjà fait son interprétation [...] Je vais lui demander de mettre son article à jour en y ajoutant le long commentaire/renseignement que je lui ai transmis. Je vous donne des nouvelles à propos de sa réponse ».

[18] M. Halley a aussi transféré le premier article à Dean Beyea et à Scott Winter, des collègues au sein du Ministère, et les a avisés qu'il discutait avec M<sup>me</sup> Rubec [TRADUCTION] « des relations avec les médias, de la question de savoir si un suivi est nécessaire ». Scott Winter, quant à lui, a envoyé l'article à sa collègue Karen LaHay<sup>2</sup>.

[19] Lorsque M. Halley a reçu le courriel contenant le deuxième article de Blacklock's « It didn't make any sense », il l'a transmis à une collègue, Michèle Govier. Il l'a aussi transmis à M. Beyea, à M. Winter et à M<sup>me</sup> LaHay, en y apposant le commentaire : [TRADUCTION] « Pas tout à fait exact, mais tout de même mieux que le premier article » (voir pièce D-84).

<sup>2</sup> Ms. LaHay also received a copy of the article by email from Mr. Halley on October 18, 2013.

<sup>2</sup> M<sup>me</sup> LaHay a aussi reçu une copie de l'article par courriel de M. Halley le 18 octobre 2013.

[20] Mr. Winter was a senior policy analyst in Mr. Halley's working group and Mr. Beyea was Mr. Halley's immediate supervisor. Ms. LaHay was also a senior policy analyst who worked with Mr. Winter in Mr. Halley's group. Mr. Halley testified that each of these individuals was included in the circulation of the Blacklock's articles because of their possible involvement in a follow-up to the articles. Ms. Govier was included because she was working on a related anti-dumping file involving the sugar industry. Ms. Rubec was involved because she was the media relations officer who had been directly communicating with Mr. Korski on the story and who would be expected to communicate with him in the future.

[21] The documentary record indicates that only six departmental officials received copies of one or both of the Blacklock's articles beginning with Mr. Halley.<sup>3</sup> Notwithstanding the stated departmental concerns about the content of Mr. Korski's articles no further follow-up was deemed necessary and the matter was dropped.

## II. Analysis

[22] To resolve this matter I need only decide whether the conduct Blacklock's impugns is protected under the fair dealing provisions of the Act and, in particular, section 29. Although there are certainly some troubling aspects to Blacklock's business practices it is unnecessary to resolve the Attorney General's allegation that this litigation constitutes a form of copyright abuse by a copyright troll.

[23] I accept Blacklock's point that it has established that its copyrighted material was used by the Department without payment or consent. Indeed, the defendant

<sup>3</sup> I do not accept that the evidence establishes that the articles made their way to the Minister's office, but even if they did, nothing turns on that point.

[20] M. Winter était analyste principal des politiques au sein du groupe de travail de M. Halley, et M. Beyea était le superviseur immédiat de M. Halley. M<sup>me</sup> LaHay était aussi analyste principale des politiques; elle travaillait avec M. Winter au sein du groupe de M. Halley. M. Halley a déclaré dans son témoignage que les articles de Blacklock's avaient été transmis à ces personnes parce qu'elles pouvaient participer aux mesures de suivi sur ceux-ci. Les articles ont aussi été envoyés à M<sup>me</sup> Govier, parce qu'elle travaillait sur un dossier connexe traitant de questions liées aux mesures antidumping concernant l'industrie du sucre. Le nom de M<sup>me</sup> Rubec figurait aussi dans la liste d'envoi, car elle était l'agente des relations avec les médias qui avait communiqué directement avec M. Korski au sujet de la nouvelle, et parce qu'elle était censée communiquer avec M. Korski par la suite.

[21] La preuve documentaire révèle que seuls six fonctionnaires du Ministère ont reçu des copies de l'un des articles de Blacklock's ou des deux articles, à commencer par M. Halley<sup>3</sup>. Malgré les préoccupations exprimées par le Ministère à propos du contenu des articles de M. Korski, aucun suivi n'a été jugé nécessaire et l'affaire a été abandonnée.

## II. Analyse

[22] Pour trancher la présente affaire, je dois uniquement décider si la conduite que Blacklock's reproche est protégée par les dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable, et plus particulièrement, par l'article 29. Bien que les pratiques d'affaires de Blacklock's présentent certes des aspects troublants, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur l'allégation du procureur général selon laquelle le présent litige constitue une forme d'abus du droit d'auteur auquel se livre un troll de droit d'auteur.

[23] Je souscris à l'argument de Blacklock's selon lequel elle a établi que le Ministère a utilisé, sans contrepartie pécuniaire ni consentement de sa part, le contenu

<sup>3</sup> Je ne souscris pas à la thèse selon laquelle la preuve établit que les articles ont cheminé jusqu'au bureau du ministre, mais même si c'était le cas, il ne s'agit pas d'une question déterminante.



admits those facts. The burden accordingly rests on the Attorney General to establish, on a balance of probabilities, that this acknowledged use is protected by section 29 of the Act.

[24] Fair dealing by a user of copyrighted material is a well-recognized right under the Act. Section 29 provides basic legal protection where the purpose of use is “research, private study, education, parody or satire”. The scope of protection afforded by section 29 is also well-understood. The policy rationale for protecting user rights has been described by Professor David Vaver in *Intellectual Property Law: Copyright, Patents, Trademarks*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2011), at page 215:

The *Copyright Act* lets users carry on a wide range of activities without needing to worry about copyright. What the Act specifically permits is not an infringement. Whoever does a permitted act is not just taking advantage of a limitation, exception, exemption, defence, “loop-hole,” or gracious indulgence extended by a copyright owner. He is exercising a right inherent in the balance the *Copyright Act* strikes between owners and users. Both owner and user rights must receive the fair and balanced reading that befits remedial legislation. User rights need to be as liberally interpreted as owner rights are, lest copyrights become “instruments of oppression and extortion” and unduly interfere with people’s rights to deal as they wish with their own tangible property. [Footnotes omitted.]

[25] The two leading cases dealing with section 29 are *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 (*CCH*) and *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, 2012 SCC 36, [2012] 2 S.C.R. 326 (*SOCAN*). In *CCH*, Chief Justice McLachlin writing for the Court noted that, in order to maintain the proper balance between the protection of and access to copyrighted materials in the Act, the fair dealing provision “must not be interpreted restrictively” (paragraphs 48, 54). The Court set out a two-part test for determining

de son site Web protégé par droit d’auteur. Le demandeur reconnaît ces faits. Par conséquent, il incombe au procureur général d’établir, selon la prépondérance des probabilités, que cette utilisation reconnue est protégée par l’article 29 de la Loi.

[24] L’utilisation équitable de tout objet du droit d’auteur est un droit bien reconnu par la Loi. L’article 29 accorde une protection juridique de base lorsque l’utilisation est « aux fins d’étude privée, de recherche, d’éducation, de parodie ou de satire ». La portée de la protection accordée par l’article 29 est aussi bien établie. La justification de la politique visant à protéger les droits des utilisateurs a été décrite de la manière suivante par le professeur David Vaver dans l’ouvrage intitulé *Intellectual Property Law : Copyright, Patents, Trademarks*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2011), à la page 215 :

[TRADUCTION] La *Loi sur le droit d’auteur* accorde aux utilisateurs la possibilité de se livrer à plusieurs activités sans avoir besoin de s’inquiéter à propos du droit d’auteur. Ce que la Loi permet expressément ne constitue pas une violation du droit d’auteur. Quiconque utilise une œuvre de la manière autorisée ne tire pas profit d’une restriction, d’une exception, d’une exemption, d’un moyen de défense, d’une « brèche », et il ne bénéficie non plus de l’indulgence gracieuse du titulaire du droit d’auteur. Il exerce un droit inhérent à l’équilibre que la *Loi sur le droit d’auteur* établit entre les titulaires et les utilisateurs. Les droits du titulaire et ceux de l’utilisateur doivent recevoir l’interprétation juste et équilibrée que commande une mesure législative visant à remédier à un état de fait. Les droits des utilisateurs doivent être interprétés de manière aussi souple que le sont les droits des titulaires, sans quoi les droits d’auteur deviennent des « instruments d’oppression et d’extorsion » et ils constituent un obstacle indu aux droits d’une personne de disposer comme elle le souhaite de son propre bien tangible. [Renvois omis.]

[25] Les deux arrêts de principe en ce qui concerne l’article 29 sont *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 339 (*CCH*) et *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, 2012 CSC 36, [2012] 2 R.C.S. 326 (*SOCAN*). Dans l’arrêt *CCH*, la juge en chef McLachlin, s’exprimant pour la Cour, a fait remarquer qu’« il ne faut pas [interpréter] restrictivement » (aux paragraphes 48 et 54) la disposition relative à l’utilisation équitable, afin de maintenir l’équilibre approprié qu’établit la Loi entre la protection du contenu

whether use of copyrighted material constitutes fair dealing, which it characterized not as a defence but as a “user’s right” (paragraph 48):

1. Whether the dealing is for the purpose of “research” or “private study”, also known as an allowable purpose; and
2. Whether the dealing is “fair” (paragraph 50).

[26] While the Court in *CCH* did not define “research”, it notably concluded that “[r]esearch’ must be given a large and liberal interpretation in order to ensure that users’ rights are not unduly constrained” (paragraph 51). With respect to the second part of the test, whether something is “fair” is a question of fact and depends on the facts of each case (*CCH*, paragraph 52). Relevant factors to consider are:

1. The purpose of the dealing, where an objective assessment is made of the “real purpose or motive” behind using the copyrighted work, such as for commercial purposes versus charitable purposes (paragraph 54);
2. The character of the dealing, examining how the works were dealt with, such as whether multiple copies of works are being widely distributed, or whether a single copy of a work is used for a legitimate purpose (paragraph 55);
3. The quantity or amount of the dealing, including the importance of the work allegedly infringed (paragraph 56);
4. Alternatives to the dealing, such as whether there is a non-copyrighted equivalent of the work that could have been used instead (paragraph 57);

visé par droit d’auteur et l’accès à ce contenu. La Cour a énoncé un critère à deux volets pour établir si l’utilisation de contenu visé par droit d’auteur constitue une utilisation équitable, utilisation qu’elle a décrite non pas comme un moyen de défense, mais bien comme un « droit des utilisateurs » (au paragraphe 48) :

1. L’utilisation a-t-elle pour but la « recherche » ou « l’étude privée », qui sont aussi désignées comme étant des fins énumérées;
2. L’utilisation était-elle « équitable »? (au paragraphe 50).

[26] Bien que la Cour suprême n’ait pas défini le terme « recherche » dans l’arrêt *CCH*, elle a notamment tiré la conclusion selon laquelle « [i]l faut interpréter le mot “recherche” de manière large afin que les droits des utilisateurs ne soient pas indûment restreints » (au paragraphe 51). En ce qui a trait au deuxième volet, la question de savoir si une utilisation est « équitable » constitue une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l’espèce (*CCH*, au paragraphe 52). Les facteurs pertinents qui doivent être pris en considération sont les suivants :

1. Le but de l’utilisation, qui consiste à évaluer objectivement « le but ou le motif réel » de l’utilisation de l’œuvre protégée, par exemple, des fins commerciales par opposition à des fins caritatives (au paragraphe 54);
2. La nature de l’utilisation, qui consiste à examiner la manière avec laquelle l’œuvre a été utilisée, notamment les questions à savoir si de multiples copies ont été diffusées largement ou si une seule copie de l’œuvre est utilisée pour un but légitime (au paragraphe 55);
3. L’ampleur de l’utilisation, notamment l’importance de l’œuvre qui aurait été violée (au paragraphe 56);
4. L’existence de solutions de rechange à l’utilisation, comme la question de savoir si un équivalent non protégé de l’œuvre aurait pu être utilisé plutôt que l’œuvre (au paragraphe 57);

- |   |  |
|---|--|
| <p>5. The nature of the work, such as whether the work has been published or is confidential (paragraph 58); and</p> <p>6. The effect of the dealing on the work, such as whether a reproduced work is likely to compete with the market of the original work (paragraph 59).</p> | <p>5. La nature de l'œuvre, notamment la question de savoir si elle a été publiée ou si elle est confidentielle (au paragraphe 58);</p> <p>6. L'effet de l'utilisation sur l'œuvre, comme la question de savoir si une œuvre reproduite est susceptible de constituer de la concurrence sur le marché de l'œuvre originale (au paragraphe 59).</p> |
|---|--|

[27] In *CCH*, the issue was whether the Law Society of Upper Canada's (LSUC) provision of custom photocopy services to members of the LSUC was an infringement of legal publishers' copyrights, or whether it constituted "fair dealing". The Court's operative conclusion with respect to the service being an allowable purpose is as follows (at paragraph 64):

The Law Society's custom photocopying service is provided for the purpose of research, review and private study. The Law Society's Access Policy states that "[s]ingle copies of library materials, required for the purposes of research, review, private study and criticism ... may be provided to users of the Great Library." When the Great Library staff make copies of the requested cases, statutes, excerpts from legal texts and legal commentary, they do so for the purpose of research. Although the retrieval and photocopying of legal works are not research in and of themselves, they are necessary conditions of research and thus part of the research process. The reproduction of legal works is for the purpose of research in that it is an essential element of the legal research process. There is no other purpose for the copying; the Law Society does not profit from this service. Put simply, its custom photocopy service helps to ensure that legal professionals in Ontario can access the materials necessary to conduct the research required to carry on the practice of law. In sum, the Law Society's custom photocopy service is an integral part of the legal research process, an allowable purpose under s. 29 of the *Copyright Act*.

[28] The Court went on to conclude that the dealing was also fair, considering the LSUC provides single copies of works for the specific purposes allowed under section 29, the existence of an "Access Policy" provided to all users, the lack of alternatives to the custom photocopy service, the public interest in access to judicial decisions and other legal resources not being unjustifiably restrained, and the lack of evidence tendered to

[27] Dans l'arrêt *CCH*, la question en litige était de savoir si le service de photocopie sur mesure offert par le Barreau du Haut-Canada (le Barreau) à ses membres constituait une violation des droits d'auteur des maisons d'édition juridique, ou si elle constituait une « utilisation équitable ». La Cour a conclu, en ces termes, que le service visait une fin énumérée (au paragraphe 64) :

Le service de photocopie et du Barreau est offert aux fins de recherche, de compte rendu et d'étude privée. La Politique d'accès du Barreau dispose que « [l]es usagers de la Grande bibliothèque peuvent obtenir une seule copie des documents faisant partie de sa collection à des fins de compte rendu, d'étude privée, de recherche ou de critique [...] » C'est aux fins de recherche que les membres du personnel de la Grande bibliothèque photocopient sur demande décisions, lois, extraits de textes juridiques ou articles de doctrine. Même si la recherche documentaire et la photocopie d'ouvrages juridiques ne constituent pas de la recherche comme telle, elles sont nécessaires au processus de recherche et en font donc partie. La reproduction d'ouvrages juridiques est effectuée aux fins de recherche en ce qu'il s'agit d'un élément essentiel du processus de recherche juridique. La photocopie n'a aucune autre fin; le Barreau ne tire aucun bénéfice de ce service. Le service de photocopie du Barreau contribue simplement à faire en sorte que les juristes de l'Ontario aient accès aux ouvrages nécessaires à la recherche que demande l'exercice du droit. En somme, ce service fait partie intégrante du processus de recherche juridique, et la fin qui le sous-tend est conforme à l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[28] La Cour a ensuite conclu que l'utilisation était équitable, compte tenu du fait que le Barreau offre des copies individuelles des œuvres pour les fins précises énumérées à l'article 29, de l'existence d'une « Politique d'accès » qui s'applique à tous les utilisateurs, de l'absence de solutions de rechange au service de photocopie sur mesure, de l'intérêt du public à ce que la circulation des décisions judiciaires et des autres ressources

show the market for the publishers' work decreased as a result of the copies being made.

[29] Also notable in the *CCH* decision is the following (at paragraph 70):

The availability of a licence is not relevant to deciding whether a dealing has been fair .... If a copyright owner were allowed to license people to use its work and then point to a person's decision not to obtain a licence as proof that his or her dealings were not fair, this would extend the scope of the owner's monopoly over the use of his or her work in a manner that would not be consistent with the *Copyright Act's* balance between owner's rights and user's interests.

[30] In *SOCAN*, the issue was whether the appellants were entitled to collect royalties from Bell for the provision of music "previews"—30 to 90 second excerpts—that could be streamed online by consumers before purchasing the entire musical track. The previews helped users decide whether to purchase a permanent download of the work. In concluding that the use of the previews constituted "research" under section 29, Madam Justice Abella said (at paragraphs 18, 21, 22, 27 and 30):

The Federal Court of Appeal endorsed the Board's view that listening to previews was part of planning the purchase of a download of a musical work and was therefore "for the purpose of research", concluding:

... it would not be unreasonable to give the word "research" its primary and ordinary meaning. The consumer is searching for an object of copyright that he or she desires and is attempting to locate and wishes to ensure its authenticity and quality before obtaining it... "[L]istening to previews assists in this investigation". [para. 20]

...

It is true that an important goal of fair dealing is to allow users to employ copyrighted works in a way that helps them engage in their own acts of authorship and

juridiques ne soient pas limitée de manière indue ainsi que de la preuve insuffisante qui avait été produite pour démontrer que le marché pour les œuvres des éditeurs s'est contracté en raison des copies réalisées.

[29] L'affirmation suivante tirée de l'arrêt *CCH*, vaut aussi la peine d'être mentionnée (au paragraphe 70) :

La possibilité d'obtenir une licence n'est pas pertinente pour décider du caractère équitable d'une utilisation. [...] Si, comme preuve du caractère inéquitable de l'utilisation, le titulaire du droit d'auteur ayant la faculté d'octroyer une licence pour l'utilisation de son œuvre pouvait invoquer la décision d'une personne de ne pas obtenir une telle licence, il en résulterait un accroissement de son monopole sur l'œuvre qui serait incompatible avec l'équilibre qu'établit la *Loi sur le droit d'auteur* entre les droits du titulaire et les intérêts de l'utilisateur.

[30] Dans l'arrêt *SOCAN*, la question en litige était celle de savoir si les appelantes avaient le droit de percevoir des redevances auprès de Bell relativement à l'offre « d'extraits » musicaux, de 30 à 90 secondes, extraits que les consommateurs pouvaient écouter en transmission en continu d'acheter la pièce musicale au complet. Les extraits aidaient les utilisateurs à décider s'ils achetaient ou non une version téléchargeable en permanence de l'œuvre. En concluant que l'utilisation d'extraits constituait de la « recherche » au titre de l'article 29, madame la juge Abella a mentionné ce qui suit (aux paragraphes 18, 21, 22, 27 et 30) :

La Cour d'appel fédérale adhère au point de vue de la Commission, à savoir que l'écoute préalable intervient dans la planification de l'achat du téléchargement d'une œuvre musicale et, par conséquent, « aux fins [...] de recherche ». Elle arrive à la conclusion suivante :

... il n'est pas déraisonnable de donner au mot « recherche » son sens premier et usuel. Car le consommateur est à la recherche d'un objet du droit d'auteur qu'il désire et s'efforce de trouver et dont il veut s'assurer de [l']authenticité et de [la] qualité avant de se le procurer. [...] « [L]'écoute préalable contribue à cet effort pour trouver ». [par. 20]

[...]

Certes, l'un des objets importants de l'utilisation équitable des œuvres protégées est de permettre à d'autres personnes d'accomplir elles-mêmes des actes d'expression

creativity: Abraham Drassinower, “Taking User Rights Seriously”, in Michael Geist, ed., *In the Public Interest: The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, at pp. 467-72. But that does not argue for permitting *only* creative purposes to qualify as “research” under s. 29 of the *Copyright Act*. To do so would ignore the fact that the dissemination of works is also one of the *Act*'s purposes, which means that dissemination too, with or without creativity, is in the public interest. It would also ignore that “private study”, a concept that has no intrinsic relationship with creativity, was also expressly included as an allowable purpose in s. 29. Since “research” and “private study” both qualify as fair dealing purposes under s. 29, we should not interpret the term “research” more restrictively than “private study”.

Limiting research to creative purposes would also run counter to the ordinary meaning of “research”, which can include many activities that do not demand the establishment of new facts or conclusions. It can be piecemeal, informal, exploratory, or confirmatory. It can in fact be undertaken for no purpose except personal interest. It is true that research can be for the purpose of reaching new conclusions, but this should be seen as only one, not the primary component of the definitional framework.

...

In mandating a generous interpretation of the fair dealing purposes, including “research”, the Court in *CCH* created a relatively low threshold for the first step so that the analytical heavy-hitting is done in determining whether the dealing was fair. SOCAN's submission that “research” be restricted to the creation of new works would conflate the allowable purpose with the fairness analysis and unduly raise the bar for entering that analysis. Moreover, its restricted definitional scope of “research” contradicts not only the Court's admonition in *CCH* that “[i]n order to maintain the proper balance between the rights of a copyright owner and users' interests, [the fair dealing exception] must not be interpreted restrictively” (para. 48), but also its direction that the term “research” be given a “large and liberal interpretation” so that in maintaining that balance, users' rights are not unduly constrained (paras. 48 and 51).

...

et de création : Abraham Drassinower, « Taking User Rights Seriously », in Michael Geist, dir., *In the Public Interest : The Future of Canadian Copyright Law* (2005), 462, p. 467-472. Pour autant, on ne saurait considérer que *seule* une fin créative constitue une fin de « recherche » pour l'application de l'art. 29 de la *Loi sur le droit d'auteur*, car ce serait oublier que la diffusion des œuvres fait également partie des objets de la *Loi*; dès lors, la diffusion — avec ou sans créativité — est aussi dans l'intérêt public. Opter pour une telle interprétation restrictive serait également oublier que l'« étude privée » — une notion sans lien intrinsèque avec la créativité — constitue aussi une fin expressément permise à l'art. 29. La « recherche » et l'« étude privée » constituant deux fins de l'utilisation équitable permise par cette disposition, il ne convient pas d'interpréter la première plus étroitement que la seconde.

Rendre la « recherche » tributaire de la poursuite d'une fin créative serait également contraire à son sens ordinaire, car on peut y associer nombre d'activités qui ne consistent pas nécessairement à établir des faits nouveaux ou à tirer des conclusions nouvelles. La recherche peut être fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative. Elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l'intérêt personnel. La recherche peut assurément avoir pour but d'arriver à des conclusions nouvelles, mais ce n'est qu'un de ses composants définitionnels, non le principal.

[...]

Dans *CCH*, en prescrivant une interprétation généreuse des fins auxquelles il peut y avoir utilisation équitable, dont la « recherche », la Cour applique un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n'intervient qu'au second volet, celui de la détermination du caractère équitable. Prétendre comme le fait la SOCAN que la « recherche » ne s'entend que de la création d'œuvres nouvelles équivaut à confondre la notion de fin permise et l'analyse du caractère équitable et à resserrer indûment le passage menant à celle-ci. En outre, sa conception étroite de la « recherche » ne tient compte ni de la mise en garde de la Cour dans *CCH*, à savoir que « [p]our maintenir un juste équilibre entre les droits des titulaires du droit d'auteur et les intérêts des utilisateurs, il ne faut pas [...] interpréter restrictivement [l'utilisation équitable] » (par. 48), ni de son exhortation à interpréter le mot « recherche [...] de manière large » afin d'éviter que, dans l'établissement de cet équilibre, les droits des utilisateurs soient indûment restreints (par. 48 et 51).

[...]

Similarly, in considering whether previews are for the purpose of “research” under the first step of *CCH*, the Board properly considered them from the perspective of the user or consumer’s purpose. And from that perspective, consumers used the previews for the purpose of conducting research to identify which music to purchase, purchases which trigger dissemination of musical works and compensation for their creators, both of which are outcomes the *Act* seeks to encourage. [Emphasis added.]

[31] From the discussion of “research” in *SOCAN*, the following additional principles can be distilled:

1. Research does not need to be undertaken for the purpose of the user engaging in its own act of authorship or creativity;
2. Research is not limited to creative purposes but can be “piecemeal, informal, exploratory, or confirmatory” [at paragraph 22], and can be undertaken for no purpose except personal interest;
3. The first step in the fair dealing analysis is a relatively low threshold and does not require the creation of a new work; and
4. The analysis should be undertaken from the perspective of the user or consumer’s purpose.

[32] In *Warman v. Fournier*, 2012 FC 803, 104 C.P.R. (4th) 21, at paragraph 5, this Court also found fair dealing to exist where website operators reproduced a copyrighted article on their website, described as an “online political news discussion forum which is accessible to any member of the public and which is used for discussing political issues from a conservative viewpoint.” Justice Rennie held that the use was for an allowable purpose (news reporting under section 29.2 [of the Act]), and was fair, despite there being an arguable alternative to the dealing and despite the excerpts being widely distributed on the Internet.

De même, afin de déterminer si, pour les besoins du premier volet du critère de l’arrêt *CCH*, la fin qui sous-tend l’écoute préalable est la « recherche », la Commission tient compte avec raison du point de vue de l’utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur. Sous cet angle, l’écoute préalable permet au consommateur d’effectuer une recherche pour choisir les pièces dont il fera l’achat, ce qui entraîne la diffusion des œuvres musicales et la rétribution de leurs créateurs, deux résultats voulus par le législateur. [Je souligne.]

[31] Il est donc possible de dégager les quatre principes supplémentaires suivants d’après la discussion du terme « recherche » que l’on trouve dans l’arrêt *SOCAN* :

1. Il n’est pas nécessaire que la recherche soit tributaire de la poursuite d’une fin créative;
2. La recherche n’est pas limitée aux fins créatives, mais elle peut être « fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative » [au paragraphe 22], et elle peut même être entreprise pour aucun autre motif que l’intérêt personnel;
3. Le critère appliqué pour le premier volet de l’analyse relative à l’utilisation équitable est relativement souple et il ne nécessite pas la création d’une œuvre nouvelle;
4. L’analyse devrait être entreprise du point de vue de l’utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur.

[32] Dans la décision *Warman c. Fournier*, 2012 CF 803, au paragraphe 5, la Cour a aussi conclu à l’existence d’une utilisation équitable lorsque des exploitants de site Web reproduisent un article protégé par droit d’auteur sur leur site Web, site qu’ils décrivaient comme un « forum de discussion en ligne sur l’actualité politique qui est accessible aux membres du public et qui est utilisé pour discuter de questions politiques d’un point de vue conservateur ». Le juge Rennie a statué que l’utilisation visait une fin énumérée (communication des nouvelles au titre de l’article 29.2 [de la Loi]), et qu’elle était équitable, malgré l’existence de ce que l’on pourrait prétendre être une solution de rechange à l’utilisation et que les extraits circulaient librement sur Internet.



[33] I am satisfied that the Department's acknowledged use of the two Blacklock's articles constituted fair dealing. There is no question that the circulation of this news copy within the Department was done for a proper research purpose. There is also no question that the admitted scope of use was, in the circumstances, fair.

[34] The evidence establishes that Mr. Halley and Ms. Rubec were directly involved in responding to Mr. Korski. They each had legitimate concerns about the fairness and accuracy of Mr. Korski's reporting. In particular, Mr. Korski's attribution of "no comment" to the Department was a misrepresentation and his attribution of a mistake to the Department was, at best, ill-informed. Even Mr. Korski admitted that this pejorative description was based on assumptions about what had occurred. Based on what actually took place Blacklock's reference to "Lucy and Ethel" was also inapt and unfair. Mr. Halley and Ms. Rubec therefore had an interest in correcting the record with Blacklock's.

[35] Mr. Halley's further limited distribution of the articles to five departmental colleagues for their review also falls squarely within the scope of permitted research. Everyone involved had a legitimate need to be aware in the event that further action was deemed necessary.

[36] In finding the scope of use of the articles to be fair I have considered the following factors, all of which favour the defendant's position:

(a) The articles were legally and appropriately obtained by Ms. Marsden who was a paid subscriber to Blacklock's. Blacklock's website was not hacked or accessed by illicit means. In the result, the articles were no longer behind Blacklock's paywall when the Department obtained them;

[33] Je suis convaincu que l'utilisation reconnue par le Ministère des deux articles de Blacklock's constituait une utilisation équitable. Il n'y a pas de doute que la circulation de cet article de nouvelles au sein du Ministère a eu lieu à de véritables fins de recherche. Il n'y a pas de doute non plus que la portée de l'utilisation, telle que reconnue par le Ministère, était équitable dans les circonstances.

[34] La preuve établit que M. Halley et M<sup>me</sup> Rubec ont tous les deux directement répondu à M. Korski. Ils avaient chacun des préoccupations légitimes à propos du caractère équitable et de l'exactitude de la nouvelle de M. Korski. Plus particulièrement, le fait que M. Korski a attribué au Ministère la réponse [TRADUCTION] « pas de commentaires » constituait une présentation erronée, et son attribution d'une erreur au Ministère était, dans le meilleur des cas, mal avisée. Même M. Korski a admis que sa description péjorative était fondée sur des hypothèses à propos de ce qui s'était produit. La mention par Blacklock's de « Lucy et Ethel » était aussi erronée et injuste, compte tenu de ce qui s'était réellement passé. M. Halley et M<sup>me</sup> Rubec avaient donc un intérêt à corriger les affirmations de Blacklock's.

[35] En outre, M. Halley a limité la distribution des articles, en les transmettant à cinq de ses collègues du Ministère pour que ceux-ci les examinent. Cela relève donc clairement de la portée de la recherche permise. Toutes les personnes mêlées à cette situation avaient légitimement besoin d'avoir connaissance de la situation, dans l'éventualité où des mesures supplémentaires étaient jugées nécessaires.

[36] Pour conclure que l'utilisation était équitable, j'ai tenu compte des facteurs suivants, lesquels appuient tous la thèse du défendeur :

a) M<sup>me</sup> Marsden avait obtenu les articles en toute légalité et de manière appropriée, car elle avait pris un abonnement payant à Blacklock's. Le site Web de Blacklock's n'a pas été piraté ni accédé par des moyens illicites. Par conséquent, les articles n'étaient plus derrière le mur à péage de Blacklock's lorsque le Ministère les a obtenus;

- 
- |  |   |
|--|---|
| (b) Ms. Marsden sent the articles to Mr. Halley for a legitimate business reason (i.e., to protect her business reputation and to manage her working relationship with the Department);  | b) M <sup>me</sup> Marsden a envoyé les articles à M. Halley pour des motifs commerciaux légitimes (c.-à-d. pour protéger sa réputation commerciale et pour gérer sa relation de travail avec le Ministère);  |
| (c) The Department received the articles unsolicited and used them (i.e., read them) for a legitimate business purpose (i.e., to consider whether the stories required a response or correction);  | c) Le Ministère a reçu les articles sans faire de sollicitation et les a utilisés (en l'occurrence, les a lus) pour des motifs commerciaux légitimes (en l'occurrence, examiner si les articles nécessitaient une réponse ou des correctifs);   |
| (d) The articles were circulated among only six Department officials all of whom had a reason to see them;   | d) Les articles ont été transmis à seulement six fonctionnaires du Ministère; lesquels avaient tous une raison pour les consulter;  |
| (e) No commercial advantage was sought or obtained by the Department's use of the articles nor were they republished in any form;  | e) Le Ministère n'a demandé ni obtenu aucun avantage commercial par son utilisation des articles, et il ne les a pas publiés de nouveau sous quelque forme que ce soit;   |
| (f) The two articles represented only a small fraction of the protected news copy on Blacklock's website and one of them was shortly-after publically exposed on Blacklock's website;  | f) Les deux articles constituaient uniquement une petite partie des articles de nouvelles protégées sur le site Web de Blacklock's, et des articles ont peu après été rendus accessibles au public sur le site Web en question;   |
| (g) The articles contained information obtained from the Department in response to Mr. Korski's queries. As a source, the Department had a direct and immediate interest in their content. Indeed, a finding of copyright infringement against a news source for the simple act of reading the resulting copy is likely to have a chilling effect on the ability of the press to gather information. Such a result cannot be in the public interest; | g) Les articles contenaient des renseignements obtenus du Ministère en réponse aux demandes de renseignements de M. Korski. Le Ministère avait, à titre de source, un intérêt direct et immédiat envers le contenu des articles. En fait, conclure à l'existence de violation du droit d'auteur contre une source de nouvelle pour le simple fait qu'elle a lu la copie en question aura vraisemblablement un effet paralysant sur la capacité de la presse de recueillir des informations. Ce résultat ne peut être dans l'intérêt public; |
| (h) Mr. Halley and Ms. Rubec had a reasonable basis for their concern that the articles misrepresented some of the information they had conveyed to Mr. Korski and that a correction might be warranted. The involvement of their colleagues in a possible follow-up was, in the circumstances, reasonable;  | h) M. Halley et M <sup>me</sup> Rubec avaient un fondement raisonnable à l'appui de leur préoccupation selon laquelle les articles avaient fait une présentation erronée de certains renseignements qu'ils avaient transmis à M. Korski et qu'une correction pourrait être justifiée. La participation de leurs collègues à un possible suivi était, dans les circonstances, raisonnable;   |

- (i) Neither Ms. Marsden nor the Department were aware of, or agreed to, Blacklock's Terms and Conditions. In any event and as noted below, those provisions did not unambiguously prohibit the circulation of Blacklock's copy for personal or non-commercial purposes. If Ms. Marsden, as a subscriber, had the right to use and distribute the articles for a non-commercial purpose, those who received the articles lawfully could reasonably expect to enjoy the same privilege;
- (j) What occurred here was no more than the simple act of reading by persons with an immediate interest in the material. The act of reading, by itself, is an exercise that will almost always constitute fair dealing even when it is carried out solely for personal enlightenment or entertainment; and
- (k) While the public interest is served by the vigilance of the press, copyright should not be a device that serves to protect the press from accountability for its errors and omissions. The Department had a legitimate interest in reading the articles with a view to holding Blacklock's to account for its questionable reporting.
- i) Ni M<sup>me</sup> Marsden ni le Ministère avait eu connaissance des Conditions de Blacklock's, et n'y avaient consenti. Quoiqu'il en soit, et comme il est mentionné ci-dessous, ces dispositions n'interdisaient pas de manière expresse la circulation des copies des articles de Blacklock's à des fins personnelles ou non commerciales. Si M<sup>me</sup> Marsden, à titre d'abonnée, avait le droit d'utiliser et de distribuer les articles à des fins non commerciales, les personnes ayant reçu les articles de manière licite pouvaient raisonnablement s'attendre à jouir du même privilège;
- j) Ce qui s'est passé en l'espèce n'était rien de plus qu'une simple consultation du contenu par des personnes ayant un intérêt immédiat envers celui-ci. La consultation est en soi un exercice qui constituera presque toujours une utilisation équitable, même si celle-ci a lieu uniquement pour enrichissement ou divertissement personnel;
- k) Bien que la vigilance des médias serve l'intérêt public, le droit d'auteur ne devrait pas être un dispositif qui soustrait la presse à sa responsabilité à l'égard de ses erreurs et omissions. Le Ministère avait un intérêt légitime à lire les articles, en vue de demander à Blacklock's de lui rendre des comptes relativement à ses articles de nouvelles au contenu douteux.

[37] I agree with Mr. Hameed that the deliberate breach of the accepted terms of access to and use of copyrighted material, whether protected by a paywall or not, is a relevant consideration in applying the fair dealing provisions of the Act. However, the owner of copyright must establish that the terms of use actually prohibit the access or distribution in question and that the person involved was aware of the limitations.

[38] It is a simple exercise to bring the stipulated terms of use to the attention of a subscriber to a paywall-protected news service. All that is required is an acknowledgement at the time of acquiring access that the terms in question were read and accepted.

[37] Je conviens avec M. Hameed que la violation délibérée des Conditions convenues et l'utilisation de contenu protégé par droit d'auteur, que ce contenu soit protégé par un mur à péage ou non, est une considération pertinente pour ce qui est de l'application des dispositions de la Loi relatives à l'utilisation équitable. Cependant, le titulaire du droit d'auteur doit établir que les conditions d'utilisation interdisent bel et bien l'accès ou la distribution en question, et que la personne mêlée à cet acte avait connaissance des restrictions.

[38] Il est simple de porter à l'attention d'un abonné à un service de nouvelles protégé par un mur à péage les conditions d'utilisation prévues. Tout ce qui est requis est la reconnaissance, au moment où la personne acquiert l'accès, que les conditions en question ont été lues et acceptées.

[39] In this case Blacklock's failed to ensure that its subscribers were aware of the Terms and Conditions it sought to impose. According to Mr. Korski and Ms. Doan, an astute or sophisticated subscriber to Blacklock's would be aware of its limitations on use by the reference on the application form to bulk user access and by the generic reference to "Terms and Conditions" at the foot of every website page.

[40] In my view Blacklock's approach is deficient and potentially misleading to subscribers like Ms. Marsden. Because the Terms and Conditions of use were not clearly brought to Ms. Marsden's attention for acceptance, she had no reason to think that by sharing the two Blacklock's articles she was breaching Blacklock's copyright or facilitating a breach by others.

[41] The requirement for bringing contractual conditions to the attention of a subscriber at the time of purchase is well-known in the law. It is not something that is imposed by bare inference or by falling back on the supposed sophistication of users. At a minimum the party to be bound must be shown to have been aware of the Terms and Conditions at the time of purchase: see *Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd.*, 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189, at paragraph 124.

[42] I do not accept that Ms. Marsden or the Department should be taken to be aware of Blacklock's web-based terms of use.<sup>4</sup> But even if they had been aware they would have been no further ahead. Blacklock's Terms and Conditions contain a material ambiguity concerning downstream distribution. On the one hand they seemingly prohibit distribution by subscribers but, on the other, they permit it for personal, or non-commercial uses:

<sup>4</sup> Ms. Marsden testified that she only wanted copies of the two articles and had no reason to search Blacklock's website for its conditions of use when she completed the subscription application.

[39] En l'espèce, Blacklock's a omis de s'assurer que ses abonnés avaient connaissance des Conditions qu'elle souhaitait imposer. Selon M. Korski et M<sup>me</sup> Doan, un abonné au site de Blacklock's qui est averti et bien avisé aurait connaissance des restrictions à l'utilisation du fait du renvoi, sur le formulaire de demande, à l'accès en vrac et du fait du renvoi général aux « Conditions » sur le pied de page de chaque page du site Web.

[40] Je suis d'avis que la méthode adoptée par Blacklock's présente des lacunes et qu'elle peut possiblement tromper des abonnés comme M<sup>me</sup> Marsden. Puisque les Conditions n'ont pas été portées clairement à l'attention de M<sup>me</sup> Marsden pour qu'elle les accepte, elle n'avait pas de raison de croire qu'en faisant circuler les deux articles de Blacklock's, elle violait le droit d'auteur de Blacklock's ou en facilitait une telle violation par des tiers.

[41] L'exigence de porter à l'attention d'un abonné les modalités d'un contrat au moment de l'achat est bien établie en droit. Il ne s'agit pas d'une exigence imposée par simple inférence ou en s'en remettant à la prétendue sophistication des utilisateurs. À tout le moins, il faut établir que la partie qui sera liée a eu connaissance des Conditions au moment de l'achat : voir *Kobelt Manufacturing Co. Ltd. v. Pacific Rim Engineered Products (1987) Ltd.*, 2011 BCSC 224, 84 B.L.R. (4th) 189, au paragraphe 124.

[42] Je ne souscris pas à l'affirmation selon laquelle M<sup>me</sup> Marsden ou le Ministère devrait être réputés avoir eu connaissance des conditions d'utilisation de Blacklock's qui se trouvent sur le Web<sup>4</sup>. Toutefois, ces deux parties n'auraient pas été plus avancées, et ce, même si elles avaient une telle connaissance. Les Conditions de Blacklock's contiennent une ambiguïté importante en ce qui concerne la distribution en aval. D'un côté, Blacklock's semble interdire la distribution par les abonnés, mais de l'autre, elle le permet à des fins personnelles ou non commerciales :

<sup>4</sup> M<sup>me</sup> Marsden a relaté dans son témoignage qu'elle voulait uniquement des copies des deux articles et elle n'avait pas de raison d'effectuer une recherche sur le site de Blacklock's pour y trouver les conditions d'utilisation lorsqu'elle a rempli la demande d'abonnement.

*Blacklock's Reporter* and its contents are the property of 1395804 Ontario Ltd., and are protected, without limitation, pursuant to Canadian and foreign copyright and trademark laws.

You acknowledge and agree one subscription is allotted per subscriber. Distribution of articles, photographs, images, writings or other content of any kind by a single subscriber by paper, electronic file, disc, intranet or any and all methods is not permissible. For purchase of bulk subscriptions, see "Contact".

Reproduction, duplication, or distribution of *Blacklock's Reporter* and/or all or any part of its content for anything other than your personal, non-commercial use is a violation not only of these Terms and Conditions but also of copyright laws unless you have written permission from *Blacklock's Reporter*. The content on *Blacklock's Reporter* is made available to you for non-commercial, personal, or educational purposes only. The content may not be modified in any manner and the intellectual property notice must be included on every display and copy of the content. No other use is permitted. Nothing contained herein shall be construed as conferring any right under any copyright of *Blacklock's Reporter* or any other person who owns the copyright in the content provided on *Blacklock's Reporter*. [Emphasis added.]

[43] As the drafter of the above conditions, Blacklock's is bound to the interpretation most favourable to the users of its copy which, in this case, permitted Ms. Marsden's distribution to the Department for a non-commercial purpose, and by implication, permitted a similar use by Mr. Halley.

[44] All of this is not to say that subscribers like Ms. Marsden have unlimited rights of use of copyrighted material. Absent consent, subscribers and downstream users are subject to the obligations imposed on them by the Act. But at the same time they enjoy the considerable protection afforded to them under the statutory fair dealing provisions.

[TRADUCTION] *Blacklock's Reporter* et son contenu sont la propriété de 1395804 Ontario Ltd., et sont protégés, sans restrictions, conformément aux lois canadiennes et étrangères en matière de droits d'auteur et de marques de commerce.

Vous reconnaissez et acceptez que l'abonné a droit à un seul abonnement. La distribution d'articles, de photos, d'images, d'écrits ou de tout autre contenu que ce soit par un abonné individuel n'est pas permise, que ce soit sous forme de document papier, de fichier électronique, de disque, d'intranet ou de quelque autre méthode que ce soit. Pour acheter des abonnements de groupe, veuillez consulter la section « Contact ».

La reproduction, la duplication ou la distribution de *Blacklock's Reporter* et/ou de la totalité ou d'une partie de son contenu pour quelque autre fin qu'une fin personnelle et non commerciale constitue une violation non seulement des présentes Conditions, mais aussi des lois applicables en matière de droits d'auteur en l'absence d'une permission écrite de *Blacklock's Reporter*. Le contenu de *Blacklock's Reporter* est mis à votre disposition à des fins non commerciales, personnelles ou éducatives seulement. Le contenu ne peut être modifié de quelque manière que ce soit, et les mentions relatives à la propriété intellectuelle doivent figurer sur chaque écran ou copie du contenu. Aucune autre utilisation n'est permise. Les présentes Conditions ne seront pas interprétées comme conférant quelque droit que ce soit au titre du droit d'auteur à l'égard de *Blacklock's Reporter*, ni à l'égard de quelque autre personne qui détient un droit d'auteur relativement au contenu fourni sur *Blacklock's Reporter*. [Je souligne.]

[43] Blacklock's, à titre de rédactrice des Conditions ci-dessus, est liée par l'interprétation la plus favorable aux utilisateurs de ses copies. En l'espèce, cette interprétation permettait à M<sup>me</sup> Marsden de distribuer les copies au Ministère à des fins non commerciales, et, par la force des choses, permettait une utilisation similaire pour M. Halley.

[44] Ce qui précède ne revient pas à dire que des abonnés comme M<sup>me</sup> Marsden ont des droits d'utilisation illimités à l'égard du matériel protégé par droit d'auteur. En l'absence de consentement, les abonnés et les utilisateurs en aval sont assujettis aux obligations que la Loi leur impose. Toutefois, par le fait même, ces parties jouissent de la protection considérable que leur accordent les dispositions législatives relatives à l'utilisation équitable.

[45] Blacklock's maintains that this case challenges the viability of its business model including its right to protect news copy behind a subscription-based paywall. The suggestion that Blacklock's business cannot survive in the face of the minor and discrete use that took place here is essentially an admission that the market places little value on Blacklock's work-product. All subscription-based news agencies suffer from work-product leakage. But to customers who value easy, timely and unfettered access to news that may not be readily available from other sources, the price of a subscription is worth paying. It also goes without saying that whatever business model Blacklock's employs it is always subject to the fair dealing rights of third parties. To put it another way, Blacklock's is not entitled to special treatment because its financial interests may be adversely affected by the fair use of its material. Nothing in these reasons should however be taken as an endorsement of arguably blameworthy conduct in the form of unlawful technological breaches of a paywall, misuse of passwords or the widespread exploitation of copyrighted material to obtain a commercial or business advantage.

### III. Conclusion

[46] For the foregoing reasons this action is dismissed with costs payable to the defendant. I am given to understand that offers to settle may have been exchanged. I will therefore invite the parties to address this issue in writing within ten days of this decision. Neither submission is to exceed ten pages in length.

### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this action is dismissed.

[45] Blacklock's soutient que la présente affaire compromet la viabilité de son modèle d'affaires, notamment son droit de protéger des articles de nouvelles par un mur à péage qui est désactivé par suite de l'abonnement. La suggestion selon laquelle l'entreprise de Blacklock's ne peut survivre si elle doit composer avec des utilisations mineures et isolées qui ont eu lieu en l'espèce est essentiellement une admission selon laquelle le marché accorde peu de valeur au produit du travail de Blacklock's. Tous les organismes de nouvelles qui fonctionnent au moyen de l'abonnement souffrent des fuites de leurs produits de travail. Toutefois, pour les clients qui accordent une importance à l'accès facile, rapide et sans entraves aux nouvelles qui peuvent ne pas être accessibles facilement d'autres sources, l'abonnement vaut la peine d'être payé. Il va sans dire, peu importe le modèle d'affaires retenu par Blacklock's, que celui-ci sera toujours visé par les droits des tierces parties en matière d'utilisation équitable. Autrement dit, Blacklock's n'a pas droit à un traitement spécial du fait que l'utilisation équitable de son contenu peut avoir une incidence défavorable sur ses intérêts pécuniaires. Les présents motifs ne devraient cependant pas être considérés comme une acceptation de la conduite par ailleurs répréhensible qui consiste à utiliser des moyens technologiques pour violer de manière illicite les murs à péage, de la mauvaise utilisation des mots de passe ou de l'exploitation répandue de matériel protégé par droit d'auteur pour obtenir un avantage commercial.

### III. Conclusion

[46] Pour les motifs qui précèdent, la présente action est rejetée et le défendeur a droit aux dépens. Selon ce que je crois comprendre, les parties se sont échangées des offres de règlement. Je les invite donc à traiter de cette question par écrit dans les dix jours suivant la présente décision. Les observations n'excéderont pas dix pages.

### JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente action est rejetée.



THE COURT FURTHER ORDERS that the issue of costs is reserved pending the receipt of written submissions from the parties.

LA COUR STATUE AUSSI que la question des dépens est différée jusqu'à la réception des observations écrites des parties.

A-47-15  
2016 FCA 119

A-47-15  
2016 CAF 119

**Mylan Pharmaceuticals ULC (Appellant)**

**Mylan Pharmaceuticals ULC (appelante)**

v.

c.

**Eli Lilly Canada Inc., ICOS Corporation and the Minister of Health (Respondents)**

**Eli Lilly Canada Inc., ICOS Corporation et la ministre de la Santé (intimées)**

**INDEXED AS: MYLAN PHARMACEUTICALS ULC v. ELI LILLY CANADA INC.**

**RÉPERTORIÉ : MYLAN PHARMACEUTICALS ULC c. ELI LILLY CANADA INC.**

Federal Court of Appeal, Dawson, Trudel and Rennie J.J.A.—Ottawa, December 1, 2015; April 20, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Trudel et Rennie, J.C.A.—Ottawa, 1<sup>er</sup> décembre 2015; 20 avril 2016.

*Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision allowing respondent Eli Lilly Canada Inc.'s application for order under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6 prohibiting notice of compliance (NOC) from being issued to appellant — Impugned Canadian Patent No. 2226784 ('784 patent) claiming tadalafil, 3-methyl tadalafil (two compounds) for treatment of erectile dysfunction — Specifically, two compounds inhibiting production of PDE V (enzyme preventing erections) — '784 patent having priority date of July 14, 1995, filing date of July 11, 1996, publication date of February 6, 1997 — Eli Lilly previously acquiring '377 patent that claimed tadalafil, having priority date of January 21, 1994, filing date of January 19, 1995 — Pfizer publishing '902 patent application for PDE V inhibitor sildenafil on December 22, 1994 — Appellant filing notice of allegation that '784 patent invalid for inutility on basis of lack of sound prediction, obviousness-type double-patenting — Federal Court determining priority date of '377 patent as relevant date on which to assess impugned patent — Determining, inter alia, that at priority date of '377 patent, use of PDE V inhibitors patentably distinct from '377 patent — Rejecting challenge to utility of patent — Whether Federal Court erring in finding that impugned patent not invalid for either obviousness-type double-patenting or lack of utility — Federal Court committing no reversible errors in finding impugned patent not invalid for either obviousness-type double-patenting or lack of utility — While Federal Court erring in referring to specification when construing claims of '377 patent, error of no consequence — As to date from which obviousness-type double-patenting should be assessed, publication date of '784 patent not correct date — Inappropriate to use any date after claim date of second patent — Otherwise Court would consider prior art beyond what Patent Act, s. 28.3 allowing — Not necessary to determine appropriate date among those remaining as Federal Court not erring in concluding that '784 patent patentably distinct even in light of '902 patent application — Skilled person would not have*

*Brevets — Contrefaçon — Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a fait droit à la requête d'Eli Lilly Canada Inc. en vue d'obtenir, conformément à l'art. 6 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), une ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité (AC) à l'appelante — Le brevet contesté (le brevet canadien n° 2226784 ou le brevet '784) revendique le tadalafil et le 3-méthyl tadalafil (les deux composés) pour le traitement de la dysfonction érectile (DE) — Plus précisément, ces deux composés inhibent la production de PDE5 (une enzyme qui empêche l'érection) — Le brevet '784 avait comme date de priorité le 14 juillet 1995, comme date de dépôt le 11 juillet 1996 et comme date de publication le 6 février 1997 — Eli Lilly avait précédemment obtenu le brevet '377 qui revendiquait l'utilisation du tadalafil et dont la date de priorité était le 21 janvier 1994 et la date de dépôt était le 19 janvier 1995 — Pfizer avait publié le 22 décembre 1994 la demande de brevet '902 pour le sildénafil, un inhibiteur de la PDE5 — L'appelante a déposé un avis d'allégation que le brevet '784 était invalide pour cause d'absence d'utilité au motif qu'il y avait absence de prédiction valable et double brevet relatif à une évidence — La Cour fédérale a conclu que la date de priorité du brevet '377 était la date pertinente pour évaluer le brevet en cause — La Cour fédérale a déterminé, entre autres, qu'à la date de priorité du brevet '377, l'utilisation d'inhibiteurs de la PDE5 était une utilisation brevetable distincte de celle du brevet '377 — La Cour fédérale a rejeté la contestation de l'utilité du brevet — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le brevet contesté n'était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence ou pour cause d'absence d'utilité — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision lorsqu'elle a conclu que le brevet contesté n'était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence ou pour cause d'absence d'utilité — Bien que la Cour fédérale ait commis une erreur en faisant référence au mémoire descriptif dans le cadre de son interprétation des revendications*

*unhesitatingly accepted teachings of '902 patent application as true; not part of common knowledge — Appeal dismissed.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing the respondent Eli Lilly Canada Inc.'s application for an order under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* prohibiting a notice of compliance (NOC) from being issued to the appellant.

The impugned patent (Canadian Patent No. 2226784 or the '784 patent) claims tadalafil and 3-methyl tadalafil (the two compounds) for the treatment of erectile dysfunction (ED). The '784 patent had a priority date of July 14, 1995, a Canadian filing date of July 11, 1996, and a publication date of February 6, 1997. The two compounds inhibit the production of PDE V, an enzyme that prevents erections. Eli Lilly had previously acquired a patent ('377 patent) that claimed among other compounds tadalafil, and had a priority date of January 21, 1994 and a Canadian filing date of January 19, 1995. The '377 patent did not mention ED treatment specifically. On December 22, 1994, Pfizer published its American patent ('902 patent) application for sildenafil, another PDE V inhibitor. After the priority date of the '784 patent, a study provided evidence sildenafil could be orally administered for effective treatment of ED. The Federal Court found that this study stood for the broader proposition that a PDE V inhibitor could be administered orally for safe, effective treatment of ED. Following Eli Lilly's application for an order prohibiting a NOC, the appellant filed a notice of allegation that the '784 patent was invalid for inutility on the basis of a lack of sound prediction, and obviousness-type double-patenting. With regard to the double-patenting challenge, the Federal Court determined that the relevant date on which the impugned patent was to be assessed was the priority date of the '377 patent. The Federal Court determined, *inter alia*, that at the priority date of the '377 patent, the use of PDE V inhibitors such as tadalafil to treat ED was patentably distinct from the '377 patent. The Federal Court also rejected the challenge to the utility of the patent.

*du brevet '377, l'erreur était sans conséquence — Quant à la date à partir de laquelle le double brevet relatif à l'évidence devrait être évalué, la date de publication du brevet '784 ne constituait pas la bonne date — Il ne convenait pas d'utiliser une quelconque date postérieure à la date de revendication du deuxième brevet — Autrement, la Cour tiendrait compte d'antériorités excédant celles qu'elle peut prendre en compte en vertu de l'art 28.3 de la Loi sur les brevets — Il n'était pas nécessaire de déterminer la bonne date parmi les autres dates puisque la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que le brevet '784 visait un élément brevetable distinct même à la lumière de la demande de brevet '902 — La personne versée dans l'art n'aurait pas admis sans hésitation la validité des enseignements de la demande de brevet; ils ne faisaient pas partie des connaissances générales courantes — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale a fait droit à la requête de l'intimée Eli Lilly Canada Inc. en vue d'obtenir, conformément à l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, une ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité (AC) à l'appelante.

Le brevet contesté, le brevet canadien n° 2226784 ou le brevet '784, revendique le tadalafil et le 3-méthyl tadalafil (les deux composés) pour le traitement de la dysfonction érectile (DE). Le brevet '784 avait comme date de priorité le 14 juillet 1995, le 11 juillet 1996 comme date de dépôt au Canada et le 6 février 1997 comme date de publication. Ces deux composés inhibent la production de PDE5, une enzyme qui empêche l'érection. Eli Lilly avait précédemment obtenu un brevet (le brevet '377) qui revendiquait, entre autres composés, le tadalafil et dont la date de priorité était le 21 janvier 1994 et la date de dépôt canadien le 19 janvier 1995. Le brevet '377 ne faisait pas expressément mention du traitement de la DE. Le 22 décembre 1994, Pfizer publiait sa demande de brevet américain (le brevet '902) pour l'utilisation du sildénafil, un autre inhibiteur de la PDE5. Après la date de priorité du brevet '784, une étude a fourni la preuve que le sildénafil pouvait être administré par voie orale pour le traitement efficace de la DE. La Cour fédérale a conclu que l'étude appuyait la thèse plus générale que l'inhibiteur de la PDE5 pouvait être administré par voie orale pour le traitement sécuritaire et efficace de la DE. Après que Pfizer eut déposé une requête en vue d'obtenir une ordonnance interdisant un AC, l'appelante a déposé un avis d'allégation selon lequel le brevet '784 était invalide pour cause d'absence d'utilité au motif qu'il y avait absence de prédiction valable et double brevet relatif à une évidence. Pour ce qui est de la contestation à l'égard du double brevet, la Cour fédérale a déterminé que la date de priorité du brevet '377 était la date pertinente pour évaluer le brevet en cause. La Cour fédérale a déterminé, entre autres, qu'à la date de priorité du brevet '377, l'utilisation d'inhibiteurs

At issue was whether the Federal Court erred in finding that the impugned patent was not invalid for either obviousness-type double-patenting or a lack of utility.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court committed no reversible errors in finding that the impugned patent was not invalid for either obviousness-type double-patenting or a lack of utility.

In essence, the parties were asking whether there is an inventive step from the first patent to the second. The Supreme Court in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.* indicated that the substance of a double-patenting inquiry—like obviousness—is whether there is “invention” or “ingenuity” in the move from the first patent to the second. This, in execution, requires consideration of the claims of the second patent against the claims of the first patent. The Federal Court erred in referring to the specification when construing the claims of the '377 patent. The rules of patent construction preclude reference to the specification when the claims are clear. Such reference is also improper if it varies the scope of the claims. In this case, the '377 patent unambiguously claims tadalafil, without any comment on its use as a PDE V inhibitor. In these circumstances, the Federal Court’s reliance on *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.* was misplaced. *Sanofi-Synthelabo* makes it clear that construing the inventive concept is a distinct analysis from claims construction. As there was no ambiguity in the claims here, there could be no recourse to the specification. However, this error was of no consequence, as its effect was to impose a higher burden on the Eli Lilly. The Federal Court came to the correct conclusion with respect to obviousness-type double patenting. There were three possible dates from which obviousness-type double-patenting could be assessed. The first date was the priority date of the '377 patent. The middle date was the priority date of the '784 patent, which in this case was *after* Pfizer’s '902 patent application was published. The last possible date was the publication date of the '784 patent. The publication date of the later patent (the last date) was not the appropriate one. *Whirlpool* was not the controlling authority on this point. *Whirlpool* was an obviousness case and did not turn on the correct date for a double-patenting analysis. The publication date of the '784 patent was not the correct date in light of the principles underlying double-patenting doctrine. Specifically, it would be inappropriate to use any date after the claim date of the second patent (whether in a particular case the claim date is the same as the priority date—as it was

de la PDE5 comme le tadalafil pour traiter la DE était une utilisation brevetable distincte de celle du brevet '377. La Cour fédérale a également rejeté la contestation de l’utilité du brevet.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le brevet contesté n’était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence ou pour cause d’absence d’utilité.

*Arrêt* : l’appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que le brevet contesté n’était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence ou pour cause d’absence d’utilité.

Les parties demandaient essentiellement s’il existe une étape inventive entre le premier brevet et le deuxième. La Cour suprême dans l’arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.* a indiqué que l’analyse d’une enquête portant sur le double brevet, tout comme l’évidence, est de savoir si les revendications font preuve de « nouveauté » ou d’« ingéniosité » entre le premier brevet et le deuxième. Aux fins d’application, cela requiert l’examen des revendications du deuxième brevet par rapport à celles du premier brevet. La Cour fédérale a commis une erreur en faisant référence au mémoire descriptif pour l’interprétation des revendications du brevet '377. Les règles d’interprétation des brevets interdisent tout renvoi au mémoire descriptif lorsque les revendications sont claires. Ce renvoi constitue une erreur s’il modifie la portée des revendications. En l’espèce, le brevet '377 revendique sans équivoque l’utilisation du tadalafil, et ne formule aucun commentaire sur son utilisation comme inhibiteur de la PDE5. Dans ces conditions, le fait que la Cour fédérale se soit fondée sur l’arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.* était mal fondé. L’arrêt *Sanofi-Synthelabo* établit clairement que l’interprétation du concept inventif constitue une analyse distincte de l’interprétation des revendications. Comme il n’y avait pas d’ambiguïté dans les revendications en l’espèce, on ne pouvait pas avoir recours au mémoire descriptif. Cependant, l’erreur était sans conséquence, car son effet était d’imposer un fardeau plus lourd à Eli Lilly. La Cour fédérale en est arrivée à la bonne conclusion quant au double brevet relatif à l’évidence. L’évaluation du double brevet relatif à une évidence pouvait se faire à partir de trois dates possibles. La première date était la date de priorité du brevet '377. La date intermédiaire était la date de priorité du brevet '784, laquelle en l’espèce se situait après que la demande de brevet '902 de Pfizer eut été publiée. La dernière date possible était la date de publication du brevet '784. La date de publication du dernier brevet (la dernière date) n’était pas la bonne date à utiliser. L’arrêt *Whirlpool* n’était pas la décision qui faisait autorité en la matière. L’arrêt *Whirlpool* était une affaire qui portait sur l’évidence et ne soulevait pas la question de

here—or the filing date). Using a date after the claim date would mean that a court assessing an obviousness-type double-patenting claim would consider prior art beyond what section 28.3 of the *Patent Act* allows the Court to consider when assessing classical obviousness. This left the first date, on which the appellant uncontroversially failed, and the middle date, on which there was an evidentiary dispute. It was not necessary to determine the question of which of these dates was the appropriate one. Even if the correct date was the more appellant-friendly middle date, the Federal Court did not err in concluding that the '784 patent was patentably distinct even in light of the '902 patent application. The fact that the Supreme Court criticised the Canadian equivalent to the '902 patent application for lack of disclosure of the specific compound claimed (sildenafil) was irrelevant to the broader issue of what the '902 patent application taught about PDE V inhibitors as a general class. As such, the skilled person would not have unhesitatingly accepted the teachings of the '902 patent application as true; they were not part of the common general knowledge.

la date appropriée pour une évaluation d'un double brevet. La date de publication du brevet '784 n'était pas la bonne date à utiliser à la lumière des principes qui sous-tendent la règle du double brevet. Plus particulièrement, il ne conviendrait pas d'utiliser une quelconque date postérieure à la date de revendication du deuxième brevet (peu importe, dans un cas donné, que la date de revendication soit la même que la date de priorité, comme c'était le cas en l'espèce, ou la date de dépôt). Utiliser une date postérieure à la date de revendication signifierait qu'une cour qui analyse une revendication de double brevet relatif à une évidence tiendrait compte d'antériorités excédant celles que la Cour peut prendre en compte pour l'évaluation de l'évidence en vertu de l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*. Il ne restait alors que la première date, ce qui aurait signifié que Mylan aurait échoué sans controverse, et la date intermédiaire, ce qui aurait soulevé un litige concernant la preuve. Il n'était pas nécessaire de déterminer laquelle de ces dates était la bonne. Même si la date appropriée était la date intermédiaire plus favorable à l'appelante, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que le brevet '784 visait un élément brevetable distinct même à la lumière de la demande de brevet '902. Le fait que la Cour suprême ait critiqué l'équivalent canadien de la demande de brevet '902 pour cause de divulgation insuffisante du composé précis revendiqué (le sildénafil) était sans rapport avec la question plus générale de ce que la demande de brevet '902 enseignait au sujet des inhibiteurs de la PDE5 comme classe générale. La personne versée dans l'art n'aurait donc pas admis sans hésitation la validité des enseignements de la demande de brevet '902; ces enseignements ne faisaient pas partie des connaissances générales courantes.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 28.1, 28.3, 55.2(4).  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 6.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Merck & Co., Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2010 FC 510, 85 C.P.R. (4th) 179; *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9.

##### CONSIDERED:

*Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.);

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 28.1, 28.3, 55.2(4).  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 6.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Merck & Co., Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2010 CF 510; *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, (1963), 41 C.P.R. 9.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.);

*Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349.

REFERRED TO:

*Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FCA 214, [2007] 2 F.C.R. 137; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 1095, 42 C.P.R. (4th) 20.

AUTHORS CITED

Hughes, R. T. *et al. Hughes and Woodley on Patents*, 2nd ed. looseleaf (Toronto: LexisNexis, 2005).  
 Siebrasse, Norman. *Sufficient Description: Observations on Canadian patent cases*. “Disagreement on Date for Assessing Obviousness-type Double Patenting”, August 14, 2015, online: <<http://www.sufficientdescription.com/2015/08/disagreement-on-date-for-assessing.html>>.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 17, 129 C.P.R. (4th) 103) allowing the respondent Eli Lilly Canada Inc.’s application for an order under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* prohibiting a notice of compliance from being issued to the appellant. Appeal dismissed.

APPEARANCES

*Timothy Gilbert, Sana Halwani, Andrew Moeser and Zarya Cynader* for appellant.  
*Jamie Mills and Chantal Saunders* for respondents Eli Lilly Canada Inc. and ICOS Corporation.  
 No one appearing for respondent Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD

*Gilbert’s LLP*, Toronto, for appellant.  
*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for respondents Eli Lilly Canada Inc. and ICOS Corporation.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent the Minister of Health.

*Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349.

DÉCISIONS CITÉES :

*Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CAF 214, [2007] 2 R.C.F. 137; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1095.

DOCTRINE CITÉE

Hughes, R. T. *et al. Hughes and Woodley on Patents*, 2<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles (Toronto : LexisNexis, 2005).  
 Siebrasse, Norman. *Sufficient Description : Observations on Canadian patent cases*. « Disagreement on Date for Assessing Obviousness-type Double Patenting », 14 août 2015, en ligne : <<http://www.sufficientdescription.com/2015/08/disagreement-on-date-for-assessing.html>>.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2015 CF 17) qui a fait droit à la requête d’Eli Lilly Canada Inc. en vue d’obtenir, conformément à l’article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, une ordonnance interdisant la délivrance d’un avis de conformité à l’appelante. Appel rejeté.

ONT COMPARU

*Timothy Gilbert, Sana Halwani, Andrew Moeser et Zarya Cynader* pour l’appelante.  
*Jamie Mills et Chantal Saunders* pour les intimées Eli Lilly Canada Inc. et ICOS Corporation.  
 Personne n’a comparu pour l’intimé la ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Gilbert’s LLP*, Toronto, pour l’appelante.  
*Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L.*, Ottawa, pour les intimées Eli Lilly Canada Inc. et ICOS Corporation.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l’intimé la ministre de la Santé.



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

RENNIE J.A.:

### I. Introduction

[1] This is an appeal from a decision of the Federal Court *per* Justice de Montigny (the Judge) dated January 7, 2015 ([*Eli Lilly Canada Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC*] 2015 FC 17, 129 C.P.R. (4th) 103). In that decision, the Judge allowed Eli Lilly's application for an order under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (Regulations) prohibiting a notice of compliance (NOC) from being issued to Mylan. Mylan had alleged that Eli Lilly's patent was invalid on the basis of obviousness-type double-patenting and for lack of utility due to no sound prediction. For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

### II. Background

[2] The impugned patent (Canadian Patent No. 2226784 or the '784 patent) claims tadalafil and 3-methyl tadalafil (the two compounds) for the treatment of erectile dysfunction (ED). The patent comprises 28 claims, a subset of which are disputed in this appeal. Saliently, claim 18 claims the use of the two compounds via oral administration for the treatment of ED; claims 2, 4, 12, 14, and 15 (the remaining claims) are to the general use of the two compounds to treat ED, with no mention of oral administration.

[3] The impugned '784 patent had a priority date of July 14, 1995, a Canadian filing date of July 11, 1996, and a publication date of February 6, 1997.

[4] Tadalafil and 3-methyl tadalafil are PDE V inhibitors. PDE V is an enzyme that breaks down the chemical cGMP [cyclic guanosine monophosphate] (which causes erections via triggering smooth muscle

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

LE JUGE RENNIE, J.C.A. :

### I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rendue par le juge de Montigny (le juge) le 7 janvier 2015 ([*Eli Lilly Canada Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC*] 2015 CF 17). Dans sa décision, le juge a accueilli la demande d'Eli Lilly qui visait à obtenir une ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité (AC) à Mylan, conformément à l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Mylan avait allégué que le brevet d'Eli Lilly était invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence et pour cause d'absence d'utilité en raison d'absence de prédiction valable. Pour les motifs suivants, je rejetterais l'appel.

### II. Le contexte

[2] Le brevet contesté (le brevet canadien n° 2226784 ou le brevet '784) revendique le tadalafil et le 3-méthyl tadalafil (les deux composés) pour le traitement de la dysfonction érectile. Le brevet comprend 28 revendications, dont un sous-ensemble est contesté dans le présent appel. Il s'agit essentiellement de la revendication 18, qui revendique l'utilisation des deux composés administrés par voie orale dans le traitement de la dysfonction érectile, et des revendications 2, 4, 12, 14 et 15 (les autres revendications), qui revendiquent l'utilisation générale des deux composés pour le traitement de la dysfonction érectile, sans qu'il soit fait état de l'administration par voie orale.

[3] La date de priorité du brevet '784, qui est contesté, est le 14 juillet 1995, sa date de dépôt au Canada est le 11 juillet 1996, et sa date de publication est le 6 février 1997.

[4] Le tadalafil et le 3-méthyl tadalafil sont des inhibiteurs de la PDE5. La PDE5 est une enzyme qui décompose la guanosine monophosphate cyclique (GMPc) — qui provoque l'érection en entraînant le

relaxation) into GMP (which does not). Because PDE V prevents erections, a PDE V inhibitor has the effect of stimulating erections.

[5] Eli Lilly had previously acquired a patent that claimed, among other compounds, tadalafil. This earlier patent (Canadian Patent No. 2181377 or the '377 patent) had a priority date of January 21, 1994 and a Canadian filing date of January 19, 1995. In the words of the Judge [at paragraph 10], the '377 patent claimed “novel compounds, including tadalafil, pharmaceutical compositions, and the use of tadalafil in the treatment of various disorders where smooth muscle relaxation was thought to be beneficial, including cardiovascular disorders.” The patent indicated that tadalafil was bioavailable for reducing systemic hypertension. It did not mention ED treatment specifically.

[6] On December 22, 1994 (after the priority date of the '377 patent, but before the priority date of the impugned '784 patent) Pfizer's American patent application WO 1994028902A1 (the '902 patent application) for sildenafil (another PDE V inhibitor) was published. Notwithstanding criticism of the equivalent Canadian patent (patent 2163446) by the Supreme Court of Canada in *Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625 for inadequate disclosure of the particular chemical claimed by the patent, the '902 patent application did show that a PDE inhibitor could treat ED. There was evidence before the Judge, however, that the information in the '902 patent application was a counterintuitive breakthrough and was initially met with scepticism.

[7] In early 1996 (after the priority date of the '784 patent, but a few weeks prior to its Canadian filing date) a study (the Boolell study) provided robust evidence, based on clinical trials, that the PDE V inhibitor sildenafil could be orally administered for effective treatment of ED. The Judge found that this study stood for the

relâchement des muscles lisses — en GMP (qui n'a pas cet effet). Comme la PDE5 empêche l'érection, un inhibiteur de la PDE5 stimulera l'érection.

[5] Eli Lilly avait précédemment obtenu un brevet qui revendiquait, entre autres composés, le tadalafil. La date de priorité de ce brevet antérieur (le brevet canadien n° 2181377 ou le brevet '377) est le 21 janvier 1994 et sa date de dépôt au Canada est le 19 janvier 1995. Comme l'a déclaré le juge [au paragraphe 10], le brevet '377 revendiquait « de nouveaux composés, notamment le tadalafil, des compositions pharmaceutiques et l'utilisation du tadalafil dans le traitement de divers troubles dans lesquels le relâchement des muscles lisses est considéré comme bénéfique, dont les troubles cardiovasculaires ». Le brevet soulignait la biodisponibilité du tadalafil pour réduire l'hypertension systémique, mais ne faisait pas expressément mention du traitement de la dysfonction érectile.

[6] Le 22 décembre 1994 (soit après la date de priorité du brevet '377, mais avant celle du brevet '784, qui est contesté), la demande de brevet américain WO 1994028902A1 (la demande de brevet '902) de Pfizer pour le sildénafil (un autre inhibiteur de la PDE5) a été publiée. Nonobstant les critiques formulées à l'égard du brevet canadien équivalent (le brevet n° 2163446) par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625, pour cause de divulgation insuffisante du composé chimique précis revendiqué par le brevet, la demande de brevet '902 avait démontré qu'un inhibiteur de la PDE pouvait traiter la dysfonction érectile. Cependant, selon la preuve qui avait été présentée au juge, les renseignements contenus dans la demande de brevet '902 constituaient une percée contraire à ce à quoi on se serait attendu, et ces renseignements ont initialement été accueillis avec scepticisme.

[7] Au début de 1996 (soit après la date de priorité du brevet '784, mais quelques semaines avant sa date de dépôt au Canada), une étude (l'étude de Boolell) a présenté une preuve solide, fondée sur des essais cliniques, selon laquelle le sildénafil, inhibiteur de la PDE5, pouvait être administré par voie orale pour un traitement

broader proposition that a PDE V inhibitor could be administered orally for safe, effective treatment of ED.

[8] Pfizer applied for an order under subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, and section 6 of the Regulations, prohibiting the Minister from granting a NOC to Mylan for a generic version of tadalafil. On December 21, 2012, Mylan filed a notice of allegation alleging that the '784 patent was invalid for lack of utility and obviousness-type double-patenting.

### III. The decision below

[9] Mylan alleged that the claims at issue were invalid for obviousness-type double-patenting, and also that they were invalid for inutility on the basis of a lack of sound prediction.

[10] With regard to the double-patenting challenge, the Judge determined that the relevant date on which the impugned patent was to be assessed was the priority date of the first ('377) patent (January 21, 1994). He found that the inquiry at the centre of obviousness-type double-patenting was whether the second patent's claims should have been included in the first patent. He also found that while the double-patenting analysis was to be a comparison of the claims of the two patents, the claims must be read in the context of the full patent; consequently, he interpreted the '377 patent as claiming tadalafil as a PDE V inhibitor even though its status as a PDE V inhibitor was only made clear in the specification.

[11] On the basis of this framework, the Judge determined that at the priority date of the '377 patent, the use of PDE V inhibitors, such as the two compounds, to treat ED was patentably distinct from the '784 patent. Indeed, he noted that this factual finding was uncontroversial in

efficace de la dysfonction érectile. Le juge a estimé que cette étude appuyait la thèse plus générale selon laquelle un inhibiteur de la PDE5 pouvait être administré par voie orale pour un traitement efficace et sans danger de la dysfonction érectile.

[8] Pfizer a présenté une demande, en vertu du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, et de l'article 6 du Règlement, afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un AC à Mylan relativement à une version générique du tadalafil. Le 21 décembre 2012, Mylan a déposé un avis d'allégation soutenant que le brevet '784 était invalide pour cause d'absence d'utilité et de double brevet relatif à une évidence.

### III. La décision de la Cour fédérale

[9] Mylan a allégué que les revendications faisant l'objet du litige étaient invalides pour cause de double brevet relatif à une évidence et pour cause d'absence d'utilité en raison de l'absence de prédiction valable.

[10] Pour ce qui est de la contestation à l'égard du double brevet, le juge a déterminé que la date pertinente pour l'évaluation du brevet contesté devait être la date de priorité du premier brevet (le brevet '377), soit le 21 janvier 1994. Le juge a conclu que l'élément central de l'analyse à l'égard du double brevet relatif à une évidence était de savoir si les revendications du second brevet auraient dû faire partie du premier brevet. Il a également conclu que, même si l'analyse du double brevet consistait en une comparaison des revendications des deux brevets, les revendications devaient être interprétées dans le contexte du brevet pris dans son ensemble. Il a donc interprété le brevet '377 comme revendiquant le tadalafil en tant qu'inhibiteur de la PDE5, même si le fait qu'il inhibait la PDE5 n'était précisé que dans le mémoire descriptif.

[11] Le juge a alors déterminé qu'à la date de priorité du brevet '377, l'utilisation d'inhibiteurs de la PDE5, comme les deux composés en cause, pour traiter la dysfonction érectile était une utilisation brevetable distincte de celle du brevet '784. Il a même souligné que

the view of the parties' witnesses. In the alternative, the Judge found that even at the priority date of the *second* patent, the '784 patent was still patentably distinct from the '377 patent. The '902 patent application, which had been published about six months prior to the '784 patent's priority date, did not sufficiently advance the common general knowledge held by the person ordinarily skilled in the art (the skilled person) such that the '784 patent was not patentably distinct.

[12] The Judge also rejected the challenge to the utility of the patent. He concluded that the promise of the patent was the use of tadalafil and 3-methyl tadalafil to treat ED without reference to any particular mode of administration or the absence of toxicity or undue side effects. The Judge found that in light of the experiments taught in the patent's disclosure, the common general knowledge and the disclosure of the '377 patent, there was a *prima facie* reasonable inference of utility for the claimed compounds.

[13] The Judge also found that, in the alternative, even if the promise of the patent includes oral administration it was still soundly predicted. The Judge determined that by combining the '377 patent's disclosure that demonstrated that tadalafil was an orally bioavailable PDE V inhibitor with the Boolell study's teachings that an orally bioavailable PDE V inhibitor could be used to treat ED, there was a *prima facie* reasonable inference of the utility of the oral administration of tadalafil. Having found that claim 18 was soundly predicted with regard to tadalafil, the Judge determined that it was not necessary to make a similar finding with regard to 3-methyl tadalafil. The basis for this conclusion was that claim 18 was a *Markush* claim, and that *Markush* claims to a class of compounds have utility as long as at least one compound within the class has utility.

cette conclusion de fait n'était pas contestée par les témoins des parties. Subsidiairement, le juge a conclu que, même à la date de priorité du *second* brevet, le brevet '784 visait toujours des éléments brevetables distincts de ceux du brevet '377. La demande de brevet '902, qui avait été publiée six mois environ avant la date de priorité du brevet '784, n'avait pas suffisamment fait avancer les connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art pour que le brevet '784 ne vise pas des éléments brevetables distincts.

[12] Le juge a également rejeté la contestation de l'utilité du brevet. Il a conclu que la promesse du brevet concernait l'utilisation du tadalafil et du 3-méthyl tadalafil pour le traitement de la dysfonction érectile, sans faire référence à une voie d'administration en particulier ni à l'absence de toxicité ou d'effets secondaires excessifs. Le juge a estimé qu'à la lumière des expériences révélées par la divulgation du brevet, des connaissances générales courantes et de la divulgation du brevet '377, il existait une inférence *prima facie* raisonnable d'utilité à l'égard des composés revendiqués.

[13] Le juge a également conclu, subsidiairement, que même si l'administration par voie orale faisait partie de la promesse du brevet, cette promesse était valablement prédite. Le juge a déterminé qu'en combinant la divulgation du brevet '377, selon laquelle le tadalafil était un inhibiteur de la PDE5 biodisponible par voie orale, et les conclusions de l'étude de Boolell, selon lesquelles un inhibiteur de la PDE5 biodisponible par voie orale pouvait être utilisé pour traiter la dysfonction érectile, on pouvait conclure à une inférence *prima facie* raisonnable de l'utilité de l'administration par voie orale du tadalafil. Ayant conclu que la revendication 18 était valablement prédite au sujet du tadalafil, le juge a déterminé qu'il n'était pas nécessaire d'établir une conclusion semblable au sujet du 3-méthyl tadalafil. Le juge a fondé cette conclusion sur le fait que la revendication 18 constituait une revendication *Markush*, et que les revendications *Markush* à l'égard d'une classe de composés ont une utilité si au moins un des composés de la classe est utile.

#### IV. Positions of the parties

[14] Mylan appeals the findings with regard to both obviousness-type double-patenting and sound prediction, limiting its arguments on appeal to the sound prediction of claim 18 and to obviousness-type double-patenting of the remaining claims.

[15] With regard to double-patenting, Mylan alleges that the Judge erred in law by conducting the analysis as of the priority date of the '377 patent, and that *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*) instead mandates using the *publication date of the later* (in this case, '784) patent. Mylan also contends that the Judge committed a palpable and overriding error in finding that, at the '784 patent's priority date, the impugned patent was not invalid for obviousness-type double-patenting. Finally, Mylan argues that the nature of the inquiry for obviousness-type double-patenting should be akin to obviousness.

[16] Regarding sound prediction, Mylan argues that no skilled person would draw the inference of oral utility without specific *in vivo* tests on the two compounds which were claimed. Because there was no testing of 3-methyl tadalafil's oral bioavailability for any purpose, and no testing of the oral use of either compound to treat ED, claim 18 was not soundly predicted.

[17] Eli Lilly contends that the Judge ultimately reached the correct conclusion on both challenges to the patent.

[18] With respect to double-patenting, Eli Lilly argues that because PDE V inhibition is only mentioned in the patent's specification rather than its claims, the Judge erred in reading PDE V inhibition into the claims of the '377 patent. Notwithstanding this alleged error, however, Eli Lilly argues that the Judge used the correct date for the double-patenting analysis and properly concluded that the patent was not invalid on this ground.

#### IV. Les thèses des parties

[14] Mylan interjette appel des conclusions concernant le double brevet relatif à une évidence et la prédiction valable, mais limite ses observations en appel à la prédiction valable de la revendication 18 et au double brevet relatif à une évidence pour les autres revendications.

[15] En ce qui a trait au double brevet, Mylan soutient que le juge a commis une erreur de droit en fondant son analyse sur la date de priorité du brevet '377, alors que l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*), commande plutôt l'utilisation de la *date de publication du deuxième brevet* (en l'espèce, le brevet '784). Mylan soutient également que le juge a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que le brevet contesté n'était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence à la date de priorité du brevet '784. Enfin, Mylan soutient que l'analyse à l'égard du double brevet relatif à une évidence devrait s'apparenter à l'analyse de l'évidence.

[16] Pour ce qui est de la prédiction valable, Mylan soutient qu'aucune personne versée dans l'art ne conclurait à l'utilité de l'administration par voie orale sans que soient réalisés des essais *in vivo* sur les deux composés revendiqués. Comme aucun essai n'avait été effectué sur la biodisponibilité par voie orale du 3-méthyl tadalafil à quelque fin que ce soit, et qu'aucun essai n'avait été fait sur l'administration par voie orale de l'un ou l'autre composé pour traiter la dysfonction érectile, la revendication 18 ne pouvait pas être valablement prédite.

[17] Eli Lilly soutient que le juge, en dernier ressort, a tiré les bonnes conclusions au sujet des deux éléments contestés du brevet.

[18] En ce qui a trait au double brevet, Eli Lilly soutient que, puisque l'effet d'inhibition de la PDE5 n'est mentionné que dans le mémoire descriptif du brevet, et non dans ses revendications, le juge a commis une erreur en concluant que l'inhibition de la PDE5 figurait dans les revendications du brevet '377. Malgré cette erreur présumée, Eli Lilly fait toutefois valoir que le juge a utilisé la bonne date pour l'analyse du double brevet et

[19] Eli Lilly also submits that the obviousness-type double-patenting inquiry cannot be conducted according to the obviousness framework. It argues that to do so would make obviousness-type double-patenting a surrogate of the obviousness doctrine and circumvent the protections of section 28.3 of the *Patent Act*. Paragraph 28.3(a) excludes from the prior art, which forms the basis of an obviousness challenge, any documents disclosed by the patentee in the year prior to filing.

[20] On the sound prediction issue, Eli Lilly's position is that the Judge correctly concluded that the '902 patent application and the Boolell study provided a factual basis for a sound line of reasoning to predict the utility of claim 18 with regard to the two compounds.

#### V. Standard of review

[21] The standard of review established in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 applies to appeals of NOC applications: *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FCA 214, [2007] 2 F.C.R. 137, at paragraph 15. Findings of fact and mixed fact and law can only be reversed if there is a palpable and overriding error. Findings of law, including extricable questions of law on an issue of mixed fact and law, are reviewed on a correctness standard.

#### VI. Preliminary observations

[22] Before examining the grounds of invalidity under appeal, it is useful to briefly review three areas of patent law. The first is the distinction between prior art and common general knowledge. The second is the distinction between obviousness and double-patenting. Finally, a recapitulation of the various dates that are

qu'il a conclu, à juste titre, que le brevet n'était pas invalide pour ce motif.

[19] Eli Lilly allègue également que l'analyse à l'égard du double brevet relatif à une évidence ne peut être menée selon le cadre relatif à l'analyse de l'évidence. Elle soutient que cela ferait de la règle du double brevet relatif à une évidence un substitut à la règle de l'évidence et contournerait les protections conférées par l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*. L'alinéa 28.3a) exclut du dossier d'antériorité, lequel sert de fondement à toute contestation fondée sur l'évidence, toute communication faite par le titulaire de brevet durant l'année précédant le dépôt de sa demande.

[20] Quant à la question de la prédiction valable, Eli Lilly est d'avis que le juge a conclu, à juste titre, que la demande de brevet '902 et l'étude de Boolell ont fourni un fondement factuel qui permettait d'effectuer un raisonnement valable pour prédire l'utilité de la revendication 18 en ce qui concerne les deux composés.

#### V. La norme de contrôle

[21] La norme de contrôle établie dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, s'applique aux appels visant des demandes sur des AC : *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CAF 214, [2007] 2 R.C.F. 137, au paragraphe 15. Les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit ne peuvent être infirmées que s'il y a eu erreur manifeste et dominante. Les conclusions de droit, y compris les questions de droit isolables dans le cas d'une question mixte de fait et de droit, sont examinées en regard de la norme de la décision correcte.

#### VI. Observations préliminaires

[22] Avant d'examiner les motifs d'invalidité visés par l'appel, il est utile de passer brièvement en revue trois éléments du droit des brevets. Le premier concerne la distinction entre les antériorités et les connaissances générales courantes. Le deuxième concerne la distinction entre l'évidence et le double brevet. Il



engaged by the issues on appeal completes the backdrop.

A. *Prior art and common general knowledge*

[23] Prior art is the collection of learning in the field of the patent at issue. It comprises any publically available teaching, however obscure or not generally accepted.

[24] The common general knowledge, in contrast, is the “knowledge generally known by persons skilled in the relevant art [skilled persons] at the relevant time”: *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 (*Sanofi-Synthelabo*), at paragraph 37. Unlike the prior art, which is a broad category encompassing all previously disclosed information in the field, a piece of information only migrates into the common general knowledge if a skilled person would become aware of it and accept it as “a good basis for further action”: *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.), at page 483.

[25] Prior art is used for specific purposes in patent law, such as to found an allegation that prior art anticipated the invention or rendered it obvious. The common general knowledge informs the way in which the claims and specifications are read, because it is to the skilled person that the patent is addressed. Any inquiry in patent law that is performed from the perspective of a skilled person will import the common general knowledge.

B. *Obviousness-type double-patenting*

[26] The double-patenting doctrine holds that a claim is invalid if it constitutes patenting of an invention that has already been claimed in a previous patent. It is aimed at the problem of evergreening; extending the monopoly that was granted on the first patent by filing

convient en dernier lieu de récapituler les diverses dates soulevées par les questions en litige dans l’appel.

A. *Les antériorités et les connaissances générales courantes*

[23] Les antériorités s’entendent de l’ensemble du savoir dans le domaine du brevet en cause. Elles comprennent tout enseignement accessible au public, aussi obscur ou peu accepté soit-il.

[24] Les connaissances générales courantes, quant à elles, s’entendent des « connaissances que possède généralement une personne versée dans l’art en cause au moment considéré » : voir *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 (*Sanofi-Synthelabo*), au paragraphe 37. Contrairement aux antériorités, qui sont une catégorie générale regroupant tous les renseignements précédemment divulgués dans le domaine, un élément d’information ne fait partie des connaissances générales courantes que si une personne versée dans l’art en serait informée et reconnaîtrait cette information comme constituant [TRADUCTION] « un bon fondement pour les actions à venir » : voir *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.), à la page 483.

[25] Les antériorités sont utilisées à des fins précises dans le droit des brevets, notamment pour étayer une allégation selon laquelle les antériorités ont prédit l’invention ou l’ont rendue évidente. Les connaissances générales courantes déterminent la manière d’interpréter les revendications et les mémoires descriptifs, car le brevet vise la personne versée dans l’art. Toute analyse liée au droit des brevets menée du point de vue d’une personne versée dans l’art doit tenir compte des connaissances générales courantes.

B. *Le double brevet relatif à une évidence*

[26] Selon la règle du double brevet, une revendication est jugée invalide si elle équivaut à un brevet d’une invention qui a été revendiquée dans un brevet antérieur. Cette règle vise le problème du renouvellement à perpétuité, qui consiste à prolonger le monopole accordé par

a new patent that does not offer a new invention to the public. As such, the doctrine of double-patenting prevents a patentee from violating the bargain at the heart of the patent system.

[27] In *Whirlpool*, the Supreme Court of Canada recognized two types of double-patenting. The first is “same-invention” double-patenting, which occurs when the claims of the second patent are outright “identical or coterminous” to the first. This is not alleged in this case. The second is “obviousness-type” double-patenting, which occurs when the second patent is not identical to the first, but is nonetheless not “patentably distinct” from the first.

[28] Invalidity on the basis of obviousness-type double-patenting is not the same as invalidity on the basis of obviousness. Obviousness is directed at the question of whether an “invention” (in the legal sense) exists at all. Obviousness-type double-patenting has a different policy justification; the prevention of evergreening an existing patent through what would otherwise be a valid patent but is, in effect, an extension of the patent that has already been granted: *Merck & Co., Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2010 FC 510, 85 C.P.R. (4th) 179, at paragraph 124. Some of the differences are contested issues in this appeal, but a few uncontroversial distinctions between the two variants of the doctrine can be noted.

[29] In an obviousness challenge, any piece of prior art, including a collection of works, can be cited as rendering the impugned patent obvious and therefore not patentable: *Sanofi-Synthelabo*, at paragraphs 67–71. By contrast, in an obviousness-type double-patenting challenge, only the earlier patent can be cited as rendering the impugned patent not patentably distinct; any other prior art is only relevant insofar as it contributes to the common general knowledge of the skilled person.

[30] Finally, in an obviousness challenge, paragraph 28.3(a) of the *Patent Act* provides that any information

le premier brevet en déposant une nouvelle demande de brevet qui ne propose pas de nouvelle invention au public. La règle du double brevet vise donc à empêcher un titulaire de brevet de contrevenir au marché qui est à la base du régime des brevets.

[27] Dans l’arrêt *Whirlpool*, la Cour suprême du Canada a reconnu deux types de double brevet. Le premier, ou le double brevet relatif à la « même invention », survient lorsque les revendications du deuxième brevet sont tout simplement « identiques » à celles du premier. Ce n’est pas allégué en l’espèce. Le deuxième type, ou le double brevet relatif à une « évidence », survient lorsque le deuxième brevet n’est pas identique au premier, mais ne vise pas pour autant un « élément brevetable distinct ».

[28] L’invalidité fondée sur le double brevet relatif à une évidence diffère de l’invalidité fondée sur l’évidence. L’évidence vise à déterminer s’il existe vraiment une « invention » (au sens juridique). L’analyse à l’égard du double brevet relatif à une évidence repose sur des justifications de principe différentes : l’examen vise à prévenir le renouvellement à perpétuité d’un brevet existant par l’intermédiaire de ce qui serait par ailleurs un brevet valide, mais qui en fait n’est qu’un prolongement d’un brevet existant : voir *Merck & Co., Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2010 CF 510, au paragraphe 124. Bien que certaines de ces différences fassent partie des questions en litige en l’espèce, il existe entre les deux variantes de la règle quelques distinctions qui ne prêtent pas à controverse.

[29] Dans une contestation fondée sur l’évidence, tout élément d’antériorité, y compris un ensemble de travaux, peut être invoqué pour établir que le brevet contesté était évident et qu’il n’était donc pas brevetable : voir *Sanofi-Synthelabo*, aux paragraphes 67 à 71. Par contre, dans une contestation fondée sur le double brevet relatif à une évidence, seul le brevet antérieur peut être invoqué pour établir que le brevet contesté ne vise pas un élément brevetable distinct; tout autre élément d’antériorité n’est pertinent que s’il contribue aux connaissances générales courantes de la personne versée dans l’art.

[30] Enfin, dans le cas d’une contestation fondée sur l’évidence, l’alinéa 28.3a) de la *Loi sur les brevets*

disclosed by the patentee within a year prior to the filing cannot be cited as prior art that renders the patent obvious. This effectively gives the patentee a one-year grace period before filing in which it can make disclosures without worrying that those disclosures will be the basis of an obviousness attack. Double-patenting is not subject to paragraph 28.3(a), which is what allows the earlier patent to be cited if it was published within a year of the filing date of the impugned patent.

### C. *The relevant dates*

[31] Borrowing in large measure from *Hughes and Woodley on Patents*: The Honourable Mr. Justice Roger T. Hughes *et al.*, 2nd ed. looseleaf (Toronto: LexisNexis, 2005), it is useful to revisit some of the key terms on which this appeal turns:

- (a) The *filing date* is the date on which the patent application is filed with the Canadian Patent Office.
- (b) The *priority date* is the date on which an earlier patent application disclosing the same invention was filed by the patentee – either in Canada or (much more often) in a country that is party to a relevant patent treaty or convention to which Canada is also a party. A priority date only applies at the request of the patentee, and the patent must be filed in Canada within 12 months of the priority date.
- (c) The *claim date* is the priority date if there is one; otherwise the claim date is the filing date.

(The above concepts (a and b) are governed by section 28.1 of the *Patent Act*. Though the various iterations of the *Patent Act* complicate matters slightly, a general statement can be made that

prévoit que toute communication faite par le titulaire de brevet dans l'année précédant le dépôt de la demande ne peut être invoquée comme un élément d'antériorité rendant le brevet évident. Le titulaire de brevet dispose donc d'un délai d'un an avant le dépôt, délai au cours duquel il peut communiquer de l'information sans craindre que ces communications servent de fondement à une contestation fondée sur l'évidence. Le double brevet n'est pas assujéti à l'alinéa 28.3a), ce qui fait qu'on peut invoquer le brevet antérieur si celui-ci a été publié dans l'année précédant la date de dépôt du brevet contesté.

### C. *Les dates pertinentes*

[31] Je me fonde en grande partie sur l'ouvrage *Hughes and Woodley on Patents*, par le juge Roger T. Hughes *et al.*, 2<sup>e</sup> éd., feuilles mobiles (Toronto : LexisNexis, 2005), pour revoir certaines notions clés sur lesquelles repose le présent appel :

- a) La *date de dépôt* est la date à laquelle la demande de brevet est déposée au Bureau des brevets du Canada.
- b) La *date de priorité* est la date à laquelle une demande de brevet antérieure portant sur la même invention a été déposée par le titulaire de brevet, que ce soit au Canada ou (ce qui arrive beaucoup plus souvent) dans un pays qui est partie à un traité pertinent ou à une convention pertinente sur les brevets dont le Canada est également signataire. La date de priorité ne s'applique que si le titulaire de brevet le demande, et le brevet doit être déposé au Canada dans les 12 mois suivant la date de priorité.
- c) La *date de revendication* correspond à la date de priorité, s'il en existe une, ou alors à la date de dépôt.

(Ces deux concepts, soit a) et b), sont régis par l'article 28.1 de la *Loi sur les brevets*. Bien que les diverses versions de la *Loi sur les brevets* compliquent quelque peu les choses, on peut

novelty and obviousness are both assessed as of the claim date.)

- (d) The *publication date* is the date on which the application for a patent is first open to the public for inspection. The prospective patentee has the right to delay this up to 18 months after the claim date. This is governed by section 10 of the *Patent Act*. The patent becomes citable prior art as of the publication date; the publication date is also the date for claims construction.

## VII. Analysis

[32] One issue in dispute between the parties is whether the substance of the analysis of obviousness-type double-patenting is the same as that for obviousness and what date is to be used for conducting the analysis.

[33] Mylan submits that the Court should apply the well-settled test for obviousness, with the earlier patent taking the place of the prior art. Under this construct, the question for the Court is whether a skilled person would consider the impugned patent obvious in light of the earlier patent, with the earlier patent taking the place of the prior art generally, or whether there was an inventive step that makes the impugned patent non-obvious. This approach differs from straightforward obviousness in terms of what prior art is considered, but the central inquiry is the same.

[34] Eli Lilly argues that this is incorrect, and that the inquiry is instead whether the second invention constitutes an improper extension of the original patent. For his part, the Judge framed the question as whether what was claimed in the second patent could or should have been included in the first patent.

[35] I do not see a substantive distinction between the two approaches. They are not inconsistent and are, in effect, reformulations of the same inquiry. When one

généralement affirmer que la nouveauté et l'évidence sont toutes deux évaluées au regard de la date de revendication.)

- d) Enfin, la *date de publication* est la date à laquelle la demande de brevet peut être consultée pour la première fois par le public. Le titulaire de brevet éventuel a le droit de retarder de 18 mois après la date de revendication la consultation de la demande par le public. Cette question relève de l'article 10 de la *Loi sur les brevets*. Le brevet devient un élément d'antériorité pouvant être invoqué à partir de la date de publication, laquelle est également la date d'interprétation des revendications.

## VII. Analyse

[32] Une des questions en litige entre les parties est celle visant à déterminer si le fond de l'analyse du double brevet relatif à une évidence est identique à celui de l'analyse à l'égard de l'évidence, ainsi que la date à utiliser aux fins de cette analyse.

[33] Mylan soutient que la Cour devrait appliquer le critère bien établi de l'évidence, en considérant que le brevet antérieur est l'antériorité. Selon ce concept, la Cour doit déterminer si une personne versée dans l'art considérerait le brevet contesté comme évident eu égard au brevet antérieur, le brevet antérieur remplaçant les antériorités en général, ou s'il existe une étape inventive qui confère au brevet contesté un caractère non évident. Bien que cette approche diffère de l'analyse de l'évidence pure quant aux antériorités qui sont prises en compte, la question centrale reste la même.

[34] Eli Lilly soutient que cette affirmation est incorrecte, estimant que l'enquête doit plutôt viser à déterminer si la deuxième invention constitue un prolongement inapproprié du brevet initial. Pour sa part, le juge a abordé la question en cherchant à déterminer si les revendications du deuxième brevet auraient pu, ou auraient dû, être incluses dans le premier brevet.

[35] Je ne vois pas de différence fondamentale entre ces deux approches. Je suis d'avis que ces approches ne sont pas incompatibles et qu'elles constituent plutôt

says “the second patent is an impermissible extension of the first” or “the claims of the second patent should have been included in the first”, those statements, in essence, ask whether there is an inventive step from the first patent to the second.

[36] The Supreme Court of Canada in *Whirlpool* indicated that the substance of a double-patenting inquiry—like obviousness—is whether there is “invention” or “ingenuity” in the move from the first patent to the second: *Whirlpool*, at paragraphs 66 and 67. Moreover, because the doctrine exists to prevent the evergreening of patents with uninventive additions, examination of whether the changes in the second patent are or are not inventive is directly linked to the policy considerations that underlie the doctrine. Finally, while not dispositive, the use of the label “obviousness” for this type of double-patenting indicates that a similar analytical process is appropriate.

[37] This, in execution, requires consideration of the claims of the second patent against the claims of the first patent. The distinction from an obviousness inquiry is nuanced, but doctrinally important. As noted by Hughes J. in *Merck & Co., Inc. v. Pharmascience Inc.*, at paragraph 124:

What is important to keep in mind is that the exercise required in the inquiry as to whether there is double patenting is that the claims of the earlier patent owned by the same patentee as the latter must be compared with the claims of the latter to see if they are “identical or co-terminus”, or whether the latter is “obvious” in view of the former. Therefore, the exercise is somewhat different than that of dealing with obviousness of a patent having regard to the art that would have been known to a person skilled in the art as of the relevant time. The exercise respecting double patenting is to present the notional person skilled in the art with the claims of the first patent and inquire whether what is claimed in the second patent was “identical or co-terminus” with the first or would have been obvious in light of the earlier patent. The inquiry must not bother with any inquiry as to whether the earlier patent would have come to the attention of the notional person skilled in the art. Nor does the inquiry

une reformulation de la même question. Qu’il s’agisse de déterminer si « le deuxième brevet est un prolongement inadmissible du premier » ou si « les revendications du deuxième brevet auraient dû être incluses dans le premier brevet », les deux énoncés visent essentiellement à déterminer s’il y a eu une étape inventive entre le premier et le deuxième brevet.

[36] Dans l’arrêt *Whirlpool*, la Cour suprême du Canada indique que l’analyse du double brevet — tout comme l’analyse de l’évidence — vise essentiellement à déterminer si le deuxième brevet fait preuve « de nouveauté ou d’ingéniosité » par rapport au premier brevet : voir *Whirlpool*, aux paragraphes 66 et 67. De plus, comme la règle vise à interdire le renouvellement à perpétuité de brevets par des ajouts non inventifs, l’examen visant à déterminer si les modifications dans le deuxième brevet relèvent ou non de l’invention est directement lié aux considérations de principe qui sous-tendent la règle. Enfin, bien que ce ne soit pas déterminant, l’ajout de la mention « évidence » à ce type de double brevet indique qu’il est pertinent d’utiliser un processus d’analyse similaire.

[37] Une telle analyse requiert, dans l’exercice, que les revendications du deuxième brevet soient examinées en regard de celles du premier brevet. La différence par rapport à un examen relatif à l’évidence est subtile, mais néanmoins importante quant aux principes. Comme le souligne le juge Hughes dans la décision *Merck & Co., Inc. c. Pharmascience Inc.*, au paragraphe 124 :

Ce qu’il importe de garder à l’esprit dans l’analyse qu’exige l’examen visant à déterminer s’il y a double brevet, c’est que les revendications du brevet antérieur, dont le titulaire est le même que celui du brevet postérieur, doivent être comparées aux revendications du brevet postérieur, pour voir si elles sont « identiques », ou si les revendications du brevet postérieur sont « évidentes » compte tenu de celles du brevet antérieur. Par conséquent, il s’agit d’une analyse différente de celle qu’on doit faire lorsqu’il s’agit de l’évidence du brevet par rapport à la technique qui aurait été connue de la personne versée dans l’art à la date pertinente. L’analyse à l’égard du double brevet consiste à présenter à la personne versée dans l’art les revendications du premier brevet et à se demander si l’objet des revendications du second brevet est « identique » à celui des revendications du premier ou aurait été évident compte tenu du brevet antérieur. Il ne faut pas s’occuper de savoir si le brevet

extend to the validity or otherwise of the claims of the earlier patent. Nor does the inquiry extend to “prior art” beyond the earlier patent, as Binnie J. wrote at paragraph 67 of *Whirlpool*, the inquiry is whether a second patent can be justified unless the claims exhibit “novelty or ingenuity” over the first patent. [Emphasis in original.]

[38] Although formulated in slightly different language, this analysis may be traced back to, and is consistent with, *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49 and its focus on whether the second patent contains a new or inventive element or process beyond that claimed in the first.

[39] In my view, the Judge erred in referring to the specification when construing the claims of the '377 patent. The rules of patent construction preclude reference to the specification when the claims are clear, and also improper if it varies the scope of the claims: *Hughes and Woodley on Patents*, at page 312:

In construing a patent, the claims are the starting point. The claims alone define the statutory monopoly and the patentee has a statutory duty to state, in the claims, what the invention is for which protection is sought. In construing the claims ... recourse to the rest of the specifications is: (1) permissible to assist in understanding the terms used in the claims; (2) unnecessary where the words are plain and unambiguous; and (3) improper to vary the scope or ambit of the claims.

[40] In this case, the '377 patent unambiguously claims the compound tadalafil, without any comment on its use as a PDE V inhibitor. In these circumstances, the Judge's reliance on *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 77 is misplaced. Rothstein J.'s comments regarding the patent specification were in the specific context of construing the inventive concept of a selection of patent for the purposes of an obviousness analysis, not in the context of claims construction. *Sanofi-Synthelabo* makes it clear

antérieur serait venu à l'attention de la personne versée dans l'art. Ni d'examiner les revendications du brevet antérieur quant à leur validité ou d'un autre point de vue. Ni d'examiner l'« état de la technique » au-delà du brevet antérieur. Comme l'a écrit le juge Binnie au paragraphe 67 de l'arrêt *Whirlpool*, l'analyse ne peut établir qu'un second brevet est justifié que si les revendications font preuve « de nouveauté ou d'ingéniosité » par rapport au premier brevet. [Souligné dans l'original.]

[38] Bien que le libellé diffère légèrement, cette analyse remonte à l'arrêt *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, et est compatible avec cet arrêt, dans lequel on a principalement cherché à déterminer si le second brevet contenait un élément ou un processus nouveau ou inventif qui ne figurait pas dans les revendications du premier.

[39] Je suis d'avis que le juge a commis une erreur en faisant référence au mémoire descriptif pour l'interprétation des revendications du brevet '377. Les règles relatives à l'interprétation des brevets interdisent les renvois au mémoire descriptif lorsque les revendications sont claires, et le renvoi constitue une erreur s'il modifie la portée des revendications. Voir *Hughes and Woodley on Patents*, à la page 312 :

[TRADUCTION] Les revendications constituent le point de départ dans l'interprétation d'un brevet. Seules les revendications définissent le monopole reconnu par la loi, et le titulaire du brevet est légalement tenu de déclarer, dans les revendications, en quoi consiste l'invention dont il demande la protection. Lors de l'interprétation des revendications, [...] le recours au reste du mémoire descriptif : 1) est permis pour éclairer le sens des termes employés dans les revendications; 2) n'est pas nécessaire lorsque le libellé est clair et sans ambiguïté; 3) est abusif si l'on cherche par ce moyen à modifier la portée ou l'étendue des revendications.

[40] En l'espèce, le brevet '377 revendique de façon non équivoque le composé tadalafil, sans faire mention de son utilisation comme inhibiteur de la PDE5. Dans ces conditions, le renvoi du juge au paragraphe 77 de l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* est mal fondé. Les commentaires du juge Rothstein au sujet du mémoire descriptif du brevet ont été formulés dans le contexte précis de l'interprétation du concept inventif d'une partie du brevet aux fins de l'analyse de l'évidence, et non de



that construing the inventive concept is a distinct analysis from claims construction.

[41] Paragraphs 76 and 77 of *Sanofi-Synthelabo* are helpful on this point. First, at paragraph 76, Rothstein J. construed the claims of the patent and found that they constitute “the dextro-rotatory isomer”, a compound. Rothstein J. then moved to the obviousness inquiry and the inventive concept of this claim. It was only at this latter stage of the analysis that Rothstein J. referenced the specification, observing that “[a] bare chemical formula in a patent claim may not be sufficient to determine its inventiveness.”

[42] Moreover, when Rothstein J. assessed obviousness-type double patenting later in the judgment, he did not consider the patent’s specification in construing the claims. At paragraph 108, he stated:

Apotex argues that the focus in a double patenting challenge is on the claims of the two patents rather than on the disclosure. I agree. In *Whirlpool*, Binnie J. stated, at para. 63:

It is clear that the prohibition against double patenting involves a comparison of the claims rather than the disclosure, because it is the claims that define the monopoly.

[43] To conclude, as there was no ambiguity in the claims here, there could be no recourse to the specification. However, this error is one of no consequence, as its effect was to impose a higher burden on Eli Lilly. The Judge came to the correct conclusion with respect to obviousness-type double patenting.

[44] Having settled on the essential methodology, I turn to the question as to the date at which the inquiry is to be conducted. The consequences associated with the selection of any date are considered by Professor N. Siebrasse in *Sufficient Description: Observations on Canadian patent cases*. “Disagreement on Date for Assessing Obviousness-type Double Patenting” (14

l’interprétation des revendications. L’arrêt *Sanofi-Synthelabo* établit clairement que l’interprétation du concept inventif constitue une analyse distincte de l’interprétation des revendications.

[41] Les paragraphes 76 et 77 de l’arrêt *Sanofi-Synthelabo* sont utiles à ce sujet. Premièrement, au paragraphe 76, le juge Rothstein interprète les revendications du brevet et conclut qu’elles visent « l’isomère dextrogyre », un composé. Le juge Rothstein examine ensuite l’évidence et le concept inventif de la revendication. Ce n’est qu’à cette deuxième étape de son analyse que le juge Rothstein fait référence au mémoire descriptif, notant à ce sujet que : « La seule présence d’une formule chimique ne permet pas de déterminer l’inventivité de la revendication. »

[42] De plus, dans son analyse du double brevet relatif à une évidence, plus loin dans son jugement, le juge Rothstein n’a pas tenu compte du mémoire descriptif du brevet dans l’interprétation des revendications. Au paragraphe 108, il a déclaré ce qui suit :

Apotex fait valoir qu’une allégation de double protection s’attache aux revendications des deux brevets, et non à la divulgation. J’en conviens. Dans l’arrêt *Whirlpool*, le juge Binnie a dit ce qui suit au par. 63 :

Il est clair que l’interdiction du double brevet implique une comparaison des revendications plutôt que des divulgations, car ce sont les revendications qui définissent le monopole.

[43] En conclusion, comme il n’y avait pas d’ambiguïté dans les revendications en l’espèce, on ne pouvait pas avoir recours au mémoire descriptif. Cette erreur est toutefois sans conséquence, car elle n’a eu pour effet que d’imposer un fardeau plus lourd à Eli Lilly. La conclusion du juge au sujet du double brevet relatif à une évidence était fondée.

[44] Ayant réglé la question de la méthode, je me penche maintenant sur la question de la date à retenir aux fins de l’enquête. Les conséquences associées au choix d’une date sont examinées par le professeur N. Siebrasse dans son article *Sufficient Description : Observations on Canadian patent cases*. « Disagreement on Date for Assessing Obviousness-type Double

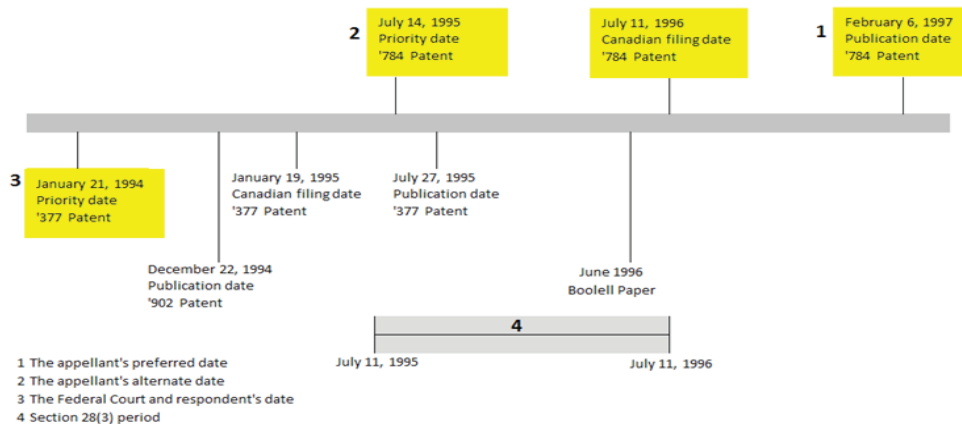
August 2015), online: <http://www.sufficientdescription.com/2015/08/disagreement-on-date-for-assessing.html>, where he concludes that the law is unsettled and that the point is a difficult one, a proposition with which I agree.

[45] There are three possible dates from which obviousness-type double-patenting may be assessed. The first date is the priority date of the first patent. The middle date is the priority date of the second patent, which in this case is *after* Pfizer's '902 patent application was published. The last possible date is the publication date of the second patent, by which point the Boolell study was also publicly available and well-known. The timeline, and choices, is reflected below:

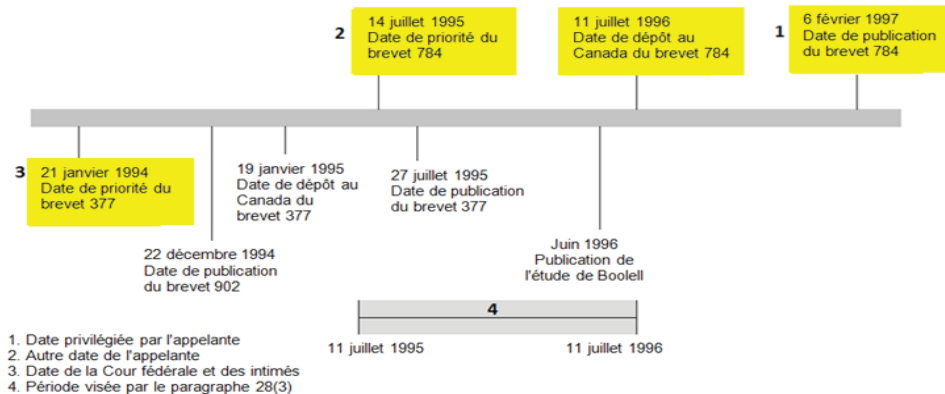
Patenting » (14 août 2015), en ligne : <http://www.sufficientdescription.com/2015/08/disagreement-on-date-for-assessing.html>, où il conclut que le droit est incertain et qu'il s'agit d'une question difficile — un point de vue que je partage.

[45] Il existe trois dates possibles au regard desquelles le double brevet relatif à une évidence peut être examiné. La première est la date de priorité du premier brevet. Vient ensuite la date de priorité du deuxième brevet qui, en l'espèce, survient *après* la publication de la demande de brevet '902 de Pfizer. Enfin, la dernière date possible est la date de publication du second brevet, moment avant lequel l'étude de Boolell avait été publiée et était devenue bien connue. Les différentes dates, et les choix qui s'offrent, apparaissent ci-dessous :

#### English



#### Français



[46] The parties broadly agree on the consequences of each date being the appropriate one. If the first date (the priority date of the '377 patent) is correct, the respondent will almost surely succeed; Mylan did not argue in its factum or oral argument that double-patenting could be established based on the '377 patent alone. If the last date is correct (the publication date of the '784 patent), the appellant will almost surely succeed, as the Boolell study renders the contributions of the '784 patent non-inventive. Eli Lilly, in oral argument, did not seriously contend otherwise. If the middle date is correct (the '784 patent priority date), then there is an evidentiary dispute as to whether the Judge erred in finding no double-patenting.

[47] I am convinced that the publication date of the later patent (the last date) is not the appropriate one. Contrary to the appellant's submissions, I do not read *Whirlpool* as the controlling authority on this point.

[48] As noted by the Judge, *Whirlpool* was an obviousness case and did not turn on the correct date for a double-patenting analysis. The Court found the expert evidence before the Judge insufficient to support a finding of obviousness-type double patenting. Further, the discussion arose in the context of the date for construction of claims under the old act and the Court settled on the publication date. Thus, while strictly *obiter*, Binnie J.'s observation at paragraph 67 that the inquiry is whether a second patent can be justified unless the claims exhibit "novelty or ingenuity" over the first patent, places the focus on the publication date of the first patent. At the risk of repetition, I note as well the interpretation of *Whirlpool* by Hughes J. in *Merck & Co., Inc. v. Pharmascience Inc.*, at paragraph 124, subsequent to *Whirlpool*, that:

...The exercise respecting double patenting is to present the notional person skilled in the art with the claims in the first patent and inquire whether what is claimed in the second patent was "identical or co-terminus" with the

[46] Les parties se sont entendues dans l'ensemble sur les conséquences associées au choix de chacune des dates. Si la première date (la date de priorité du brevet '377) est la bonne, les intimés auront presque assurément gain de cause; Mylan n'a pas fait valoir dans son mémoire ni dans sa plaidoirie que le double brevet pouvait être établi uniquement sur la base du brevet '377. Si la dernière date est la bonne (la date de publication du brevet '784), c'est alors l'appelante qui aura presque certainement gain de cause, car l'étude de Boolell confère au brevet '784 un caractère non inventif. Dans sa plaidoirie, Eli Lilly n'a pas sérieusement prétendu le contraire. Enfin, si la date intermédiaire est la bonne (la date de priorité du brevet '784), il y a alors un litige au sujet de la preuve pour savoir si le juge a commis une erreur en concluant à l'absence de double brevet.

[47] Je suis convaincu que la date de publication du deuxième brevet (la dernière date) n'est pas la bonne date à utiliser. Contrairement à ce que soutient l'appelante dans ses observations, je ne considère pas l'arrêt *Whirlpool* comme faisant autorité sur cette question.

[48] Comme l'a souligné le juge, l'arrêt *Whirlpool* portait sur l'évidence, et il n'était pas nécessaire de déterminer la bonne date pour l'analyse à l'égard du double brevet. La Cour a estimé que la preuve d'expert qui avait été présentée au juge était insuffisante pour conclure à l'existence d'un double brevet relatif à une évidence. De plus, la question se posait à l'égard de la date choisie pour l'interprétation des revendications en vertu de l'ancienne loi, et la Cour a tranché en faveur de la date de publication. Par conséquent, bien qu'il ne s'agisse en principe que d'une remarque incidente, l'observation du juge Binnie au paragraphe 67, selon laquelle un second brevet ne saurait être justifié que si les revendications font preuve « de nouveauté ou d'ingéniosité » par rapport au premier brevet, tend à favoriser la date de publication du premier brevet. Au risque de me répéter, je tiens également à souligner l'interprétation que le juge Hughes a faite de l'arrêt *Whirlpool* au paragraphe 124 de l'arrêt *Merck & Co., Inc. c. Pharmascience Inc.*, où il déclare ce qui suit :

[...] L'analyse à l'égard du double brevet consiste à présenter à la personne versée dans l'art les revendications du premier brevet et à se demander si l'objet des revendications du second brevet est « identique » à celui des

first or would have been obvious in light of the earlier patent.... Nor does the inquiry extend to “prior art” beyond the earlier patent....

[49] The next question is therefore whether the publication date of the later patent (the '784 patent) is nonetheless the correct date in light of the principles underlying double-patenting doctrine. I conclude that it is not. Specifically, it would be inappropriate to use any date after the claim date of the second patent (whether in a particular case the claim date is the same as the priority date—as it is here—or the filing date).

[50] As Professor Siebrasse notes, using a date after the claim date would also mean that a court assessing an obviousness-type double-patenting claim would consider prior art beyond what section 28.3 allows the Court to consider when assessing classical obviousness. Contrast this with the fact that the double-patenting doctrine allows a challenger to circumvent the one year grace period in paragraph 28.3(a). That circumvention is acceptable because a consideration of the patentee’s prior patent documents is precisely what the doctrine mandates the Court to undertake. However, there is no equivalent reason to allow a challenger alleging obviousness-type double-patenting to point to prior art after the claim date, while not allowing the same to a challenger alleging obviousness.

[51] This eliminates the possibility of the third date—the '784 patent publication date—being correct. As such, the Boolell study cannot be considered by the skilled person when assessing double-patenting. The scenario in which the appellant Mylan succeeds uncontroversially should be eliminated.

[52] This leaves the first date, on which the appellant Mylan uncontroversially fails, and the middle date, on which there is an evidentiary dispute. It is not necessary to determine the question of which of these dates is the appropriate one. This is because, on the facts of this case, even if the correct date is the more appellant-friendly middle date, I find that the Judge did not err in

revendications du premier ou aurait été évident compte tenu du brevet antérieur. Il ne [s’agit] pas [...] d’examiner l’« état de la technique » au-delà du brevet antérieur.

[49] Il faut ensuite se demander si la date de publication du deuxième brevet (le brevet '784) est néanmoins la bonne date à utiliser, compte tenu des principes qui sous-tendent la règle du double brevet. Je conclus que ce n’est pas le cas. Plus particulièrement, il ne serait pas indiqué d’utiliser une date postérieure à la date de revendication du second brevet, que la date de revendication corresponde à la date de priorité, comme en l’espèce, ou qu’elle corresponde à la date de dépôt.

[50] Comme le souligne le professeur Siebrasse, l’utilisation d’une date postérieure à la date de revendication signifierait également qu’une cour chargée d’une analyse à l’égard du double brevet relatif à une évidence tiendrait compte d’antériorités excédant celles que la Cour peut prendre en compte pour l’évaluation de l’évidence en vertu de l’article 28.3. Par contre, la règle du double brevet permet à l’auteur d’une contestation de se soustraire à la règle du délai d’un an prévu à l’alinéa 28.3a). Ce contournement est acceptable, car la prise en compte des documents du brevet antérieur est précisément ce que la Cour doit faire en vertu de la règle. Cependant, aucun motif équivalent ne permet de prétendre au double brevet relatif à une évidence en invoquant les antériorités postérieures à la date de revendication, sans qu’il soit possible d’en faire autant dans le cas d’une contestation pour cause d’évidence.

[51] Cela élimine donc la possibilité que la troisième date, c’est-à-dire la date de publication du brevet '784, soit la bonne. À ce titre, l’étude de Boolell ne peut pas être prise en compte par la personne versée dans l’art pour évaluer le double brevet. Le scénario selon lequel l’appelante, Mylan, obtient gain de cause hors de toute controverse devrait donc être éliminé.

[52] Il reste donc la première date, ce qui signifierait que Mylan échoue sans controverse, et la date intermédiaire, ce qui soulèverait un litige concernant la preuve. Il n’est pas nécessaire de déterminer laquelle de ces dates doit être utilisée. En effet, d’après les faits de l’espèce, même si la bonne date est la date intermédiaire, qui est plus favorable à l’appelante, je suis d’avis

finding that there was no double-patenting. As I will explain, there was no change in the common general knowledge between the first date and the middle date.

[53] Specifically, I find that the Judge committed no reviewable error in concluding that the '784 patent was patentably distinct even in light of the '902 patent application. I agree with the appellant that the fact that the Supreme Court of Canada criticised the Canadian equivalent to the '902 patent application for lack of disclosure of the specific compound claimed (sildenafil) is irrelevant to the broader issue of what the '902 patent application taught about PDE V inhibitors as a general class. However, the Judge accepted evidence that the '902 patent application's teachings about the use of PDE V inhibitors to treat ED were counterintuitive and met with initial skepticism. As such, the skilled person would not have unhesitatingly accepted the teachings of the '902 patent application as true; they were not part of the common general knowledge. The Judge correspondingly did not commit a palpable and overriding error in concluding that, even as the common general knowledge stood after the '902 patent application, the '784 patent was patentably distinct over the '377 patent.

#### A. *Utility of claim 18*

[54] Mylan also challenges claim 18 on the basis that it lacks utility. Specifically, Mylan alleges that while the oral administration of tadalafil to treat ED may have been soundly predicted, the oral administration of 3-methyl tadalafil was not. This is because while the '377 patent (demonstrating oral bioavailability and PDE V inhibition) could be combined with the Boolell study (teaching that an orally bioavailable PDE V inhibitor could treat ED) in the case of tadalafil, the '377 patent only showed such oral bioavailability for tadalafil and not 3-methyl tadalafil.

que le juge n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait pas de double brevet. Comme je vais l'expliquer ci-dessous, il n'y a eu aucun changement dans les connaissances générales courantes entre la première date et la date intermédiaire.

[53] Plus précisément, je suis d'avis que le juge n'a commis aucune erreur susceptible de révision en concluant que le brevet '784 visait un élément brevetable distinct, même en regard de la demande de brevet '902. Je conviens avec l'appelante que le fait que la Cour suprême du Canada ait critiqué l'équivalent canadien de la demande de brevet '902 pour cause de divulgation insuffisante du composé précis revendiqué (le sildénafil) est sans rapport avec la question plus générale de ce que la demande de brevet '902 enseignait au sujet des inhibiteurs de la PDE5 comme classe générale. Cependant, le juge a accepté la preuve selon laquelle les enseignements découlant de la demande de brevet '902, au sujet de l'utilisation des inhibiteurs de la PDE5 pour traiter la dysfonction érectile, étaient contraires à ce à quoi on se serait attendu et avaient initialement été accueillis avec scepticisme. La personne versée dans l'art n'aurait donc pas admis sans hésitation la validité des enseignements de la demande de brevet '902, car ces enseignements ne faisaient pas partie des connaissances générales courantes. Le juge n'a donc pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que, même en tenant compte des connaissances générales courantes postérieures à la demande de brevet '902, le brevet '784 visait un élément brevetable distinct de l'objet du brevet '377.

#### A. *L'utilité de la revendication 18*

[54] Mylan conteste également la revendication 18 pour cause d'absence d'utilité. Mylan allègue plus précisément que, même si l'administration par voie orale du tadalafil pour traiter la dysfonction érectile aurait pu être valablement prédite, on ne peut pas en dire autant du 3-méthyl tadalafil. En effet, même si on pouvait combiner le brevet '377 (qui démontrait la biodisponibilité par voie orale et l'inhibition de la PDE5) à l'étude de Boolell (qui indiquait qu'un inhibiteur de la PDE5 biodisponible par voie orale pouvait traiter la dysfonction érectile) dans le cas du tadalafil, le brevet '377 n'a démontré que la biodisponibilité par voie orale du tadalafil et non celle du 3-méthyl tadalafil.

[55] Utility need not be demonstrated at the time a patent is filed; it is enough for the claimed utility to be soundly predicted by the filing date. Sound prediction has three requirements, a factual basis for the prediction, an articulable and sound line of reasoning and proper disclosure: *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153, at paragraph 70. If all of these are present, a “*prima facie* reasonable inference of utility” can be reached: *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited*, 2010 FCA 197, [2012] 1 F.C.R. 349, at paragraph 85.

[56] After finding that claim 18 with regard to tadalafil was soundly predicted, the Judge did not consider whether the use of 3-methyl tadalafil to treat ED orally was also soundly predicted. He reasoned that the status of the claim as a *Markush* claim rendered it unnecessary to determine whether each compound claimed would work. However, a *Markush* claim requires that each compound in the claimed class, not merely one of the compounds, have utility: *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 1095, 42 C.P.R. (4th) 20, at paragraphs 23–27. Assuming, without deciding, that claim 18 was indeed a *Markush* claim, the Judge thus erred, but it is an error of no consequence.

[57] There was evidence before the Judge which indicated that 3-methyl tadalafil was soundly predicted. In particular, the reply affidavit of Dr. Brock provided a factual basis and a sound line of reasoning sufficient to ground a sound prediction. Dr. Brock noted both the Boolell study’s demonstration that PDE V inhibitors could be used to treat ED and also the broad variety of tetracyclic derivatives that were identified as orally bioavailable PDE V inhibitors in the '377 patent. The latter fills in, via a general statement, the factual premise (that 3-methyl tadalafil as a tetracyclic derivative was an orally bioavailable PDE V inhibitor) which Mylan alleges is missing. Dr. Brock further understood that a skilled person would be able to infer the oral administration of both compounds to treat ED. There was

[55] Il n’est pas nécessaire de démontrer l’utilité au moment du dépôt du brevet : il suffit que l’utilité revendiquée puisse être valablement prédite à cette date. La règle de la prédiction valable comporte trois éléments : la prédiction doit avoir un fondement factuel, le raisonnement doit être clair et valable, et il doit y avoir une divulgation suffisante : voir *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153, au paragraphe 70. Si ces trois critères sont réunis, il peut exister une « inférence *prima facie* raisonnable de l’utilité » : voir *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited*, 2010 CAF 197, [2012] 1 R.C.F. 349, au paragraphe 85.

[56] Après avoir conclu que la revendication 18 à l’égard du tadalafil était valablement prédite, le juge n’a pas cherché à déterminer si l’on pouvait valablement prédire que le 3-méthyl tadalafil pouvait être administré par voie orale pour le traitement de la dysfonction érectile. Le juge a estimé que, comme il s’agissait d’une revendication *Markush*, il était inutile de déterminer si chacun des composés revendiqués fonctionnait. Cependant, une revendication *Markush* exige qu’on démontre l’utilité de chacun des composés de la classe revendiquée, et non seulement d’un seul composé : voir *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1095, aux paragraphes 23 à 27. Même en supposant que la revendication 18 était bien une revendication *Markush*, sans trancher la question, le juge a commis une erreur; cette erreur est toutefois sans conséquence.

[57] Les éléments de preuve présentés au juge laissaient croire que l’utilité du 3-méthyl tadalafil était valablement prédite. L’affidavit en réponse du D<sup>r</sup> Brock a fourni un fondement factuel et un raisonnement valable, suffisants pour établir une prédiction valable. Le D<sup>r</sup> Brock a souligné à la fois l’étude de Boolell, qui révélait que les inhibiteurs de la PDE5 pouvaient être utilisés pour traiter la dysfonction érectile, et le large éventail de dérivés tétracycliques qualifiés d’inhibiteurs de la PDE5 biodisponibles par voie orale dans le brevet '377. Ce brevet ajoute, par un énoncé général, le fondement factuel (selon lequel le 3-méthyl tadalafil, en tant que dérivé tétracyclique, est un inhibiteur biodisponible par voie orale de la PDE5) qui manquait, selon Mylan. Le D<sup>r</sup> Brock a considéré par ailleurs qu’une



no guarantee of success, but the doctrine of sound prediction does not require guarantees. A *prima facie* reasonable inference of success existed.

[58] Finally, I note that even if a different view were taken as to the validity of claim 18, it would have no effect on the disposition of this appeal. Claim 18 is a dependent claim comprising a subset of the subject matter claimed by the remaining claims. Because, as I have determined above, the remaining claims survive the double-patenting challenge, claim 18 fences off no monopoly that is not entirely subsumed within their scope.

#### VIII. Conclusion

[59] In conclusion, the Judge committed no reversible errors in finding that the impugned patent was not invalid for either obviousness-type double-patenting or a lack of utility. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

DAWSON J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

personne versée dans l'art serait en mesure d'inférer l'utilité des deux composés administrés par voie orale pour le traitement de la dysfonction érectile. Il n'y avait aucune garantie de réussite, mais la règle de la prédiction valable n'exige pas pareille garantie. Une inférence *prima facie* raisonnable de réussite existait donc.

[58] Enfin, je note que, même si on en était arrivé à une conclusion différente quant à la validité de la revendication 18, cela n'aurait eu aucun effet sur l'issue du présent appel. La revendication 18 est une revendication dépendante qui vise un sous-ensemble de l'objet revendiqué par les autres revendications. Puisque, comme je l'ai déterminé précédemment, l'allégation de double brevet ne peut s'appliquer aux autres revendications, la revendication 18 ne définit aucun monopole qui ne fasse pas entièrement partie de leur portée.

#### VIII. Conclusion

[59] En conclusion, le juge n'a commis aucune erreur susceptible de révision en jugeant que le brevet contesté n'était pas invalide pour cause de double brevet relatif à une évidence ou d'absence d'utilité. En conséquence, je suis d'avis de rejeter l'appel, avec dépens.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-2084-14  
2016 FC 933

T-2084-14  
2016 CF 933

**The Canadian Broadcasting Corporation/  
Radio-Canada** (*Applicant*)

**La Société Radio-Canada/The Canadian  
Broadcasting Corporation** (*demanderesse*)

v.

c.

**Canada (Attorney General)** (*Respondent*)

**Canada (Procureur général)** (*défendeur*)

**INDEXED AS: CANADIAN BROADCASTING CORPORATION  
v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ RADIO-CANADA c. CANADA  
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Roussel J.—Ottawa, December 10, 2015  
and August 15, 2016.

Cour fédérale, juge Roussel—Ottawa, 10 décembre  
2015 et 15 août 2016.

*Judges and Courts — Judicial review of Court Martial Administrator (CMA) decision refusing to provide applicant with unredacted copies of six court martial decisions — Competing interests herein: open court principle, protection of privacy of sexual assault complainants in court martial cases — Journalist employed with applicant investigating prosecution of sexual assault by Canadian military justice system; requesting from Department of National Defence documents relating to particular sexual assault court martial, other decisions involving sexual assault allegations — Almost all decisions sent to journalist included warning about existence of publication bans; also prohibiting publication, broadcasting of identity of complainants involved — Applicant seeking names of complainants for purpose of having reporter contact them to share stories; submitting that open court principle applying to courts martial — Whether CMA’s continued refusal to provide copies of unredacted decisions subject to publication ban lawful; what remedies should be awarded herein — Courts martial public — CMA erring in finding that publication bans requiring redaction of complainants’ names when providing access to requested court martial decisions — Open court principle applying to courts martial as prescribed by National Defence Act, s. 180 — Publication bans one of several forms of relief limiting open court principle to protect other interests such as privacy of sexual assault complainants — Parties in present case disagreeing on scope of publication bans ordered in 2004 — Act of providing copy of unredacted decision not constituting “publishing” within meaning of Criminal Code, s. 486(3) (2004 version) or s. 486.4 (current version) — Word “publish” in context of publication bans ordered by military judges pursuant to Criminal Code, s. 486(3) interpreted as prohibition to disseminate information to general public — In absence of order permitting redaction, sealing or anonymization of complainants’ identities when initial publication bans ordered, CMA having no authority, in capacity as administrator of office of Chief Military Judge, to redact information from decisions, to deny access thereto*

*Juges et Tribunaux — Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle l’administrateur des cours martiales (ACM) a refusé de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six décisions des cours martiales — La décision en l’espèce portait sur des intérêts opposés : il y avait d’une part le principe de la publicité des débats judiciaires, et d’autre part la protection de la confidentialité des plaintes d’agression sexuelle entendues en cour martiale — La journaliste au service de la demanderesse faisait enquête sur les poursuites en matière d’agression sexuelle entendues par le système de justice militaire canadien; elle a communiqué avec le ministère de la Défense nationale pour demander tous les documents relatifs à une affaire d’agression sexuelle en particulier entendue en cour martiale, ainsi que d’autres décisions concernant des allégations d’agression sexuelle — Presque toutes les décisions contenaient des mises en garde sur l’existence d’interdictions de publication et elles interdisaient également la publication et la diffusion de l’identité des plaignants visés — La demanderesse a indiqué qu’elle cherchait à obtenir les noms des plaignants afin qu’un reporter puisse communiquer avec eux pour les inviter à raconter leur histoire; elle a affirmé que le principe de la publicité des débats judiciaires s’applique aux cours martiales — Il s’agissait de savoir si le refus continu de l’ACM de fournir des copies non expurgées des décisions faisant l’objet d’une interdiction de publication était légitime et quelles étaient les mesures de réparation qui devraient être accordées en l’espèce — Les débats de la cour martiale sont publics — L’ACM a commis une erreur en concluant que les interdictions de publication exigeaient la suppression des noms des plaignants avant de fournir un accès aux décisions des cours martiales demandées — Le principe de la publicité des débats judiciaires vaut également pour les cours martiales, tel qu’il est prescrit par l’art. 180 de la Loi sur la défense nationale (LDN) — Une interdiction de publication constitue l’une des nombreuses formes de recours qui limitent le principe de la publicité des débats judiciaires pour protéger d’autres intérêts comme le*

— *CMA's decision refusing to provide unredacted copies of court martial decisions set aside; matter returned to CMA for redetermination* — Application allowed.

*Practice — Applications — In judicial review of decision by Court Martial Administrator (CMA) refusing to provide applicant with unredacted copies of six court martial decisions, respondent arguing that application brought outside 30-day time limit as prescribed by Federal Courts Act, s. 18.1(2) — Whether application for judicial review out of time — Subject matter of application for judicial review continuing course of conduct; consequently, not time-barred — Applicant challenging CMA's continued refusal to provide unredacted copies of court martial decisions subject to publication ban — Application for judicial review not arising from single decision of CMA but rather CMA's ongoing practice to redact court martial decisions subject to publication ban — Also, even if applicant late in bringing application for judicial review, present matter proper case in which to grant extension of time.*

*Privacy — Court Martial Administrator (CMA) refusing to provide applicant with unredacted copies of six court martial decisions — Applicant seeking names of complainants in these matters for the purpose of having a reporter contact them, invite them to tell their stories — Competing interests herein: open court principle, protection of privacy of sexual assault complainants in court martial cases — Whether Privacy Act applying to court records of courts martial — Pursuant to Privacy Act, s. 69(2), prohibition on use, disclosure of personal information prescribed by ss. 7, 8 not applying where information available to public — Courts martial, records thereof presumptively public — In absence of redaction,*

*caractère confidentiel des plaintes en matière d'agression sexuelle — Les parties en l'espèce ne s'entendaient pas sur la portée des interdictions de publication ordonnées en 2004 — Fournir, sur demande, une copie d'une décision non expurgée n'équivaut pas à « publier » selon la définition de l'art. 486(3) de la version de 2004 du Code criminel ou de l'art. 486.4 de la version actuelle du Code criminel — Le terme « publier » dans le contexte des ordonnances d'interdiction de publication rendues par les juges militaires en vertu de l'art. 486(3) du Code criminel doit être interprété comme signifiant une interdiction de diffuser l'information au grand public — En l'absence d'une ordonnance autorisant le caviardage ou la mise sous scellés de l'identité des plaignants, ou le maintien de leur anonymat, au moment où les interdictions de publication initiales ont été ordonnées, l'ACM n'avait pas le pouvoir, en sa capacité d'administrateur du Cabinet du juge militaire en chef, d'expurger les renseignements des décisions et d'empêcher l'accès à ces décisions — La décision de l'ACM de fournir des copies expurgées des décisions des cours martiales a été annulée et l'affaire a été renvoyée à l'ACM pour un réexamen — Demande accueillie.*

*Pratique — Demandes — Dans le cadre du contrôle judiciaire d'une décision par laquelle l'administrateur des cours martiales (ACM) a refusé de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six décisions des cours martiales, le défendeur a fait valoir que la demande de contrôle judiciaire a été déposée en dehors du délai de 30 jours prescrit à l'art. 18.1(2) de la Loi sur les Cours fédérales — Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire était hors délai — La demande de contrôle judiciaire concernait une même série d'actes et par conséquent, la demande de contrôle judiciaire n'était pas prescrite — La demanderesse contestait le refus continu de l'ACM de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiales faisant l'objet d'une interdiction de publication — La demande de contrôle judiciaire ne découlait pas d'une seule décision de l'ACM, mais bien de la pratique continue de l'ACM d'expurger les décisions des cours martiales faisant l'objet d'une interdiction de publication — De plus, même si la demanderesse a tardé à déposer sa demande de contrôle judiciaire, une prorogation du délai était indiquée en l'espèce.*

*Protection des renseignements personnels — L'administrateur des cours martiales (ACM) a refusé de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six décisions des cours martiales — La demanderesse a indiqué qu'elle cherchait à obtenir les noms des plaignants afin qu'un reporter puisse communiquer avec eux pour les inviter à raconter leur histoire — La décision en l'espèce portait sur des intérêts opposés : il y avait d'une part le principe de la publicité des débats judiciaires, et d'autre part la protection de la confidentialité des plaintes d'agression sexuelle entendues en cour martiale — Il s'agissait de savoir si la Loi sur la protection des renseignements personnels s'appliquait aux dossiers des cours martiales — En*

*sealing or anonymity order, information CMA wanting to protect part of public record; as such, falling within meaning of exception contained in Privacy Act, s. 69(2) — Thus, no basis on which to conclude Privacy Act prohibitions on use, disclosure of personal information would apply to court martial decisions.*

This was an application for judicial review of a decision of a Court Martial Administrator (CMA) refusing to provide unredacted copies of six court martial decisions previously communicated to the applicant in March 2014. This application was about competing interests: the open court principle and the protection of the privacy of sexual assault complainants in court martial cases. This case had to determine whether a publication ban prohibits access to a complainant's identity as contained in court records once the court martial proceedings are over.

A journalist employed with the applicant was investigating the prosecution of sexual assault by the Canadian military justice system. In 2013, she made a request to a Public Affairs officer with the Department of National Defence asking for all the documents relating to a particular sexual assault court martial which had proceeded back in 2008. She received a reply stating that due to a publication ban, the Office of the Chief Military Judge would need to sever the documents requested before releasing them. A week later, the journalist was sent a redacted copy of the requested decision but was informed that the remaining part of her request would take some time. Shortly afterwards, the journalist contacted the Public Affairs officer again asking why the decision had not been posted online and was informed in particular that decisions under a publication ban required extensive review and consultation. Several months later, the Public Affairs officer sent the journalist, at her request, 14 decisions involving allegations of sexual assault from 2004, six of which included redactions or word substitutions. With the exception of one decision, all of them included a warning that the identity of the complainant and any information that would disclose their identity could not be published in any document or broadcast in any way. The majority of the warnings indicated that the publication bans were imposed pursuant to subsections 486(3)

*vertu de l'art. 69(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels, l'interdiction relative à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels prévue aux art. 7 et 8 ne s'applique pas aux renseignements personnels auxquels le public a accès — Les débats des cours martiales sont présumés publics, de même que les dossiers des cours martiales — En l'absence d'une ordonnance de caviardage, de mise sous scellés ou d'anonymat, les renseignements que l'ACM souhaitait protéger faisaient partie du dossier public et, à ce titre, relevaient de l'exception prévue à l'art. 69(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — Par conséquent, rien ne permettait de conclure que les interdictions sur l'usage et la divulgation des renseignements personnels prévues dans la Loi sur la protection des renseignements personnels pourraient s'appliquer aux décisions des cours martiales.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle l'administrateur des cours martiales (ACM) a refusé en mars 2014 de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six décisions des cours martiales. La présente demande portait sur des intérêts opposés : il y avait d'une part le principe de la publicité des débats judiciaires, et d'autre part la protection de la confidentialité des plaintes d'agression sexuelle entendues en cour martiale. Il s'agissait dans la présente cause de savoir si une interdiction de publication empêche l'accès à l'identité du plaignant, contenue dans les dossiers de la Cour, une fois l'instance en cour martiale terminée.

Une journaliste travaillant pour la demanderesse faisait enquête sur les poursuites en matière d'agression sexuelle entendues par le système de justice militaire canadien. En 2013, elle a fait une demande auprès d'un officier des Affaires publiques au ministère de la Défense nationale, pour obtenir tous les documents relatifs à une affaire d'agression sexuelle en particulier entendue en cour martiale en 2008. On lui a répondu qu'en raison d'une interdiction de publication, le Cabinet du juge militaire en chef devait effectuer des prélèvements dans les documents avant de les communiquer. Une semaine plus tard, la journaliste a reçu une copie expurgée de la décision demandée, mais a été informée que la partie restante de sa requête demanderait un peu de temps. Peu de temps après, la journaliste a communiqué avec un officier des Affaires publiques lui demandant une fois de plus pourquoi la décision n'avait pas été publiée en ligne et a été informée plus particulièrement que les décisions visées par une interdiction de publication nécessitaient un examen approfondi et une consultation. Plusieurs mois plus tard, l'officier des Affaires publiques a envoyé à la journaliste, à sa demande, 14 décisions datant de 2004 concernant des allégations d'agression sexuelle, dont six comportaient des passages expurgés ou des substitutions de mots. Toutes les décisions, sauf une, contenaient une mise en garde indiquant que la cause faisait l'objet

and 486(4) of the *Criminal Code* as those provisions read in 2004.

In an unrelated court martial involving a charge of sexual assault subject to a publication ban, the applicant sought, from the Office of the Chief Military Judge, an unredacted copy of the decision and transcript or audio recording in that case including a copy of any publication ban issued by the court martial. However, the application was dismissed on the grounds that the Military Judge in question did not have jurisdiction to hear her application. What the applicant was seeking in the present judicial review were the names of the complainants for the purpose of having a reporter contact them and invite them to tell their stories. The applicant submitted in particular that the open court principle applies to courts martial and that it extends to all facets of the court martial process, including exhibits and the record of its proceedings.

The main issues were whether the application for judicial review was out of time; whether the CMA's continued refusal to provide copies of unredacted decisions subject to a publication ban was lawful and what remedies should be awarded.

*Held*, the application should be allowed.

The respondent's argument that the application for judicial review was brought outside the 30-day time limit prescribed in subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* was rejected. The decision refusing to provide unredacted court martial decisions was initially communicated to the journalist in June and again in August 2013. The subject matter of the application for judicial review was a continuing course of conduct and, as a result, it was not time-barred. Because the 30-day limitation period to bring an application for judicial review set out in subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* applies only "in respect of a decision or an order", it had to be determined whether the applicant was seeking judicial review of a "decision or order" or of a "matter". The applicant was challenging the CMA's continued refusal to provide unredacted copies of court martial decisions subject to a publication ban. The application for judicial review did not arise from a single decision of the CMA but rather the applicant requested a number of decisions involving a publication ban at different times and each time the CMA informed the applicant that it was required, pursuant to the publication ban, to remove any

d'une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit l'identité du ou de la plaignant(e) ou des renseignements qui permettraient de la découvrir. La majorité des mises en garde indiquaient que les interdictions de publication étaient imposées en vertu des paragraphes 486(3) et 486(4) du *Code criminel*, tel que ces dispositions étaient libellées en 2004.

Dans une autre affaire en cour martiale concernant une accusation d'agression sexuelle faisant l'objet d'une interdiction de publication, la demanderesse a déposé une demande au Cabinet du juge militaire en chef en vue d'obtenir une copie non expurgée de la décision et la transcription ou l'enregistrement audio de cette affaire, y compris une copie de toute interdiction de publication ordonnée par la cour martiale. Cependant, la demande a été rejetée au motif que le juge militaire en question n'avait pas compétence pour entendre sa demande. Ce que la demanderesse cherchait à obtenir était les noms des plaignants afin qu'un reporter puisse communiquer avec eux pour les inviter à raconter leur histoire. Dans sa demande, la demanderesse a affirmé en particulier que le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique aux cours martiales et qu'il s'étend à toutes les facettes du processus des cours martiales, y compris aux pièces et au dossier de ses débats.

Il s'agissait principalement de savoir si la demande de contrôle judiciaire était hors délai; si le refus continu de l'ACM de fournir des copies non expurgées des décisions faisant l'objet d'une interdiction de publication était légitime; et quelles étaient les mesures de réparation qui devraient être accordées, le cas échéant.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

L'argument du défendeur selon lequel la demande de contrôle judiciaire a été déposée en dehors du délai de 30 jours prescrit au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* a été rejeté. La décision de refuser de fournir les décisions des cours martiales non expurgées a été initialement communiquée à la journaliste en juin 2013, et de nouveau, en août 2013. La demande de contrôle judiciaire concernait une même série d'actes et par conséquent, la demande de contrôle judiciaire n'était pas prescrite. Étant donné que le délai de 30 jours pour déposer une demande de contrôle judiciaire prévu au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique uniquement pour une « décision » ou une « ordonnance », la Cour devait décider si la demanderesse sollicitait le contrôle judiciaire d'une « décision » ou d'une « ordonnance », ou plutôt de l'« objet » d'une demande. La demanderesse contestait le refus continu de l'ACM de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiales faisant l'objet d'une interdiction de publication. La demande de contrôle judiciaire ne découlait pas d'une seule décision de l'ACM, mais la demanderesse a



information that could disclose the identity of the complainant or a witness in the case. It was the CMA's ongoing practice to redact the court martial decisions subject to a publication ban that was alleged to be unlawful and subject to judicial review. Furthermore, the relief the applicant sought in its judicial review application also confirmed that it was a course of conduct that was at issue. The relief sought included a declaration that the *Privacy Act* does not apply to the court records of the courts martial and an order of *mandamus* for the CMA to provide the applicant with unredacted copies of the requested decisions. Also, even if it were found that the applicant was late in bringing its application for judicial review, this was a proper case in which to grant an extension of time.

Like any other court, courts martial are public. In cases involving the prosecution of sexual offences, publication bans can be ordered to protect the identity and privacy of a complainant. However, members of the public, including the media, can still be present in the courtroom. The CMA erred in finding that the publication bans required the redaction of the names of the complainants when providing access to the requested court martial decisions. This conclusion was reached following an analysis of several concepts, including the open court principle and limitations thereon, publication bans, the application of the *Privacy Act* to courts martial records, etc.

Regarding the open court principle, it is undisputed that this principle applies to courts martial and is prescribed by section 180 of the *National Defence Act*. The military judge assigned to preside a court martial trial will be required to weigh a claim for non-disclosure against the open court principle and to determine whether the information should be made available to the public. Publication bans are one of several forms of relief that limit the open court principle to protect other interests, such as the privacy of sexual assault complainants. They can be either mandatory or discretionary. A discretionary publication ban should only be ordered when it is necessary to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonable alternative measures will not prevent the risk, and the positive effects of the ban outweigh the negative effects on the rights and interests of the parties and public.

plutôt demandé, à différents moments, un certain nombre de décisions visées par une interdiction de publication et, à chaque occasion, l'ACM a informé la demanderesse qu'elle devait, conformément à l'interdiction de publication, supprimer tout renseignement qui pourrait divulguer l'identité du plaignant ou d'un témoin dans l'affaire. C'était la pratique continue de l'ACM d'expurger les décisions des cours martiales faisant l'objet d'une interdiction de publication qui était présumée illégitime et visée par le contrôle judiciaire. De plus, le recours demandé par la demanderesse dans sa demande de contrôle judiciaire confirmait également que c'est une série d'actes qui était en cause. Le recours demandé incluait une déclaration selon laquelle la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas aux dossiers des cours martiales, ainsi qu'une ordonnance de *mandamus* pour que l'ACM remette à la demanderesse des copies non expurgées des décisions demandées. En outre, même si la Cour devait conclure que la demanderesse avait tardé à déposer sa demande de contrôle judiciaire, une prorogation du délai était indiquée en l'espèce.

Comme c'est le cas dans n'importe quel autre tribunal, les débats des cours martiales sont publics. Dans le cas de poursuites pour des infractions sexuelles, une interdiction de publication peut être ordonnée afin de protéger l'identité et la vie privée d'un plaignant. Toutefois, les membres du public, y compris les médias, peuvent quand même être présents dans la salle d'audience. L'ACM a commis une erreur en concluant que les interdictions de publication exigeaient la suppression des noms des plaignants avant de fournir un accès aux décisions des cours martiales demandées. La Cour en est venue à cette conclusion après avoir analysé le principe de la publicité des débats judiciaires et les limites qui s'y appliquent, les interdictions de publication, l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aux dossiers des cours martiales, etc.

En ce qui concerne le principe de la publicité des débats judiciaires, il n'est pas contesté qu'il vaut également pour les cours martiales et qu'il est prescrit par l'article 180 de la *Loi sur la défense nationale*. Le juge militaire désigné pour présider une instance en cour martiale sera appelé à mettre en balance la revendication de non-divulgaration et le principe de la publicité des débats judiciaires et à décider si les renseignements doivent être rendus accessibles au public. Une interdiction de publication constitue l'une des nombreuses formes de recours qui limitent le principe de la publicité des débats judiciaires pour protéger d'autres intérêts comme le caractère confidentiel des plaintes en matière d'agression sexuelle. Une interdiction de publication peut être impérative ou discrétionnaire. Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu



Other limitations on the open court principle exist including closed hearings, which restrict public attendance at a hearing. They are more restrictive than publication bans because they have the effect of ensuring that the public will not be able to disclose what occurred at the hearing. Additional examples of limitations to the open court principle include sealing orders, blacking out of information, and anonymity orders. In each case, the Court will seek to minimally impair the open court principle to ensure that the public retains as much access as possible to the court's proceedings.

Also, the courts have distinguished the concept of publication from that of providing access. While both parties in this case agreed that the open court principle applies to the court martial system, they disagreed on the scope of the publication bans that were ordered in 2004. The respondent contended that in providing an unredacted copy of the court martial decisions, the CMA was in fact "publishing" the identity of the complainants whereas the applicant argued that the respondent's interpretation amounted to converting the publication ban order into a sealing order. With the exception of five decisions, all of the court martial decisions released to the applicant included a warning about not publishing or broadcasting the identity of the complainants. While the broad policy objective of encouraging victims to come forward and the importance of protecting their privacy was recognized, the respondent's position that the act of providing, upon request, a copy of an unredacted decision constitutes "publishing" within the meaning of either subsection 486(3) of the 2004 version of the *Criminal Code* or section 486.4 of the current *Criminal Code* was rejected. When a publication ban is ordered, members of the public, including the media, are still permitted to attend the hearing and have access to a complainant's identity and personal information. If the judge considers that more protection is required, he can order, *inter alia*, the exclusion of the public during the complainant's testimony pursuant to subsection 486(1) of the *Criminal Code* (2004 and current version). Also, under specific court access policy terms submitted, a member of the public attending the registry office and requesting to see a court record in which a publication ban has been ordered would be entitled to view the contents of the record. Thus, if a person can attend a hearing and review a file in which a publication ban has been ordered, there is no basis for refusing a request to obtain an unredacted copy of a document that has not been the subject of a redaction, sealing or anonymity order. The word "publish" in the context of the publication bans ordered by the military judges pursuant to

l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque et si ses effets positifs sont plus importants que ses effets négatifs sur les droits et les intérêts des parties et du public.

D'autres restrictions du principe de la publicité des débats existent comme les audiences à huis clos, qui peuvent empêcher le public d'assister à une audience. Ces mesures sont plus restrictives que les interdictions de publication parce qu'elles ont pour effet de s'assurer que le public ne pourra divulguer ce qui a été dit à l'audience. D'autres exemples de restrictions du principe de la publicité des débats judiciaires incluent les mises sous scellés, le caviardage de certains renseignements et les ordonnances d'anonymat. Dans chaque cas, la Cour cherchera à assurer une atteinte minimale au principe de la publicité des débats judiciaires, de manière que le public puisse conserver autant que possible un accès aux débats de la Cour.

De plus, les tribunaux ont établi une distinction entre le concept de publication et celui de la fourniture d'un accès. Alors que les deux parties en l'espèce ont convenu que le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique au système des cours martiales, elles ne se sont pas entendues sur la portée des interdictions de publication ordonnées en 2004. Le défendeur a prétendu qu'en fournissant une copie non expurgée des décisions des cours martiales, l'ACM « publiait » en fait l'identité des plaignants, alors que la demanderesse a allégué de son côté que l'interprétation que faisait le défendeur équivalait à convertir l'interdiction de publication en une ordonnance de mise sous scellés. À l'exception de cinq décisions, toutes les décisions des cours martiales qui ont été communiquées à la demanderesse contenaient la mise en garde selon laquelle l'identité des plaignants ne devait pas être publiée ou diffusée. Même si on a reconnu qu'il est important d'encourager les victimes à se manifester et de protéger leur vie privée, la position du défendeur selon laquelle fournir, sur demande, une copie d'une décision non expurgée équivaut à « publier » selon la définition du paragraphe 486(3) de la version de 2004 du *Code criminel* ou de l'article 486.4 de la version actuelle du *Code criminel* a été rejetée. Lorsqu'une ordonnance d'interdiction de publication est rendue, les membres du public, y compris les médias, peuvent quand même assister à l'audience et avoir accès à l'identité du plaignant et aux renseignements personnels le concernant. Si le juge croit qu'une plus grande protection est requise, il peut ordonner, entre autres, l'exclusion du public durant le témoignage du plaignant en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel* (version de 2004 et version actuelle). En outre, aux termes des politiques d'accès des tribunaux, un membre du public qui se présenterait au greffe et demanderait à voir un dossier de la Cour visé par une interdiction de publication serait autorisé à consulter le contenu du dossier. Par conséquent, si une personne peut assister à l'audience et examiner le dossier visé par une interdiction de

subsection 486(3) of the *Criminal Code* must be interpreted as meaning a prohibition to disseminate the information to the general public or, in other words, providing widespread knowledge of the information either in print or via the Internet. Any other conclusion would render meaningless the distinction between the different forms of protective relief such as redaction orders, publication bans, sealing orders and exclusion orders. In summary, in the absence of an order permitting the redaction, sealing or anonymization of the complainants' identities when the initial publication bans were ordered, the CMA had no authority, in her capacity as administrator of the office of the Chief Military Judge, to redact the information from the decisions and deny access to it.

With respect to the application of the *Privacy Act*, the *Privacy Act* does not support the CMA's interpretation that the identity of the complainants must be redacted and withheld from the applicant. While the protections under the *Privacy Act* may apply to the CMA's administration records, the *Privacy Act* provides an important exception to an institution's obligation to protect personal information. Pursuant to subsection 69(2) of the *Privacy Act*, the prohibition on the use and disclosure of personal information prescribed by sections 7 and 8 do not apply where the information is available to the public. Courts martial are presumptively public pursuant to subsection 180(1) of the *National Defence Act* and by extension so are court martial records. Given the conclusion regarding the purpose and scope of the publication bans ordered in 2004 and, in the absence of a redaction, sealing or anonymity order, the information the CMA wanted to protect was part of the public record and as such, fell within the meaning of the exception contained in subsection 69(2) of the *Privacy Act*. Thus, there was no basis on which to conclude that the *Privacy Act* prohibitions on the use and disclosure of personal information would apply to court martial decisions.

The applicant sought three types of different remedies. Its request for a declaration that the *Privacy Act* does not apply to

publication, il n'y a aucune raison de rejeter une demande en vue d'obtenir une copie non expurgée d'un document qui ne fait pas l'objet d'une ordonnance de caviardage, de mise sous scellés ou d'anonymat. Le terme « publier » dans le contexte des ordonnances d'interdiction de publication rendues par les juges militaires en vertu du paragraphe 486(3) du *Code criminel* doit être interprété comme signifiant une interdiction de diffuser l'information au grand public ou, autrement dit, de fournir un accès généralisé à l'information, par écrit ou par Internet. Toute autre conclusion rendrait absurde la distinction entre les différentes formes de mesures de protection comme les ordonnances de caviardage, les interdictions de publication, les ordonnances de mise sous scellés et les ordonnances d'exclusion. En résumé, en l'absence d'une ordonnance autorisant le caviardage ou la mise sous scellés de l'identité des plaignants, ou le maintien de leur anonymat, au moment où les interdictions de publication initiales ont été ordonnées, l'ACM n'avait pas le pouvoir, en sa capacité d'administrateur du Cabinet du juge militaire en chef, d'expurger les renseignements des décisions et d'empêcher l'accès à ces décisions.

Quant à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, celle-ci ne soutient pas l'interprétation de l'ACM selon laquelle les noms des plaignants doivent être expurgés et ne doivent pas être communiqués à la demanderesse. Même si les protections prévues par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* peuvent s'appliquer aux dossiers administratifs de l'ACM, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit une exception importante à l'obligation d'une institution de protéger les renseignements personnels. En vertu du paragraphe 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l'interdiction relative à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels prévue aux articles 7 et 8 ne s'applique pas aux renseignements personnels auxquels le public a accès. Les débats des cours martiales sont présumés publics, en vertu du paragraphe 180(1) de la *Loi sur la défense nationale* et par extension, les dossiers des cours martiales le sont aussi. Compte tenu de la conclusion concernant l'objectif et la portée des interdictions de publication ordonnées en 2004 et de l'absence d'une ordonnance de caviardage, de mise sous scellés ou d'anonymat, les renseignements que l'ACM souhaitait protéger faisaient partie du dossier public et, à ce titre, relevaient de l'exception prévue au paragraphe 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Par conséquent, il n'y avait rien qui puisse permettre de conclure que les interdictions sur l'usage et la divulgation des renseignements personnels prévues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pourraient s'appliquer aux décisions des cours martiales.

La demanderesse sollicitait trois différents types de mesures de réparation. Sa demande de déclaration selon laquelle

the requested court records or to the records of other courts martial was denied. This was not a proper case for declaratory relief notwithstanding the conclusion that the CMA's refusal to provide unredacted copies of the requested court martial decisions was unlawful. As for mandatory relief, the direction requested by the applicant that the CMA provide the applicant with unredacted copies of requested courts records was beyond the scope of the applicant's requests to the CMA. Finally, the applicant's request that the CMA's decision refusing to provide unredacted copies of the court martial decisions identified in the application's appendix be set aside was accepted and the matter was returned to the CMA for redetermination.

la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas aux dossiers demandés ou aux dossiers des autres cours martiaux a été rejetée. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'un cas où un jugement déclaratoire serait indiqué, nonobstant la conclusion selon laquelle le refus de l'ACM de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiaux demandées était illégitime. En ce qui concerne la réparation impérative, la directive sollicitée par la demanderesse pour que l'ACM lui fournisse des copies non expurgées des dossiers de la Cour demandés dépassait la portée des demandes de la demanderesse à l'ACM. Enfin, la demande de la demanderesse pour que soit annulée la décision de l'ACM de refuser de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiaux indiquées dans l'annexe de sa demande a été acceptée et l'affaire a été renvoyée à l'ACM pour un réexamen.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 486, 486.4, 539(1).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal", 18, 18.1.  
*National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 165.18–165.2, 165.19(3), 165.3(e),(f), 179(1), 180.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal information", 7, 8, 69(2).  
*Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, art. 101.17.  
*Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 38(1), 40–44, 44.1, 46(1).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Attorney General) v. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, 167 F.T.R. 158 (F.C.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *A.G. (Nova Scotia) v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, (1982), 49 N.S.R. (2d) 609; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, (1982), 52 D.L.R. (4th) 690; *Ottawa Citizen Group Inc. v. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590, 255 D.L.R. (4th) 149 (Ont. C.A.); *El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 CanLII 30713 (P.S.D.P.T.); *Lukács v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)*, 2015 FCA 140, 386 D.L.R. (4th) 163.

#### 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].  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486, 486.4, 539(1).  
*Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 165.18–165.2, 165.19(3), 165.3(e),(f), 179(1), 180.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 « renseignements personnels », 7, 8, 69(2).  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 18, 18.1.  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 38(1), 40–44, 44.1, 46(1).  
*Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, art. 101.17.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Procureur général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *A.G. (Nova Scotia) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Ottawa Citizen Group Inc. v. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590, 255 D.L.R. (4th) 149 (C.A. Ont.); *El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CanLII 30713 (T.P.F.D.); *Lukács c. Canada (Transport, Infrastructure et Collectivités)*, 2015 CAF 140.

## DISTINGUISHED:

*F.N. (Re)*, 2000 SCC 35, [2001] 1 S.C.R. 880; *McClelland, Woods, et al. v. Stewart, Asplin, et al.*, 2006 BCSC 1948; *The British Columbia College of Teachers v. British Columbia (Attorney General)*, 2010 BCSC 847, 320 D.L.R. (4th) 466.

## CONSIDERED:

*Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge)*, 2007 FCA 390, 288 D.L.R. (4th) 544; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1999), 120 D.L.R. (4th) 12; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, (1996), 139 D.L.R. (4th) 385; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19; *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567; *R. v. Twitchell*, 2009 ABQB 644 (CanLII), 520 A.R. 76; *Flahiff v. Cour du Québec*, 1998 CanLII 13149 (Que. C.A.), *sub nom. R. v. Flahiff*, 157 D.L.R. (4th) 485, *sub nom. MacDonell c. Flahiff* (WL Can) (Que. C.A.); *D.M. (S.) v. R.*, 2002 ABQB 1132 (CanLII), 329 A.R. 93; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 2 C.R. (7th) 212.

## REFERRED TO:

*Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, (1999), 19 C.C.P.B. 179 (C.A.); *May v. CBC/Radio Canada*, 2011 FCA 130, 231 C.R.R. (2d) 369; *Airth v. Canada (National Revenue)*, 2006 FC 1442, [2007] 2 C.T.C. 149; *TELUS v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1, [2015] 2 F.C.R. 3; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, (1989), 103 A.R. 321; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, 2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65; *Singer v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 3, 414 N.R. 246; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253.

## AUTHORS CITED

Alberta Courts. *Public and Media Access Guide*, August 1, 2013, online: <<https://albertacourts.ca/publications-and-forms>>.  
 Ministry of the Attorney General of Ontario. *Court Services Division Policies and Procedures on Public Access to Court Files, Documents and Exhibits*, revised November 2015.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*F.N. (Re)*, 2000 CSC 35, [2001] 1 R.C.S. 880; *McClelland, Woods, et al. v. Stewart, Asplin, et al.*, 2006 BCSC 1948; *The British Columbia College of Teachers v. British Columbia (Attorney General)*, 2010 BCSC 847, 320 D.L.R. (4th) 466.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Directrice des poursuites militaires c. Juge militaire en chef*, 2007 CAF 390; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19; *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567; *R. v. Twitchell*, 2009 ABQB 644 (CanLII), 520 A.R. 76; *Flahiff c. Cour du Québec*, 1998 CanLII 13149 (C.A. Qué.); *D.M. (S.) v. R.*, 2002 ABQB 1132 (CanLII), 329 A.R. 93; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.); *May c. CBC/Radio Canada*, 2011 CAF 130; *Airth c. Canada (Revenu national)*, 2006 CF 1442; *TELUS c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1, [2015] 2 R.C.F. 3; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65; *Singer c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 3; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253.

## DOCTRINE CITÉE

Alberta Courts. *Public and Media Access Guide*, 1<sup>er</sup> août 2013, en ligne : <<https://albertacourts.ca/publications-and-forms>>.  
 Ministère du Procureur général de l'Ontario. *Politiques et procédures de la Division des services aux tribunaux en matière d'accès public aux dossiers, aux documents et aux pièces judiciaires*, mis à jour novembre 2015.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, loose-leaf. Toronto: Thomson/Carswell, 2006.

APPLICATION for judicial review of a Court Martial Administrator's decision refusing to provide unredacted copies of six court martial decisions to the applicant. Application allowed.

#### APPEARANCES

*Colin Baxter and Benjamin L. Grant* for applicant.

*Elizabeth Richards and Mathew Johnson* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l.*, Ottawa, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

ROUSSEL J.:

#### I. Overview

[1] This application for judicial review is about competing interests: the open court principle, which is deeply rooted in our legal system, and the protection of the privacy of sexual assault complainants in court martial cases. Like any other court, courts martial are public. In cases involving the prosecution of sexual offences, publication bans can be ordered to protect the identity and privacy of a complainant. However, members of the public, including the media, can still be present in the courtroom. At issue in this application is whether a publication ban prohibits access to a complainant's identity, as contained in court records, once the court martial proceedings are over.

Rossiter, James. *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, feuilles mobiles. Toronto : Thomson/Carswell, 2006.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle l'administrateur des cours martiales a refusé de fournir à la demanderesse des copies expurgées de six décisions des cours martiales. Demande accueillie.

#### ONT COMPARU

*Colin Baxter et Benjamin L. Grant* pour la demanderesse.

*Elizabeth Richards et Mathew Johnson* pour le défendeur.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l.*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LA JUGE ROUSSEL :

#### I. Aperçu

[1] La présente demande de contrôle judiciaire porte sur des intérêts opposés : il y a d'une part le principe de la publicité des débats judiciaires, qui est profondément enraciné dans notre système judiciaire, et d'autre part la protection de la confidentialité des plaintes d'agression sexuelle entendues en cour martiale. Comme c'est le cas dans n'importe quel autre tribunal, les débats des cours martiales sont publics. Dans le cas de poursuites pour des infractions sexuelles, une interdiction de publication peut être ordonnée afin de protéger l'identité et la vie privée d'un plaignant. Toutefois, les membres du public, y compris les médias, peuvent quand même être présents dans la salle d'audience. Il s'agit ici de savoir si une interdiction de publication empêche l'accès à l'identité du plaignant, contenue dans les dossiers de la Cour, une fois l'instance en cour martiale terminée.



## II. Background

### A. *Request for court martial decisions*

[2] Rachel Houlihan, a journalist employed with the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) “Fifth Estate” program, has been investigating the prosecution of sexual assault by the Canadian military justice system. On June 12, 2013, she sent an email to Captain Amber Bineau, a Public Affairs officer with the Department of National Defence, asking for all the documents related to a particular sexual assault court martial which proceeded in 2008. In a response communicated the same day, Captain Bineau informed Ms. Houlihan that she had put in the request for the transcript and decision, but due to a publication ban, the Office of the Chief Military Judge would need to sever the documents before releasing them. A week later, Captain Bineau sent Ms. Houlihan a redacted copy of the requested decision but informed Ms. Houlihan that the remaining part of her request would take some time.

[3] On June 21, 2013, Ms. Houlihan sent another email to Captain Bineau inquiring as to why the decision had not been posted online.

[4] On August 2, 2013, Captain Bineau advised Ms. Houlihan that:

Court decisions are posted on the Chief Military Judges (sic) website once the presiding military judge has reviewed the transcribed decision and has approved it for publication. Those decisions under publication ban require extensive review and consultation to ensure the documents are severed in accordance with the Courts (sic) orders, and are compliant with federal legislation, including the *Privacy Act* and *Criminal Records Act*. This review may involve removing any information that could potentially identify a complainant or witness. Prior to 2010, court documents under a publication ban were provided upon request. Since 2010, the military judiciary writes its respective decisions in a format allowing court decisions to be published on the Chief Military Judges (sic) website, including those decisions whereby the Court has ordered a publication ban.

## II. Contexte

### A. *Demande d'accès aux décisions d'une cour martiale*

[2] Rachel Houlihan, une journaliste travaillant à l'émission « The Fifth Estate » de la Société Radio-Canada (la SRC), fait enquête sur les poursuites en matière d'agression sexuelle entendues par le système de justice militaire canadien. Le 12 juin 2013, elle a fait parvenir un courriel au capitaine Amber Bineau, officier des Affaires publiques au ministère de la Défense nationale, pour demander tous les documents relatifs à une affaire d'agression sexuelle en particulier entendue en cour martiale en 2008. Dans une réponse envoyée le même jour, le capitaine Bineau a informé M<sup>me</sup> Houlihan qu'elle avait demandé la transcription et la décision, mais qu'en raison d'une interdiction de publication, le Cabinet du juge militaire en chef devait effectuer des prélèvements dans les documents avant de les communiquer. Une semaine plus tard, le capitaine Bineau a fait parvenir à M<sup>me</sup> Houlihan une copie expurgée de la décision demandée, mais l'a informée que la partie restante de sa requête demanderait un peu de temps.

[3] Le 21 juin 2013, M<sup>me</sup> Houlihan a envoyé un autre courriel au capitaine Bineau lui demandant pourquoi la décision n'avait pas été publiée en ligne.

[4] Le 2 août 2013, le capitaine Bineau a informé M<sup>me</sup> Houlihan de ce qui suit :

[TRADUCTION] Les décisions de la Cour sont publiées sur le site Web du Cabinet du juge militaire en chef une fois que le juge militaire présidant l'instance a examiné la décision transcrite et a approuvé sa publication. Les décisions visées par une interdiction de publication nécessitent un examen approfondi et une consultation afin de garantir que les documents sont expurgés conformément aux ordonnances de la Cour, et qu'ils respectent la législation fédérale, notamment la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi sur le casier judiciaire*. Au cours de cet examen, il est possible que les renseignements pouvant permettre d'identifier un plaignant ou un témoin soient supprimés. Avant 2010, les documents de la Cour visés par une interdiction de publication étaient fournis sur demande. Depuis 2010, les juges militaires rédigent leurs décisions respectives dans un format



[5] On December 10, 2013, Captain Bineau wrote to Ms. Houlihan asking whether she still required the transcript in relation to the 2008 court martial decision. Ms. Houlihan responded that she did not think she would need the full transcript but would confirm later. She also requested decisions in 14 other cases from 2004 involving allegations of sexual assault or similar allegations.

[6] On March 26, 2014, Captain Bineau sent the 14 decisions to Ms. Houlihan. Six of the decisions included redactions or word substitutions. With the exception of one decision, all of them included a warning that the identity of the complainant and any information that would disclose their identity could not be published in any document or broadcast in any way. The majority of the warnings indicated that the publication bans were imposed pursuant to subsections 486(3) and 486(4) of the *Criminal Code*, R.C.S., 1985, c. C-46, as they read in 2004.

#### B. *Application to the courts martial*

[7] In an unrelated court martial involving a charge of sexual assault subject to a publication ban, the CBC filed a notice of application on April 24, 2014, with the Office of the Chief Military Judge seeking an unredacted copy of the decision and transcript or audio recording in that case, including a copy of any publication ban issued by the court martial. The CBC also sought a declaration that the audio recordings, transcripts and other records of courts martial are presumptively public and are not subject to the provisions of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

permettant la publication des décisions des cours martiales sur le site Web du Cabinet du juge militaire en chef, y compris les décisions pour lesquelles la Cour a ordonné une interdiction de publication.

[5] Le 10 décembre 2013, le capitaine Bineau a écrit à M<sup>me</sup> Houlihan pour lui demander si elle voulait toujours recevoir la transcription relative à la décision de la cour martiale de 2008. M<sup>me</sup> Houlihan a répondu qu'elle ne pensait pas avoir besoin de toute la transcription et qu'elle confirmerait plus tard. Elle a également demandé les décisions dans 14 autres affaires datant de 2004 et concernant des allégations d'agression sexuelle ou des allégations de nature similaire.

[6] Le 26 mars 2014, le capitaine Bineau a envoyé les 14 décisions à M<sup>me</sup> Houlihan. Six des décisions comportaient des passages expurgés ou des substitutions de mots. Toutes les décisions, sauf une, contenaient une mise en garde indiquant que la cause faisait l'objet d'une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit l'identité du ou de la plaignant(e) ou des renseignements qui permettraient de la découvrir. La majorité des mises en garde indiquaient que les interdictions de publication étaient imposées en vertu des paragraphes 486(3) et 486(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, tels qu'ils étaient libellés en 2004.

#### B. *Application aux cours martiales*

[7] Dans une autre affaire en cour martiale concernant une accusation d'agression sexuelle faisant l'objet d'une interdiction de publication, la SRC a déposé, le 24 avril 2014, un avis de demande au Cabinet du juge militaire en chef en vue d'obtenir une copie non expurgée de la décision et la transcription ou l'enregistrement audio de cette affaire, y compris une copie de toute interdiction de publication ordonnée par la cour martiale. La SRC a aussi demandé une déclaration selon laquelle les enregistrements audio, les transcriptions et autres dossiers des cours martiales sont en principe accessibles au public et ne sont pas assujettis aux dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

[8] On August 28, 2014, Military Judge d’Auteuil dismissed the CBC’s application on the grounds that he did not have jurisdiction to hear the application.

[9] On October 9, 2014, the CBC filed its notice of application in this Court.

[10] Throughout the proceedings, the CBC has stated that it does not wish to publish the information that is subject to a publication ban and it has undertaken not to do so. The CBC has indicated that it is seeking the names of the complainants for the purpose of having a reporter contact them and invite them to tell their stories.

### III. Legislative Framework

[11] The Canadian military justice system consists of a two-tiered tribunal structure: summary trials, which are designed to deal with minor service offences, and courts martial, which deal with more serious offences and are tried either by a military judge alone or a military judge and a panel of senior members of the Canadian Forces. There is no permanent court martial. Instead, courts martial are constituted on an *ad hoc* basis and convened only when necessary to address specific charges under the Code of Service Discipline [being Part III of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5] (*Canada (Military Prosecutions) v. Canada (Chief Military Judge)*, 2007 FCA 390, 288 D.L.R. (4th) 544 (*CMP v. CMJ*), at paragraph 5).

[12] Pursuant to subsection 179(1) of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5 (NDA), a court martial has the same powers, rights and privileges as a superior court of criminal jurisdiction with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses; the production and inspection of documents; the enforcement of its orders; and all other matters that are necessary or proper for the exercise of its jurisdiction.

[13] Subsection 180(1) of the NDA provides that courts martial shall be public, subject to the exceptions

[8] Le 28 août 2014, le juge militaire d’Auteuil a rejeté la demande de la SRC au motif qu’il n’avait pas compétence pour entendre la demande.

[9] Le 9 octobre 2014, la SRC a déposé son avis de demande à la Cour.

[10] Durant toute la procédure, la SRC a affirmé qu’elle ne souhaitait pas publier les renseignements faisant l’objet d’une interdiction de publication et qu’elle s’était engagée à ne pas le faire. La SRC a indiqué qu’elle cherchait à obtenir les noms des plaignants afin qu’un reporter puisse communiquer avec eux pour les inviter à raconter leur histoire.

### III. Cadre législatif

[11] Le système de justice militaire canadien se compose d’une structure judiciaire à deux niveaux, soit celui des procès sommaires, qui permettent de juger les infractions mineures d’ordre militaire, et celui des cours martiales, qui traitent des infractions plus graves et sont présidées par un juge militaire seul ou par un juge militaire accompagné d’un comité de hauts gradés des Forces canadiennes. Il n’existe pas de cour martiale permanente. Les cours martiales sont plutôt constituées au besoin et convoquées uniquement lorsque c’est nécessaire pour donner suite à des accusations précises aux termes du Code de discipline militaire [qui constitue la partie III de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5] (*Directrice des poursuites militaires c. Juge militaire en chef*, 2007 CAF 390 (*DPM c. JMC*), au paragraphe 5).

[12] En vertu du paragraphe 179(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5 (la LDN), une cour martiale a, pour la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l’examen des pièces, l’exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les mêmes attributions qu’une cour supérieure de juridiction criminelle.

[13] Le paragraphe 180(1) de la LDN prescrit que les débats de la cour martiale sont publics, sous réserve des

set out in subsection 180(2). Section 180 of the NDA reads:

#### **Trials public**

**180 (1)** Subject to subsections (2) and (3), courts martial shall be public and, to the extent that accommodation permits, the public shall be admitted to the proceedings.

#### **Exception**

**(2)** A court martial may order that the public be excluded during the whole or any part of its proceedings if the court martial considers that it is necessary

**(a)** in the interests of public safety, defence or public morals;

**(b)** for the maintenance of order or the proper administration of military justice; or

**(c)** to prevent injury to international relations.

#### **Witnesses**

**(3)** Witnesses are not to be admitted to the proceedings of a court martial except when under examination or by specific leave of the court martial.

#### **Clearing court**

**(4)** For the purpose of any deliberation, a court martial may cause the place where the proceedings are being held to be cleared.

[14] The role and functions of the Court Martial Administrator (CMA) are set out in sections 165.18 through 165.2 of the NDA, as well as article 101.17 of the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces* (QR&Os). Specifically, the CMA is responsible for:

- (a) managing the Office of the Chief Military Judge and supervision of personnel, other than military judges, within that Office;
- (b) convening General Courts Martial and Standing Courts Martial;
- (c) appointing members of General Courts Martial;
- (d) assigning a court reporter for each court martial or other hearings before a military judge;

exceptions énoncées au paragraphe 180(2). L'article 180 de la LDN se lit comme suit :

#### **Procès publics**

**180 (1)** Sous réserve des paragraphes (2) et (3), les débats de la cour martiale sont publics, dans la mesure où la salle d'audience le permet.

#### **Exception**

**(2)** Lorsqu'elle le juge nécessaire soit dans l'intérêt de la sécurité publique, de la défense ou de la moralité publique, soit dans l'intérêt du maintien de l'ordre ou de la bonne administration de la justice militaire, soit pour éviter toute atteinte aux relations internationales, la cour martiale peut ordonner le huis clos total ou partiel.

#### **Témoins**

**(3)** Les témoins ne sont admis en cour martiale que pour interrogatoire ou avec sa permission expresse.

#### **Évacuation de la salle**

**(4)** La cour martiale peut ordonner l'évacuation de la salle d'audience pour ses délibérations.

[14] Les fonctions de l'administrateur des cours martiales (ACM) sont énoncées aux articles 165.18 à 165.2 de la LDN, de même qu'à l'article 101.17 des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (ORFC). Plus particulièrement, l'ACM assume les responsabilités suivantes :

- a) diriger le Cabinet du juge militaire en chef et en superviser le personnel, à l'exception des juges militaires;
- b) convoquer les cours martiales générales et les cours martiales permanentes;
- c) nommer les membres de la cour martiale générale;
- d) affecter un sténographe judiciaire à chaque cour martiale ou audition devant un juge militaire;

- |  |   |
|--|---|
| (e) controlling and maintaining the schedule for courts martial and other hearings before a military judge;              | e) établir et gérer le rôle de la cour martiale et des auditions devant un juge militaire;                      |
| (f) maintaining a file in respect of each court martial or other hearings before a military judge; and                   | f) tenir un dossier pour chaque cour martiale ou audition devant un juge militaire;                             |
| (g) retaining the recording and minutes of proceedings of each court martial and other hearings before a military judge. | g) conserver l'enregistrement et le procès-verbal de chaque cour martiale ou audition devant un juge militaire. |

[15] Pursuant to subsection 165.19(3) of the NDA, the CMA acts under the general supervision of the Chief Military Judge. The Office of the Chief Military Judge was created through a Ministerial Organization Order and is designated as a unit of the Canadian Forces embodied in the Regular Force. Its role is set out in the Canadian Forces Organization Order 3763 issued on behalf of the Chief of Defence Staff. Specifically, the Office of the Chief Military Judge is responsible for:

- (a) appointing military trial judges to preside at Standing Courts Martial and Special General Courts Martial;
- (b) appointing military trial judges to officiate as judge advocates at Disciplinary and General Courts Martial;
- (c) appointing Presidents and members of Disciplinary and General Courts Martial; and,
- (d) providing court reporting services and transcripts of the proceedings of courts martial.

[16] Also, the Chief Military Judge may, with the Governor in Council's approval and after consultation with a rules committee established under regulations made by the Governor in Council, make rules governing, among other things, the minutes of proceedings of courts martial and other proceedings as well as public access to documents, exhibits or other things connected with any proceeding (paragraphs 165.3(e) and 165.3(f) of the NDA).

[15] En vertu du paragraphe 165.19(3) de la LDN, l'ACM exerce ses fonctions sous la direction générale du juge militaire en chef. Le Cabinet du juge militaire en chef a été créé par un arrêté ministériel d'organisation et constitue une unité des Forces canadiennes intégrée à la Force régulière. Son rôle est défini dans l'arrêté d'organisation n° 3763 des Forces canadiennes émis au nom du chef d'état-major de la défense. Plus précisément, le Cabinet du juge militaire en chef assume les responsabilités suivantes :

- a) nommer les juges militaires chargés de présider les cours martiales permanentes et les cours martiales générales spéciales;
- b) nommer les juges militaires chargés d'agir à titre de juge-avocat dans les cours martiales disciplinaires et générales;
- c) nommer les présidents et les membres des cours martiales disciplinaires et générales;
- d) assurer les services de sténographie judiciaire et fournir les transcriptions des débats des cours martiales.

[16] De plus, le juge militaire en chef peut, avec l'approbation du gouverneur en conseil et après avoir consulté un comité des règles établi par règlement du gouverneur en conseil, établir des règles concernant, entre autres choses, les procès-verbaux des procès en cour martiale et de toute autre instance, de même que l'accès public aux documents, pièces et autres éléments se rapportant à toute instance (alinéas 165.3e) et 165.3f) de la LDN).

[17] Although a draft Policy on the Publication of Court Martial Information dated September 17, 2004 was prepared by the Office of the Chief Military Judge, the evidence is unclear whether the policy was ever adopted. In an email dated September 23, 2014, the CMA informed the CBC's counsel that her Office had been unable to locate a signed copy of the policy and that she had no indication as to whether it had ever been published or made available to the public. She further indicated that she considered the draft policy to be of no force and effect.

#### IV. Questions in Issue

[18] Although framed differently by the parties, the following issues arise from the application for judicial review:

- (a) Is this application for judicial review out of time?
- (b) What is the appropriate standard of review?
- (c) Is the CMA's continued refusal to provide copies of unredacted decisions subject to a publication ban lawful?
- (d) What remedies should be awarded, if any?

#### V. Analysis

##### A. *Is the application for judicial review out of time?*

[19] The Attorney General of Canada (AGC) submits that the application for judicial review was brought outside of the 30-day time limit prescribed in subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The decision refusing to provide unredacted court martial decisions was initially communicated to Ms. Houlihan on June 12, 2013, and again on August 2, 2013, when she was advised that decisions under publication ban had to be severed to remove any information which could potentially identify a complainant or a

[17] Bien que le Cabinet du juge militaire en chef ait préparé une ébauche de politique sur la publication des renseignements des cours martiales datée du 17 septembre 2004, la preuve n'est pas claire quant à savoir si la politique a été adoptée. Dans un courriel daté du 23 septembre 2014, l'ACM a informé l'avocat de la SRC que son bureau n'était pas parvenu à trouver une copie signée de la politique et que rien n'indiquait que la politique ait jamais été publiée ou rendue accessible au public. Elle a en outre indiqué qu'elle considérait que cette ébauche de politique était nulle et sans effet.

#### IV. Questions en litige

[18] Bien qu'elles aient été formulées différemment par les parties, les questions suivantes se posent dans le cas de la demande de contrôle judiciaire :

- a) La présente demande de contrôle judiciaire est-elle hors délai?
- b) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- c) Le refus continu de l'ACM de fournir des copies non expurgées des décisions faisant l'objet d'une interdiction de publication est-il légitime?
- d) Quelles sont les mesures de réparation qui devraient être accordées, le cas échéant?

#### V. Analyse

##### A. *La demande de contrôle judiciaire est-elle hors délai?*

[19] Le procureur général du Canada (PGC) affirme que la demande de contrôle judiciaire a été déposée en dehors du délai de 30 jours prescrit au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. La décision de refuser de fournir les décisions des cours martiales non expurgées a été initialement communiquée à M<sup>me</sup> Houlihan le 12 juin 2013, et de nouveau le 2 août 2013, quand on l'a informée que les décisions faisant l'objet d'une interdiction de publication devaient être expurgées afin de supprimer

witness. The AGC states that the CBC took no steps to challenge that decision until April 2014 and provided no explanation for the delay in pursuing the matter. The AGC also submits that even after the 14 decisions at issue were provided to Ms. Houlihan on March 26, 2014, the CBC waited until October 8, 2014, to file its notice of application for judicial review in this Court. The CBC's decision to bring an application before the Office of the Chief Military Judge in April 2014 does not justify the CBC's failure to abide by the statutory 30-day limitation period.

[20] The CBC argues that the AGC's objection is itself time-barred because Prothonotary Tabib directed the Registry of the Federal Court on October 9, 2014 to accept the CBC's notice of application for filing. The CBC also argues that in any event, the AGC's objection is without merit for the following reasons. First, the CBC exhausted "the internal avenues of accountability within the military justice system" in raising the matter with the Office of the Chief Military Judge. Secondly, the 30-day limitation period in subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* applies to "a decision or an order" of a federal administrator. Judicial review is also available where there is a continuing course of conduct that is illegal and will continue unless the Court intervenes. Third, even if subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* is applicable, this would be a proper case for the Court to grant an extension of time for the filing of the judicial review application. Finally, dismissing the judicial review application would achieve no practical benefit because the CBC or another party could make similar requests in the future and seek judicial review of the CMA's decision.

[21] I agree with the CBC that the subject matter of the application for judicial review is a continuing course of conduct and as a result, the application for judicial review is not time-barred.

[22] It is well established in jurisprudence that an application for judicial review under section 18.1 of the

tout renseignement qui pourrait permettre d'identifier un plaignant ou un témoin. Le PGC affirme que la SRC n'a pris aucune mesure pour contester cette décision avant avril 2014, et n'a fourni aucune explication pour justifier le retard à poursuivre l'affaire. Le PGC affirme également que même après que les 14 décisions en cause eurent été fournies à M<sup>me</sup> Houlihan le 26 mars 2014, la SRC a attendu jusqu'au 8 octobre 2014 pour déposer son avis de demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour. La décision de la SRC de déposer une demande auprès du Cabinet du juge militaire en chef en avril 2014 ne justifie pas le défaut par la SRC de respecter le délai de 30 jours prévu par la loi.

[20] La SRC soutient que l'objection du PGC est elle-même prescrite, puisque le 9 octobre 2014, la protonotaire Tabib a enjoint le greffe de la Cour fédérale d'accepter le dépôt de l'avis de demande. La SRC soutient également que quoi qu'il en soit, l'objection du PGC est sans fondement pour les raisons suivantes. Premièrement, la SRC a épuisé [TRADUCTION] « tous les mécanismes internes de responsabilisation prévus au sein du système de justice militaire » en portant l'affaire devant le Cabinet du juge militaire en chef. Deuxièmement, le délai de 30 jours prévu au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique à une « décision » ou à une « ordonnance » d'un administrateur fédéral. Le contrôle judiciaire est également disponible dans les cas où il y a une même série d'actes qui est illégale, et qui se poursuivra à moins que la Cour n'intervienne. Troisièmement, même si le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s'applique, il conviendrait en l'espèce que la Cour accorde une prorogation du délai pour le dépôt de la demande de contrôle judiciaire. Enfin, le rejet de la demande de contrôle judiciaire n'aurait aucune utilité pratique, étant donné que la SRC ou une autre partie pourrait présenter des demandes similaires à l'avenir et demander un contrôle judiciaire de la décision de l'ACM.

[21] Je conviens avec la SRC que la demande de contrôle judiciaire concerne une même série d'actes et que par conséquent, la demande de contrôle judiciaire n'est pas prescrite.

[22] Il est bien établi dans la jurisprudence qu'une demande de contrôle judiciaire déposée en application



*Federal Courts Act* can encompass more than just a “decision or an order”. Pursuant to subsection 18.1(1), an application may be brought by “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.” The word “matter” can include a course of conduct in respect of which a remedy may be available under section 18 of the *Federal Courts Act* (*Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.) (*Krause*), at paragraph 21; *May v. CBC/Radio Canada*, 2011 FCA 130, 231 C.R.R. (2d) 369 (*May*), at paragraph 10; *Airth v. Canada (National Revenue)*, 2006 FC 1442, [2007] 2 C.T.C. 149 (*Airth*), at paragraphs 9 and 10).

[23] The 30-day limitation period to bring an application for judicial review set out in subsection 18.1(2) of the *Federal Courts Act* applies only “in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal”. Where the application for judicial review is not in respect of a “decision or order”, the time limit imposed by subsection 18.1(2) does not apply (*Krause*, at paragraphs 23 and 24; *May*, at paragraph 10; *Airth*, at paragraph 5; *TELUS v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1, [2015] 2 F.C.R. 3, at paragraphs 28 and 29).

[24] The parties agree, and I concur, that there is no dispute that the CMA constitutes a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of subsections 2(1), 18(1) and 18.1(2) of the *Federal Courts Act*. The CMA’s refusal to provide unredacted copies of the requested decisions and access to court martial records is an administrative one and one that is subject to judicial review by this Court.

[25] The issue, however, is whether the CBC is seeking judicial review of a “decision or order” or of a “matter”.

[26] The CBC is challenging the CMA’s continued refusal to provide unredacted copies of court martial decisions subject to a publication ban. The application for judicial review does not arise from a single decision of the CMA. Rather, the CBC requested a number of decisions involving a publication ban at different times, and on each occasion, the CMA informed the CBC that it was required, pursuant to the publication ban, to remove any information that could disclose the identity of

de l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* peut englober davantage qu’une « décision » ou une « ordonnance ». En vertu du paragraphe 18.1(1), une demande peut être présentée par « quiconque est directement touché par l’objet de la demande ». Le terme « objet » peut inclure une série d’actes pour laquelle un recours est disponible en vertu de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* (*Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.) (*Krause*), au paragraphe 21; *May c. CBC/Radio Canada*, 2011 CAF 130 (*May*), au paragraphe 10; *Airth c. Canada (Revenu national)*, 2006 CF 1442 (*Airth*), aux paragraphes 9 et 10).

[23] Le délai de 30 jours pour déposer une demande de contrôle judiciaire prévu au paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* s’applique uniquement pour une décision ou une ordonnance d’un office fédéral. Lorsque la demande de contrôle judiciaire ne concerne pas une « décision » ou une « ordonnance », le délai prévu au paragraphe 18.1(2) ne s’applique pas (*Krause*, aux paragraphes 23 et 24; *May*, au paragraphe 10; *Airth*, au paragraphe 5; *TELUS c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1, [2015] 2 R.C.F. 3, aux paragraphes 28 et 29).

[24] Les parties conviennent, et je suis d’accord, qu’il n’est pas contesté que l’ACM constitue un « office fédéral », au sens des paragraphes 2(1), 18(1) et 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Le refus de l’ACM de fournir des copies non expurgées des décisions demandées et l’accès aux dossiers des cours martiales est une décision de nature administrative, et la Cour peut procéder au contrôle judiciaire de cette décision.

[25] Toutefois, il s’agit ici de décider si la SRC demande le contrôle judiciaire d’une « décision » ou d’une « ordonnance », ou plutôt de l’« objet » d’une demande.

[26] La SRC conteste le refus continu de l’ACM de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiales faisant l’objet d’une interdiction de publication. La demande de contrôle judiciaire ne découle pas d’une seule décision de l’ACM. La SRC a plutôt demandé, à différents moments, un certain nombre de décisions visées par une interdiction de publication et, à chaque occasion, l’ACM a informé la SRC qu’elle devait, conformément à l’interdiction de publication, supprimer

the complainant or a witness in the case. In my view, it is the ongoing practice of the CMA to redact the court martial decisions subject to a publication ban that is alleged to be unlawful and subject to judicial review.

[27] Moreover, the relief sought by the CBC in its notice of application for judicial review also confirms that it is a course of conduct that is at issue: the relief sought includes a declaration that the *Privacy Act* does not apply to the court records of the courts martial, as well as an order of *mandamus* for the CMA to provide the CBC with unredacted copies of the requested decisions. While I recognize that the CBC is also seeking an order setting aside the decision of the CMA refusing to release unredacted copies of the 14 court martial decisions, I do not think this particular relief takes away from the conclusion that it is a course of conduct that is at issue. Fundamentally, the CBC is contesting the CMA's practice of redacting court martial decisions that are subject to a publication ban.

[28] Even if I were to find that the CBC was late in bringing its application for judicial review, I consider this to be a proper case in which to grant an extension of time.

[29] The four factors to be considered in determining whether or not to grant an extension of time are set out in *Canada (Attorney General) v. Hennelly*, 1999 CanLII 8190, 167 F.T.R. 158 (F.C.A.), at paragraph 3. To be successful, an applicant must demonstrate: (1) a continuing intention to pursue his or her application; (2) the application has some merit; (3) no prejudice to the respondent arises from the delay; and (4) a reasonable explanation for the delay exists.

[30] Here, the CBC has demonstrated a continuing intention to pursue the matter by its application to the Office of the Chief Military Judge. In addition, on June 23 and September 20, 2014, the CBC inquired whether any copy existed of the Chief Military Judge's Policy on the Publication of Court Martial Information. A response

tout renseignement qui pourrait divulguer l'identité du plaignant ou d'un témoin dans l'affaire. À mon avis, c'est la pratique continue de l'ACM d'expurger les décisions des cours martiales faisant l'objet d'une interdiction de publication qui est présumée illégitime et visée par le contrôle judiciaire.

[27] De plus, le recours demandé par la SRC dans son avis de demande de contrôle judiciaire confirme également que c'est une série d'actes qui est en cause : le recours demandé inclut une déclaration selon laquelle la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas aux dossiers des cours martiales, ainsi qu'une ordonnance de *mandamus* pour que l'ACM remette à la SRC des copies non expurgées des décisions demandées. Même si je reconnais que la SRC demande également une ordonnance annulant la décision de l'ACM de refuser de communiquer des copies non expurgées des 14 décisions en cour martiale, je ne crois pas que ce recours en particulier s'éloigne de la conclusion selon laquelle c'est une série d'actes qui est en cause. Fondamentalement, la SRC conteste la pratique adoptée par l'ACM d'expurger les décisions de la cour martiale qui font l'objet d'une interdiction de publication.

[28] Même si je devais conclure que la SRC a tardé à déposer sa demande de contrôle judiciaire, je crois qu'une prorogation du délai est indiquée en l'espèce.

[29] Les quatre facteurs à considérer pour savoir s'il faut accorder ou non une prorogation de délai sont énoncés dans l'affaire *Canada (Procureur Général) c. Hennelly*, 1999 CanLII 8190 (C.A.F.), au paragraphe 3. Pour que sa demande soit accueillie, le demandeur doit démontrer : 1) une intention constante de poursuivre sa demande; 2) que la demande est bien fondée; 3) que le défendeur ne subit pas de préjudice en raison du délai; 4) qu'il existe une explication raisonnable justifiant le délai.

[30] En l'espèce, la SRC a démontré une intention constante de poursuivre l'affaire par sa demande au Cabinet du juge militaire en chef. De plus, le 23 juin et le 20 septembre 2014, la SRC a demandé s'il existait une copie de la politique sur la publication des renseignements des cours martiales produite par le juge militaire

to the query was received on September 23, 2014 and the CBC filed its notice of application for judicial review on October 9, 2014. The CBC has repeatedly taken the position that the CMA had no authority to redact information from the court martial decisions.

[31] There is also merit to the application given that the open court principle has long been recognized by the courts as a cornerstone of democracy. Moreover, the AGC has not demonstrated any prejudice arising from the timing of the application. In fact, the AGC took no position on the CBC's request for an extension of time. Finally, the CBC's explanation that it wanted to exhaust the internal avenues of the military justice system prior to bringing an application for judicial review before this Court is reasonable in the circumstances of this case.

[32] While not specifically a factor in considering whether to grant an extension of time, I see no benefit to concluding that the application for judicial review is out of time. Nothing would prevent the CBC from requesting access to a different court martial decision that is subject to a publication ban and then seek judicial review of any decision refusing to provide access to an unredacted version of the said decision. If that were the case, the very same conduct would be at issue. Since the parties have already argued the merits of the application, I consider that deciding the matter at this time would be a more efficient use of the Court's resources (*Airth*, at paragraph 12).

B. *What is the appropriate standard of review?*

[33] The first step in determining the appropriate standard of review is to establish whether the existing jurisprudence has already settled, in a satisfactory manner, the degree of deference to be afforded to a particular category of question. If it has not, the reviewing court must then proceed to conduct a contextual analysis of the decision to determine the appropriate standard of review and consider a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal; (3) the nature of

en chef. La SRC a reçu la réponse à sa demande le 23 septembre 2014 et a déposé son avis de demande de contrôle judiciaire le 9 octobre 2014. La SRC a à maintes reprises fait valoir que l'ACM n'avait pas le pouvoir d'expurger des renseignements dans les décisions des cours martiales.

[31] La demande est également fondée, étant donné qu'il est depuis longtemps reconnu par les tribunaux que le principe de la publicité des débats judiciaires est l'une des pierres angulaires de la démocratie. En outre, le PGC n'a pas démontré que le retard dans le dépôt de la demande lui a causé un préjudice. En fait, le PGC ne s'est pas prononcé au sujet de la demande de prorogation de délai présentée par la SRC. Enfin, l'explication de la SRC selon laquelle elle souhaitait épuiser les mécanismes internes du système de justice militaire avant de déposer une demande de contrôle judiciaire à la Cour est raisonnable en l'espèce.

[32] Même s'il ne s'agit pas expressément d'un facteur à considérer pour déterminer si une prorogation de délai doit être accordée, je ne vois aucun avantage à conclure que la demande de contrôle judiciaire est hors délai. Rien n'empêcherait la SRC de demander l'accès à une autre décision d'une cour martiale faisant l'objet d'une interdiction de publication, puis de demander un contrôle judiciaire de toute décision de refuser l'accès à une version non expurgée de ladite décision. Si c'était le cas, la même conduite serait en cause. Comme les parties ont déjà débattu le bien-fondé de la demande, je considère que trancher la question à ce moment serait une façon beaucoup plus judicieuse d'utiliser les ressources de la Cour (*Airth*, au paragraphe 12).

B. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[33] La première étape lorsque vient le temps d'établir la norme de contrôle applicable est de vérifier si le degré de retenue judiciaire devant être accordé à une catégorie précise de question en litige a déjà été arrêté de manière satisfaisante par la jurisprudence. Si ce n'est pas le cas, la cour de révision doit procéder à une analyse contextuelle de la décision afin d'arrêter la bonne norme de contrôle en tenant compte d'un certain nombre de facteurs pertinents, notamment : 1) l'existence ou l'inexistence d'une clause privative; 2) la raison d'être

the question at issue; and (4) the expertise of the tribunal (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 57, 62 and 64).

[34] The CBC submits that the question of whether the *Privacy Act* applies to the records of courts martial without consideration for the open court principle raises a question of law that must be assessed on a correctness standard of review. The CBC relies on the Federal Court of Appeal decision in *CMP v. CMJ*, where the Court found that the decision of the Chief Military Judge refusing to convene a court martial on the basis that it would offend the open court principle raised a question of law reviewable on a correctness standard of review.

[35] The AGC submits that the appropriate standard of review is reasonableness. The decision in *CMP v. CMJ* is not determinative as the decision refers to a decision of the Chief Military Judge, a judicial officer, and not the CMA. Furthermore, the decision predates the reformulation of the two-step standard of review analysis set out in *Dunsmuir*.

[36] In *CMP v. CMJ*, the Federal Court of Appeal examined the open court principle in the context of the Chief Military Judge's refusal to assign a military judge because the charge sheet and accompanying documentation contained classified information. The Chief Military Judge was of the view that assigning a judge where a charge sheet is classified would be the same as sanctioning a closed trial. Given this refusal, the CMA refused to convene a Standing Court Martial because she could not identify the military judge whose name would appear on the order.

[37] In the case before me, the CBC is challenging the CMA's continued refusal to release unredacted court martial decisions in which a publication ban was ordered. The CMA's position is that in order to comply with the publication bans and the *Privacy Act*, it must

du tribunal; 3) la nature de la question en cause; 4) l'expertise du tribunal (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 57, 62 et 64).

[34] La SRC affirme que la question de savoir si la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique aux dossiers des cours martiales sans égard au principe de la publicité des débats judiciaires soulève une question de droit qui doit être examinée selon la norme de la décision correcte. La SRC s'appuie sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *DPM c. JMC*, où la Cour a conclu que la décision de la juge militaire en chef de refuser de convoquer une cour martiale au motif que cela contreviendrait au principe de la publicité des débats judiciaires soulevait une question de droit susceptible de révision selon la norme de la décision correcte.

[35] Le PGC soutient que la norme de la décision raisonnable s'applique. La décision en cause dans l'arrêt *DPM c. JMC* n'est pas déterminante, étant donné que la décision fait référence à une décision de la juge militaire en chef, un officier judiciaire, et non de l'ACM. En outre, la décision est antérieure à la reformulation de l'analyse en deux étapes concernant la norme de contrôle établie dans l'arrêt *Dunsmuir*.

[36] Dans l'affaire *DPM c. JMC*, la Cour d'appel fédérale a examiné le principe de la publicité des débats judiciaires dans le contexte du refus, par la juge militaire en chef, de désigner un juge militaire parce que l'acte d'accusation et les documents l'accompagnant contenaient des renseignements classifiés. La juge militaire en chef était d'avis que le fait de désigner un juge militaire lorsque l'acte d'accusation est classifié équivaldrait à confirmer la tenue d'un procès à huis clos. Devant ce refus, l'ACM n'a pas accepté de convoquer une cour martiale permanente parce qu'il lui était impossible d'identifier le juge militaire dont le nom apparaîtrait sur l'ordonnance.

[37] En l'espèce, la SRC conteste le refus continu de l'ACM de communiquer les décisions non expurgées des cours martiales qui faisaient l'objet d'une interdiction de publication. La position de l'ACM est que pour se conformer aux interdictions de publication et à la *Loi*

redact any information that would identify the complainants before releasing copies of the decisions to the CBC. With the exception of the decision in *CMP v. CMJ*, which is not directly on point, I am not aware of any other precedent involving a decision of the CMA on the issues raised in this proceeding. Accordingly, the second step in the *Dunsmuir* analysis is required.

[38] Upon review of the relevant factors, I conclude that the appropriate standard of review is that of correctness.

[39] First, the duties of the CMA are mainly administrative and its decisions are not protected by a privative clause in the NDA. I recognize, however, that the absence of a privative clause is not determinative (*Dunsmuir*, at paragraph 52; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 25).

[40] Second, although the court martial regime is unique and the CMA has expertise in its administration, the interpretation of a publication ban does not involve the interpretation of the CMA's home statute. Rather, it involves the interpretation of the term "publish" as found in the *Criminal Code* provisions relating to publication bans in proceedings involving sexual offences. This issue is not exclusive to the CMA. Moreover, the determination of whether the disclosure prohibitions in the *Privacy Act* apply to the records of courts martial is also a question of law. With respect to both questions, the CMA's expertise is not superior to that of this Court or any other superior court.

[41] Third, as stated above, the CMA's role is entirely administrative in nature and its purpose is to manage the Office of the Chief Military Judge and to supervise the personnel within that Office, with the exception of the military judges. The CMA does not decide issues of law.

*sur la protection des renseignements personnels*, elle devait supprimer tout renseignement qui pourrait permettre d'identifier les plaignants avant de communiquer des copies des décisions à la SRC. À l'exception de la décision dans l'affaire *DPM c. JMC*, qui ne porte pas directement sur cette question, je n'ai pas connaissance d'un autre précédent concernant une décision de l'ACM portant sur les questions soulevées en l'espèce. Par conséquent, la seconde étape de l'analyse énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* est nécessaire.

[38] Après avoir examiné les facteurs pertinents, je conclus que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique.

[39] Premièrement, les fonctions de l'ACM sont principalement administratives et ses décisions ne sont pas protégées par une clause privative de la LDN. Toutefois, je reconnais que l'absence d'une clause privative n'est pas déterminante (*Dunsmuir*, au paragraphe 52; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 25).

[40] Deuxièmement, bien que le régime de la cour martiale soit unique et que l'ACM ait une expertise dans son administration, l'interprétation d'une interdiction de publication ne fait pas appel à l'interprétation que fait l'ACM de sa loi constitutive. Elle a plutôt trait à l'interprétation du terme « publier » que l'on trouve dans les dispositions du *Code criminel* relativement aux interdictions de publication dans les instances concernant des infractions de nature sexuelle. La question n'est pas exclusive à l'ACM. De plus, le fait d'établir si les interdictions de divulgation prévues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'appliquent aux dossiers des cours martiales constitue également une question de droit. En ce qui concerne ces deux questions, l'expertise de l'ACM n'est pas plus importante que celle de la Cour ou de toute autre cour supérieure.

[41] Troisièmement, comme il est dit précédemment, le rôle de l'ACM est entièrement de nature administrative et son travail est de gérer le Cabinet du juge militaire en chef et de superviser le personnel du Cabinet, à l'exception des juges militaires. L'ACM ne tranche pas des questions de droit.



[42] Finally, the nature of the question at issue is one that is of central importance to the legal system. The determination of whether publication bans under the *Criminal Code* require that decisions or court records be redacted prior to their release to a member of the public is one that arises not only in the court martial regime but in all criminal trials involving the prosecution of sexual offences where a publication ban has been ordered. It also involves consideration of two competing interests, the open court principle and the protection of privacy, both of which are entrenched in our Canadian judicial system.

C. *Is the CMA's continued refusal to provide copies of unredacted decisions subject to a publication ban lawful?*

[43] The CBC submits that the open court principle applies to courts martial and that it extends to all facets of the court martial process, including exhibits and the record of its proceedings. It is also applicable after the proceedings have concluded. A publication ban constitutes a limited restriction on the open court principle. When a trial judge imposes a publication ban on the identity of a complainant, the public and the media are not excluded from the courtroom and they retain access to the court's proceedings and records. Although Parliament has expressly provided for more severe restrictions on public access to court proceedings, such as *in camera* proceedings or the sealing of court files, a publication ban does not constitute a sealing order.

[44] The CBC further submits that even if the CMA had the authority to expand the scope of the publication ban, the CMA failed to apply the test enunciated by the Supreme Court of Canada in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835 (*Dagenais*), at paragraph 73 and reframed in *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442 (*Mentuck*), at paragraph 32, which set out the conditions under which the courts may limit the openness of court proceedings. If the CMA

[42] Enfin, la nature de la question en litige est d'une importance cruciale pour le système judiciaire. La question de savoir si les interdictions de publication en vertu du *Code criminel* nécessitent que les décisions ou les dossiers de la Cour soient expurgés avant d'être communiqués au public est une question qui se pose non seulement dans le régime des cours martiales, mais aussi dans tous les procès criminels concernant des poursuites pour des infractions de nature sexuelle pour lesquelles une interdiction de publication a été ordonnée. Il faut également prendre en considération deux intérêts opposés, soit le principe de la publicité des débats judiciaires et la protection de la vie privée, qui sont tous deux inscrits dans notre système judiciaire canadien.

C. *Le refus continu de l'ACM de fournir des copies non expurgées des décisions faisant l'objet d'une interdiction de publication est-il légitime?*

[43] La SRC affirme que le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique aux cours martiales et qu'il s'étend à toutes les facettes du processus des cours martiales, y compris aux pièces et au dossier de ses débats. Il s'applique également après la conclusion des instances. Une interdiction de publication constitue une restriction limitée du principe de la publicité des débats judiciaires. Lorsqu'un juge impose une interdiction de publication concernant l'identité d'un plaignant, les membres du public et les médias ne sont pas exclus de la salle d'audience et ils conservent l'accès aux débats et aux dossiers de la Cour. Même si le législateur a expressément prévu des restrictions plus rigoureuses concernant l'accès du public aux débats de la Cour, comme les audiences à huis clos ou la mise sous scellés des dossiers de la Cour, une interdiction de publication ne constitue pas une ordonnance de mise sous scellés.

[44] La SRC affirme en outre que même si l'ACM avait le pouvoir d'étendre la portée de l'interdiction de publication, il n'a pas appliqué le critère énoncé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (*Dagenais*), au paragraphe 73 et reformulé dans l'arrêt *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 (*Mentuck*), au paragraphe 32, qui établit les conditions en vertu desquelles les tribunaux peuvent limiter la publicité des débats



had applied the test, no potential justification would meet the criteria of the test.

[45] The AGC submits that the CMA properly redacted the names of complainants in 6 court martial decisions. In each of the 14 courts martial, the presiding military judge imposed a publication ban pursuant to subsections 486(3), 486(4) or both, of the *Criminal Code* (as they read in 2004). While commonly referred to as a “publication ban”, the current statute refers not only to publication, but also to broadcasting or transmitting information. Once ordered, publication bans are mandatory and continue to be in force until lifted by a court where it has been demonstrated that the circumstances have dramatically changed. Absent an order lifting the ban, it is not open to the CMA to ignore the requirement imposed by the military judges not to publish the names of the complainants in a publicly available court decision.

[46] The AGC further submits that the predominant purpose of a section 486 publication ban is to protect the privacy of complainants and to foster confidence in the justice system. Allowing the publication and dissemination of court martial decisions that identify the complainants would run counter to the objective and purpose of a publication ban. The prohibition must be read purposively as requiring a restriction on identifying the complainants on any document which will link them to the facts of the case.

[47] The AGC also submits that the *Dagenais/Mentuck* framework is not applicable as the CBC is not challenging the legality of the publication ban and nothing in the CMA’s conduct has infringed the CBC’s freedom of expression.

[48] Finally, the AGC argues that the open court principle has never been extended to include the right of the media to contact victims of crime outside of court room proceedings years after the trials have concluded. In the case at bar, the CBC is fully capable of reporting on the court martial proceedings. It received all 14 decisions and the documents received allow the

judiciaires. Si l’ACM avait appliqué le critère, aucune justification potentielle ne satisferait au critère.

[45] Le PGC affirme que l’ACM a à juste titre supprimé les noms des plaignants dans 6 décisions des cours martiales. Dans chacune des 14 cours martiales, le juge militaire qui présidait a imposé une interdiction de publication en vertu des paragraphes 486(3) ou 486(4), ou les deux, du *Code criminel* (tels qu’ils étaient libellés en 2004). Alors que l’on parle communément d’« interdiction de publication », la loi actuelle fait référence non seulement à la publication, mais également à la diffusion ou à la transmission de renseignements. Une fois ordonnées, les interdictions de publication sont impératives et demeurent en vigueur jusqu’à ce qu’elles soient levées par un tribunal, une fois la preuve faite que les circonstances ont radicalement changé. En l’absence d’une ordonnance levant l’interdiction, l’ACM ne peut faire fi de l’exigence imposée par les juges militaires de ne pas publier les noms des plaignants dans une décision du tribunal accessible publiquement.

[46] Le PGC affirme de plus que l’objectif principal d’une interdiction de publication ordonnée en vertu de l’article 486 est de protéger la vie privée des plaignants et de favoriser la confiance dans le système de justice. Permettre la publication et la diffusion des décisions des cours martiales où les plaignants sont identifiés serait contraire à l’objectif d’une interdiction de publication. L’interdiction doit être interprétée comme une mesure restreignant l’identification des plaignants sur tout document qui pourrait permettre de les relier aux faits de l’affaire.

[47] Le PGC affirme aussi que le cadre *Dagenais/Mentuck* ne s’applique pas, étant donné que la SRC ne conteste pas la légalité de l’interdiction de publication et que rien dans la conduite de l’ACM n’a violé la liberté d’expression de la SRC.

[48] Enfin, le PGC soutient que le principe de publicité des débats judiciaires n’a jamais été élargi de manière à inclure le droit des médias de communiquer avec les victimes de crimes en dehors des instances judiciaires, des années après la conclusion des procès. En l’espèce, la SRC est entièrement en mesure de rapporter les débats des cours martiales. Elle a reçu les

CBC to know what transpired in court. Obtaining the names of the complainants will not add to its understanding of the proceedings.

[49] In my view, the CMA erred in finding that the publication bans required the redaction of the names of the complainants when providing access to the requested court martial decisions. I have reached this conclusion following an analysis of the open court principle, publication bans, both generally and in the context of the *Criminal Code*, limitations on the open court principle, the distinction between “publishing” and “accessing” information in a court record and the application of the *Privacy Act* to the records of the courts martial, all of which I will examine in the paragraphs below.

#### (1) The open court principle

[50] The Supreme Court of Canada has repeatedly affirmed the importance of the open court principle. Starting in 1982, Justice Dickson [as he then was] wrote in *A.G. (Nova Scotia) v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at page 185, “covertness is the exception and openness the rule” and, at page 186, “the rule should be one of public accessibility and concomitant judicial accountability”. Later, in *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at paragraph 22, Justice La Forest described the open court principle as “one of the hallmarks of a democratic society” and at paragraph 23, “[o]penness permits public access to information about the courts, which in turn permits the public to discuss and put forward opinions and criticisms of court practices and proceedings.” In 2005, in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188 (*Toronto Star Newspapers*), at paragraph 1, Justice Fish wrote: “[i]n any constitutional climate, the administration of justice thrives on exposure to light — and withers under a cloud of secrecy.” More recently, in *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2, [2011] 1 S.C.R. 19, at paragraph 1, Justice Deschamps commented as follows:

14 décisions et les documents obtenus lui permettent de savoir ce qui a transpiré des débats de la Cour. Obtenir les noms des plaignants n’ajoutera pas à sa compréhension des débats.

[49] À mon avis, l’ACM a commis une erreur en concluant que les interdictions de publication exigeaient la suppression des noms des plaignants avant de fournir un accès aux décisions des cours martiales demandées. J’en suis venue à cette conclusion après avoir analysé le principe de la publicité des débats judiciaires, les interdictions de publication, de manière générale et dans le contexte du *Code criminel*, les limites relatives au principe de la publicité des débats judiciaires, la distinction entre « publier » l’information et « accéder » à l’information contenue dans un dossier de la Cour, et l’application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* aux dossiers des cours martiales. Tous ces éléments sont examinés dans les paragraphes qui suivent.

#### 1) Principe de la publicité des débats judiciaires

[50] La Cour suprême du Canada a à maintes reprises affirmé l’importance du principe de la publicité des débats judiciaires. Dès 1982, le juge Dickson [tel était alors son titre] a écrit dans l’arrêt *A.G. (Nova Scotia) c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la page 185, que « le secret est l’exception et [...] la publicité est la règle » et, à la page 186, qu’« on devrait appliquer la règle de l’accessibilité du public et la règle accessoire de la responsabilité judiciaire ». Plus tard, dans l’arrêt *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au paragraphe 22, le juge La Forest a décrit le principe de la publicité des débats judiciaires comme étant « l’une des caractéristiques d’une société démocratique »; il a ensuite écrit, au paragraphe 23, que « [g]râce à ce principe, le public a accès à l’information concernant les tribunaux, ce qui lui permet ensuite de discuter des pratiques des tribunaux et des procédures qui s’y déroulent, et d’émettre des opinions et des critiques à cet égard ». En 2005, dans l’arrêt *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188 (*Toronto Star Newspapers*), au paragraphe 1, le juge Fish a écrit : « Dans tout environnement constitutionnel, l’administration de la justice s’épanouit au grand jour — et

The open court principle is of crucial importance in a democratic society. It ensures that citizens have access to the courts and can, as a result, comment on how courts operate and on proceedings that take place in them. Public access to the courts also guarantees the integrity of judicial processes inasmuch as the transparency that flows from access ensures that justice is rendered in a manner that is not arbitrary, but is in accordance with the rule of law.

See also *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at paragraphs 9–11; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at paragraphs 23–27; *Canadian Broadcasting Corp. v. The Queen*, 2011 SCC 3, [2011] 1 S.C.R. 65 (*Canadian Broadcasting Corp.*), at paragraph 12; and *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567 (*Bragg Communications Inc.*), at paragraphs 11 and 13.

[51] The open court principle applies to all facets of a court's process. It also includes access to the exhibits and the audio recordings of hearings (*Canadian Broadcasting Corp.*, at paragraph 12; *Singer v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 3, 414 N.R. 246, at paragraph 6).

[52] It is undisputed that the open court principle applies to courts martial. It is prescribed by section 180 of the NDA. The military judge assigned to preside a court martial trial will be required, like any other judge, to weigh a claim for non-disclosure against the open court principle and to determine whether the information should be made available to the public (*CMP v. CMJ*, at paragraph 38).

## (2) Publication bans

[53] While the open court principle has been recognized as a pillar of a democratic society, the courts have also consistently affirmed that other interests, such as

s'étiole sous le voile du secret. » Plus récemment, dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, au paragraphe 1, la juge Deschamps a fait l'observation suivante :

Le principe de la publicité des débats judiciaires revêt une importance cruciale dans une société démocratique. Il garantit aux citoyens l'accès aux tribunaux, leur permettant ainsi de commenter le fonctionnement de ces institutions et les procédures qui s'y déroulent. L'accès du public aux tribunaux assure également l'intégrité des procédures judiciaires en ce que la transparence qu'il génère garantit que justice est rendue non pas de manière arbitraire, mais bien conformément à la primauté du droit.

Voir également *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux paragraphes 9 à 11; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, aux paragraphes 23 à 27; *Société Radio-Canada c. La Reine*, 2011 CSC 3, [2011] 1 R.C.S. 65 (*Société Radio-Canada*), au paragraphe 12; et *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567 (*Bragg Communications Inc.*), aux paragraphes 11 et 13.

[51] Le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique à toutes les facettes d'une procédure judiciaire. Il comprend également l'accès aux pièces et aux enregistrements audio des audiences (*Société Radio-Canada*, au paragraphe 12; *Singer c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 3, au paragraphe 6).

[52] Il n'est pas contesté que le principe de la publicité des débats judiciaires vaut également pour les cours martiales. Il est prescrit par l'article 180 de la LDN. Le juge militaire désigné pour présider une instance en cour martiale, comme tout autre juge, sera appelé à mettre en balance la revendication de non-divulgaration et le principe de la publicité des débats judiciaires et à décider si les renseignements doivent être rendus accessibles au public (*DPM c. JMC*, au paragraphe 38).

## 2) Interdictions de publication

[53] Même si le principe de la publicité des débats judiciaires est reconnu comme un pilier d'une société démocratique, les tribunaux ont aussi affirmé de façon

the privacy of sexual assault complainants, are equally as important (*Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122 (*Canadian Newspapers*), at pages 129 and 130; *Bragg Communications Inc.*, at paragraphs 11, 17, 25 and 29).

[54] In order to accommodate these competing interests, the courts have used a number of measures to minimally impair the open court principle and still protect other interests. A publication ban is one of several forms of relief which limit the open court principle.

[55] At page I-7 of his publication the *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, (Toronto: Thomson/Carswell, 2006) (loose-leaf updated 2016), the author James Rossiter, defines a publication ban as “a statutory or judicial prohibition on disclosing information, usually in a publication or broadcast, which is the subject of the ban.”

[56] A publication ban can be mandatory or discretionary. If mandatory, it can be automatic or at the request of a party. If discretionary, it may be either based in statute or the common law. The ban may also be limited in time or of infinite duration (Rossiter, at pages I-7 and I-8).

[57] In *Dagenais* above, Chief Justice Lamer enumerated a number of advantages which result from ordering publication bans. They include: (1) preventing jury influence; (2) maximizing the chances that witnesses will come forward and testify; (3) protecting vulnerable witnesses; (4) preserving the privacy of individuals involved in a criminal process; (5) maximizing the chances of rehabilitation for young offenders; (6) encouraging the reporting of sexual offences; (7) saving the financial and/or emotional costs to those involved of the alternatives to publication bans, such as trial delays and changes in venues; and (8) protecting national security (*Dagenais*, at paragraph 83). He also highlighted some of the reasons for not ordering a publication ban.

répétée que d’autres intérêts, comme le caractère confidentiel des plaintes en matière d’agression sexuelle, ont aussi leur importance (*Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122 (*Canadian Newspapers*), aux pages 129 et 130; *Bragg Communications Inc.*, aux paragraphes 11, 17, 25 et 29).

[54] Afin de mettre en balance ces intérêts divergents, les tribunaux ont utilisé un certain nombre de mesures pour assurer une atteinte minimale au principe de la publicité des débats judiciaires tout en protégeant d’autres intérêts. Une interdiction de publication constitue l’une des nombreuses formes de recours qui limitent le principe de la publicité des débats judiciaires.

[55] À la page I-7 de son ouvrage intitulé *Law of Publication Bans, Private Hearings and Sealing Orders*, (Toronto : Thomson/Carswell, 2006) (feuillet mobiles, mis à jour en 2016), l’auteur James Rossiter définit l’interdiction de publication comme [TRADUCTION] « une interdiction d’origine législative ou judiciaire de divulguer les renseignements, habituellement dans une publication ou une émission, qui font l’objet de l’interdit ».

[56] Une interdiction de publication peut être impérative ou discrétionnaire. Si elle est impérative, elle peut être automatique ou à la demande d’une partie. Si elle est discrétionnaire, elle peut être fondée sur une loi ou une règle de common law. L’interdiction peut aussi être limitée dans le temps ou d’une durée infinie (Rossiter, aux pages I-7 et I-8).

[57] Dans l’arrêt *Dagenais*, précité, le juge en chef Lamer a énuméré quelques avantages découlant des ordonnances d’interdiction de publication. Ces avantages incluent : 1) empêcher l’influence du jury; 2) accroître au maximum les chances que les témoins se présentent et témoignent; 3) protéger les témoins vulnérables; 4) préserver la vie privée des personnes concernées dans le processus criminel; 5) accroître au maximum les chances de réadaptation des jeunes contrevenants; 6) inciter les gens à signaler les infractions de nature sexuelle; 7) épargner à ceux qui sont concernés les coûts sur les plans financier et émotif des solutions de rechange aux ordonnances de non-publication, comme le report du procès, le changement de lieu; 8) maintenir la sécurité

In particular, the absence of a ban will: (1) maximize the chances that individuals will learn about a case and come forward with new information; (2) prevent perjury by placing witnesses under public scrutiny; (3) prevent state and/or court wrongdoing by placing the criminal justice process under public scrutiny; (4) reduce crime through the public expression of disapproval for crime; and (5) promote the public discussion of important issues (*Dagenais*, at paragraph 84).

[58] In the context of sexual offence trials, publication bans also have the purpose of protecting the privacy of the complainants. In *Canadian Newspapers*, the Supreme Court of Canada confirmed that publication bans in sexual assault proceedings foster complaints by victims of sexual assault by protecting them from the trauma of wide-spread publication resulting in embarrassment and humiliation. Publication bans encourage victims to come forward and complain which in turn facilitates the prosecution and conviction of those guilty of sexual offences (*Canadian Newspapers*, at paragraph 15).

[59] Where a publication ban is discretionary, the judge is required to apply the *Dagenais/Mentuck* test enunciated by the Supreme Court of Canada in considering whether a publication ban should be ordered. A publication ban should only be ordered when it is: (1) necessary to prevent a serious risk to the proper administration of justice because reasonable alternative measures will not prevent the risk; and (2) the positive effects of the ban outweigh the negative effects on the rights and interests of the parties and public, including the effects on the right to free expression, the right of an accused to a fair and public trial and the efficacy of the administration of justice (*Mentuck*, at paragraph 32). If the publication ban is mandatory, no balancing of interests is required.

nationale (*Dagenais*, au paragraphe 83). Il a également souligné quelques-unes des raisons de ne pas ordonner une interdiction de publication. Plus précisément, l'absence d'une interdiction permettra de : 1) accroître au maximum les chances que des individus porteurs de renseignements pertinents prennent connaissance de l'affaire et communiquent de nouveaux renseignements; 2) éviter le parjure en soumettant les témoins à l'examen public; 3) empêcher toute action préjudiciable par l'État ou les tribunaux en assujettissant le processus de justice criminelle à l'examen public; 4) diminuer le crime au moyen de sa désapprobation publique; 5) promouvoir la discussion en public de questions importantes (*Dagenais*, au paragraphe 84).

[58] Dans le contexte des procès pour des infractions de nature sexuelle, les interdictions de publication ont également pour objet de protéger la vie privée des plaignants. Dans l'arrêt *Canadian Newspapers*, la Cour suprême du Canada a confirmé que les interdictions de publication, dans les affaires d'agression sexuelle, encouragent les victimes d'agression sexuelle à porter plainte en leur épargnant le traumatisme occasionné par la gêne et l'humiliation qui résulteraient si l'affaire recevait une grande publicité. Les interdictions de publication incitent les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, ce qui en rend la poursuite et la condamnation plus faciles (*Canadian Newspapers*, au paragraphe 15).

[59] Lorsque l'interdiction de publication est discrétionnaire, le juge doit appliquer le critère de *Dagenais/Mentuck* énoncé par la Cour suprême du Canada pour décider si une interdiction de publication devrait être ordonnée. Une ordonnance de non-publication ne doit être rendue que si : 1) elle est nécessaire pour écarter un risque sérieux pour la bonne administration de la justice, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque; 2) ses effets positifs sont plus importants que ses effets négatifs sur les droits et les intérêts des parties et du public, notamment ses effets sur le droit à la libre expression, sur le droit de l'accusé à un procès public et équitable, et sur l'efficacité de l'administration de la justice (*Mentuck*, au paragraphe 32). Lorsque l'interdiction de publication est impérative, il n'est pas nécessaire de mettre les intérêts en balance.



[60] In 2004, publication bans in proceedings involving sexual offences were ordered pursuant to subsections 486(3) and 486(4) of the *Criminal Code* which read:

486 ...

**Order restricting publication**

(3) Subject to subsection (4), the presiding judge or justice may make an order directing that the identity of a complainant or a witness and any information that could disclose the identity of the complainant or witness shall not be published in any document or broadcast in any way, when an accused is charged with....

...

**Mandatory order on application**

(4) The presiding judge or justice shall

(a) at the first reasonable opportunity, inform any witness under the age of eighteen years and the complainant to proceedings in respect of an offence mentioned in subsection (3) of the right to make an application for an order under subsection (3); and

(b) on application made by the complainant, the prosecutor or any such witness, make an order under that subsection. [Emphasis added.]

[61] Today, they are governed by section 486.4 of the *Criminal Code*:

**Order restricting publication — sexual offences**

**486.4 (1)** Subject to subsection (2), the presiding judge or justice may make an order directing that any information that could identify the victim or a witness shall not be published in any document or broadcast or transmitted in any way, in proceedings in respect of

(a) any of the following offences:

...

**Mandatory order on application**

(2) In proceedings in respect of the offences referred to in paragraph (1)(a) or (b), the presiding judge or justice shall

[60] En 2004, les interdictions de publication dans les instances concernant des infractions de nature sexuelle étaient ordonnées en vertu des paragraphes 486(3) et 486(4) du *Code criminel*, qui étaient ainsi libellés :

486 [...]

**Ordonnance limitant la publication**

(3) Sous réserve du paragraphe (4), le juge ou le juge de paix peut rendre une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit l'identité d'un plaignant ou celle d'un témoin ou des renseignements qui permettraient de la découvrir lorsqu'une personne est accusée [...]

[...]

**Obligation du juge**

(4) Le juge ou le juge de paix est tenu :

a) d'aviser dès que possible les témoins âgés de moins de dix-huit ans et le plaignant, dans des procédures engagées à l'égard d'une infraction mentionnée au paragraphe (3), de leur droit de demander une ordonnance en vertu de ce paragraphe;

b) de rendre une ordonnance en vertu de ce paragraphe si le plaignant, le poursuivant ou l'un de ces témoins le lui demande. [Non souligné dans l'original.]

[61] Aujourd'hui, elles sont régies par l'article 486.4 du *Code criminel* :

**Ordonnance limitant la publication — infractions d'ordre sexuel**

**486.4 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), le juge ou le juge de paix qui préside peut rendre une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la victime ou d'un témoin dans les procédures relatives à :

a) l'une des infractions suivantes :

[...]

**Obligations du juge**

(2) Dans les procédures relatives à des infractions visées aux alinéas (1)a) ou b), le juge ou le juge de paix qui préside est tenu :



(a) at the first reasonable opportunity, inform any witness under the age of eighteen years and the victim of the right to make an application for the order; and

(b) on application made by the victim, the prosecutor or any such witness, make the order. [Emphasis added.]

a) d'aviser dès que possible les témoins âgés de moins de dix-huit ans et la victime de leur droit de demander l'ordonnance;

b) de rendre l'ordonnance, si le poursuivant, la victime ou l'un de ces témoins lui en fait la demande. [Non souligné dans l'original.]

[62] Although the *Criminal Code* now refers to “transmitting” information in addition to publishing and broadcasting the information, I do not consider that the change in legislation affects the outcome of this application for judicial review.

[62] Bien que le *Code criminel*, dans sa version anglaise, contienne désormais le terme « *transmitted* » en plus des termes « *published* » or « *broadcast* », je ne crois pas que ce changement dans la loi influe sur le résultat de la présente demande de contrôle judiciaire.

(3) Other limitations on the open court principle

3) Autres restrictions concernant le principe de la publicité des débats judiciaires

[63] In addition to publication bans, there are a number of other forms of relief that the courts may use to limit the open court principle.

[63] En plus des interdictions de publication, il existe un certain nombre d'autres formes de recours que les tribunaux peuvent utiliser pour restreindre le principe de la publicité des débats judiciaires.

[64] For instance, closed hearings, otherwise referred to as *in camera* hearings or exclusion orders, restrict public attendance at a hearing. They are more restrictive than publication bans because they have the effect of ensuring that the public will not be able to disclose what occurred at the hearing. This form of limitation on the open court principle can be based in statute (*Criminal Code*, subsection 486(1)) or in common law based on a judge's inherent jurisdiction (*Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253 (*Vancouver Sun*), at paragraphs 56, 91 and 96; Rossiter, at pages I-11 and I-12).

[64] Par exemple, les audiences à huis clos ou les ordonnances d'exclusion peuvent empêcher le public d'assister à une audience. Ces mesures sont plus restrictives que les interdictions de publication parce qu'elles ont pour effet de s'assurer que le public ne pourra divulguer ce qui a été dit à l'audience. Cette forme de restriction du principe de la publicité des débats judiciaires peut être fondée sur une disposition législative (*Code criminel*, paragraphe 486(1)) ou sur une règle de common law selon la compétence inhérente du juge (*Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253 (*Vancouver Sun*), aux paragraphes 56, 91 et 96; Rossiter, aux pages I-11 et I-12).

[65] A sealing order, also known as a confidentiality order, restricts public access to information found in a court record. Generally, when a sealing order has been issued, the confidential information will be placed in a separate envelope kept by the Court and will not be accessible to the general public for review (*Vancouver Sun*, at paragraphs 91 and 95; *Toronto Star Newspapers*, at paragraph 18; Rossiter, at pages I-13 and I-14).

[65] Une ordonnance de mise sous scellés, aussi appelée ordonnance de confidentialité, permet de restreindre l'accès du public aux renseignements que contient un dossier de la Cour. En général, lorsqu'une ordonnance de mise sous scellés est rendue, les renseignements confidentiels sont placés dans une enveloppe séparée confiée à la garde de la Cour et à laquelle le grand public n'aura pas accès (*Vancouver Sun*, aux paragraphes 91 et 95; *Toronto Star Newspapers*, au paragraphe 18; Rossiter, aux pages I-13 et I-14).

[66] Courts have also ordered that certain types of information be blacked-out, redacted or edited from public documents found on the public court record. In doing so, the public has access to the documents but the sensitive information is protected (*R. v. Twitchell*, 2009 ABQB 644, 529 A.R. 76 (CanLII) (*Twitchell*), at paragraph 45).

[67] An anonymity order can also be requested by the parties, in which case initials or a pseudonym will be used in court filings and during the hearing. An anonymity order will allow the public to attend the hearing and to review the Court records but will prevent it from knowing the identity of the person claiming anonymity. For instance, in *Bragg Communications Inc.*, the applicant had brought an application for an order requiring an Internet service provider to disclose the identity of the person who had used an IP address to publish a Facebook profile, which included her picture, a modified version of her name and other particulars identifying her. She asked the Court for permission to proceed anonymously and for a publication ban on the content of the Facebook profile. On appeal, the Supreme Court of Canada agreed that she could proceed anonymously. It also found that a publication ban was not required if her identity was protected (*Bragg Communications Inc.*, at paragraphs 9 and 30; see also Rossiter, at pages I-14 and I-15).

[68] The courts may also order that a witness testify behind a screen or other device that will protect the image of the witness from members of the public (*Criminal Code*, subsection 486(1); *Vancouver Sun*, at paragraph 56).

[69] These examples are by no means exhaustive. However, in each case, the Court will seek to minimally impair the open court principle to ensure that the public retains as much access as possible to the court's proceedings.

[66] Les tribunaux ont également déjà ordonné que certains types de renseignements figurant dans les documents publics que contient le dossier public de la Cour soient caviardés, expurgés ou révisés. De cette façon, le public conserve l'accès aux documents, mais les renseignements de nature délicate sont protégés (*R. v. Twitchell*, 2009 ABQB 644, 529 A.R. 76 (CanLII) (*Twitchell*), au paragraphe 45).

[67] Les parties peuvent également demander une ordonnance d'anonymat; dans un tel cas, des initiales ou un pseudonyme seront utilisés dans les dossiers de la Cour et durant l'audience. Une ordonnance d'anonymat permettra au public d'assister à l'audience et d'examiner les dossiers de la Cour, mais il ne pourra connaître l'identité de la personne ayant réclamé l'anonymat. Par exemple, dans l'affaire *Bragg Communications Inc.*, l'appelante avait déposé une demande en vue d'obtenir une ordonnance obligeant le fournisseur de services Internet à divulguer l'identité de la personne ayant utilisé une adresse IP pour publier un profil Facebook en utilisant sa photographie, une version légèrement modifiée de son nom et d'autres détails qui l'identifiaient. Elle a demandé à la Cour la permission de procéder de façon anonyme ainsi qu'une ordonnance de non-publication visant le contenu du profil Facebook. En appel, la Cour suprême du Canada a conclu qu'elle pouvait procéder de façon anonyme. Elle a également conclu qu'une interdiction de publication n'était pas nécessaire si son identité était protégée (*Bragg Communications Inc.*, aux paragraphes 9 et 30; voir également Rossiter, aux pages I-14 et I-15).

[68] Les tribunaux peuvent également ordonner qu'un témoin témoigne derrière un écran ou autre dispositif lui permettant de ne pas être vu du public (*Code criminel*, paragraphe 486(1); *Vancouver Sun*, au paragraphe 56).

[69] Ces exemples ne sont aucunement exhaustifs. Cependant, dans chaque cas, la Cour cherchera à assurer une atteinte minimale au principe de la publicité des débats judiciaires, de manière que le public puisse conserver autant que possible un accès aux débats de la Cour.

## (4) “publish” versus “access”

[70] The courts have distinguished the concept of publication from that of providing access. In *Flahiff v. Cour du Québec*, 1998 CanLII 13149, *sub nom. R. v. Flahiff*, 157 D.L.R. (4th) 485, *sub nom. MacDonell c. Flahiff* (WL Can) (Que. C.A.) (*MacDonell*), two appellants appealed an order allowing access to certain search warrants due to prejudice to their right to a fair trial. The Court of Appeal of Quebec concluded that it was not accessing the documents which threatened their right to a fair trial, but the possibility of premature publication and unfair pre-trial publicity. In order to balance their right to a fair trial and the open court principle, the Court ordered that the press be granted access to the search warrants, but subject to a publication ban (*MacDonell*, at paragraphs 24 and 25).

[71] The Court of Appeal of Ontario adopted the same reasoning in *Ottawa Citizen Group Inc. v. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590 (Ont. C.A.) (*Ottawa Citizen Group*). The Court allowed an appeal of a sealing order because the trial Judge did not consider a reasonable alternative to a sealing order, and in particular, an order permitting the media access to the names of the subjects of the search warrants but, at the same time, prohibiting their publication in any articles or editorials (*Ottawa Citizen Group*, at paragraphs 43 and 48).

[72] While they cannot be considered binding authorities and no evidence was adduced regarding their application, the court access policies submitted by the CBC at the hearing also demonstrate that courts distinguish access from publication bans. For example, the Ontario Superior Court of Justice policy states (Ministry of the Attorney General of Ontario, *Court Services Division Policy and Procedures on Public Access to Court Files, Documents and Exhibits*, revised November 2015, section 2.2.7):

## 4) Distinction entre « publier » l’information et « accéder » à l’information

[70] Les tribunaux ont établi une distinction entre le concept de publication et celui de la fourniture d’un accès. Dans l’arrêt *Flahiff c. Cour du Québec*, 1998 CanLII 13149 (C.A. Qué.) (*Flahiff*), deux appelants ont fait appel d’une ordonnance autorisant l’accès à certains mandats de perquisition, sous prétexte qu’elle portait atteinte à leur droit à un procès juste et équitable. La Cour d’appel du Québec a conclu que ce n’était pas le fait d’accéder aux documents qui menaçait leur droit à un procès juste et équitable, mais la possibilité d’une publication prématurée et d’une publicité déloyale avant le procès. Afin de mettre en balance leur droit à un procès juste et équitable et le principe de la publicité des débats judiciaires, la Cour a ordonné que la presse soit autorisée à avoir accès aux mandats de perquisition, mais sous réserve d’une interdiction de publication (*Flahiff*, aux paragraphes 24 et 25).

[71] La Cour d’appel de l’Ontario a adopté le même raisonnement dans l’affaire *Ottawa Citizen Group Inc. v. R.* (2005), 75 O.R. (3d) 590 (C.A. Ont.) (*Ottawa Citizen Group*). La Cour a accueilli un appel d’une ordonnance de mise sous scellés parce que le juge du procès n’avait pas envisagé une solution de rechange raisonnable à l’ordonnance de mise sous scellés, et notamment, une ordonnance autorisant les médias à avoir accès aux noms des personnes visées par les mandats de perquisition tout en interdisant leur publication dans tout article ou éditorial (*Ottawa Citizen Group*, aux paragraphes 43 et 48).

[72] Même si on ne peut considérer qu’elles ont force exécutoire, et aucun élément de preuve n’a été présenté concernant leur application, les politiques d’accès des tribunaux soumises par la SRC à l’audience montrent que les tribunaux font une distinction entre accès et interdiction de publication. Par exemple, la politique de la Cour supérieure de justice de l’Ontario déclare ce qui suit (Ministère du Procureur général de l’Ontario, *Politiques et procédures de la Division des services aux tribunaux en matière d’accès public aux dossiers, aux documents et aux pièces judiciaires*, mis à jour novembre 2015, section 2.2.7) :

When a publication ban is imposed by the court (e.g., s. 486.4 related to sexual offences or s. 517 related to judicial interim release or bail hearings) or is automatically provided for (e.g., s. 542 related to preliminary hearings), the court file and documents are still accessible to the public. Staff will notify the recipient that the file or document is under a publication ban and will warn him or her that publication, broadcasting or transmitting in any way the information governed by the publication ban could be a violation of the law. [Emphasis added.]

[73] In Alberta, the *Public and Media Access Guide*, 2013 provides at page 16 (Alberta Courts. *Public and Media Access Guide*, August 1, 2013, section 2.4 (e)):

Publication bans may be required by law or a court order. Publication bans prohibit publishing certain information related to a court proceeding. A publication ban will prohibit publishing the information in print, radio, television or via the Internet. Publication bans restrict only publication, not access. A publication ban does not limit viewing, searching, or copying for private use, unless those restrictions are specified in law or the court order. [Emphasis added.]

[74] As for the Office of the Chief Military Judge, although a draft Policy on the Publication of Court Martial Information was prepared in 2004, it appears not to have been adopted and it is considered by the CMA to be of no force and effect.

[75] While both parties agree that the open court principle applies to the court martial system, they disagree on the scope of the publication bans that were ordered in 2004. The AGC contends that in providing an unredacted copy of the court martial decisions, the CMA is in fact “publishing” the identity of the complainants. The CBC argues on the other hand that the AGC’s interpretation amounts to converting the publication ban order into a sealing order.

Dans les cas où une ordonnance de non-publication est rendue par le tribunal (par exemple, en vertu de l’article 486.4 sur les infractions sexuelles ou de l’article 517 sur la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ou les enquêtes sur le cautionnement) ou entre automatiquement en vigueur (par exemple, en vertu de l’article 542 sur les enquêtes préliminaires), les dossiers et les documents du tribunal demeurent accessibles au public. Le personnel avise la personne intéressée que le dossier ou le document demandé fait l’objet d’une ordonnance de non-publication et que la publication, la diffusion ou la transmission de l’information visée par l’interdiction de publication constituerait une violation de la loi. [Non souligné dans l’original.]

[73] En Alberta, le document intitulé *Public and Media Access Guide*, 2013, prescrit ce qui suit à la page 16 (Alberta Courts. *Public and Media Access Guide*, 1<sup>er</sup> août 2013, article 2.4(e)) :

[TRADUCTION] Des interdictions de publication peuvent être exigées en vertu de la loi ou d’une ordonnance de la Cour. Les interdictions de publication empêchent la publication de certains renseignements liés à une instance d’un tribunal. Une interdiction de publication empêchera la publication des renseignements dans les médias écrits, à la radio, à la télévision ou par Internet. Les interdictions de publication permettent de restreindre la publication des renseignements et non l’accès à ces renseignements. Une interdiction de publication n’empêche pas la consultation, la recherche ou la copie pour usage personnel, à moins que des restrictions soient prévues par la loi ou par une ordonnance de la Cour. [Non souligné dans l’original.]

[74] En ce qui concerne le Cabinet du juge militaire en chef, même si une ébauche de politique sur la publication des renseignements des cours martiales a été préparée en 2004, il semble qu’elle n’ait pas été adoptée et l’ACM considère qu’elle est nulle et sans effet.

[75] Alors que les deux parties conviennent que le principe de la publicité des débats judiciaires s’applique au système des cours martiales, elles ne s’entendent pas sur la portée des interdictions de publication ordonnées en 2004. Le PGC prétend qu’en fournissant une copie non expurgée des décisions des cours martiales, l’ACM « publie » en fait l’identité des plaignants. La SRC allègue de son côté que l’interprétation que fait le PGC équivaut à convertir l’interdiction de publication en une ordonnance de mise sous scellés.

[76] With the exception of five decisions, all of the court martial decisions released to the CBC include the following warning:

Subject to sub-section (sic) 486(3) and 486(4) of the *Criminal Code* and section 179 of the *National Defence Act*, the court has directed that the identity of the complainant and any information that would disclose the identity of the complainant shall not be published in any document or broadcast in any way. [Emphasis added.]

[77] The warnings which appear in the decisions rendered in French read as follows:

*Cette cause fait l'objet d'une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit l'identité de la plaignante ou des renseignements qui permettraient de la découvrir.* [Emphasis added.]

[78] Counsel for the AGC indicated at the oral hearing that she believed the above warnings constituted the publication ban order. She did not believe that there were separate publication ban orders because the publication bans were mandatory. No evidence was adduced with regards to the circumstances under which the bans were ordered and whether any other form of protective order was requested and considered. Accordingly, I must assume, for the purpose of my analysis, that the warnings constitute the publication ban orders and that there are no other protective orders in place.

[79] While I recognize the broad policy objective of encouraging victims to come forward and the importance of protecting their privacy, I cannot agree with the AGC's position that the act of providing, upon request, a copy of an unredacted decision constitutes "publishing" within the meaning of either subsection 486(3) of the 2004 version of the *Criminal Code* or section 486.4 of the current version of the *Criminal Code*.

[80] When a publication ban is ordered, members of the public, including the media, are still permitted to attend the hearing and have access to the identity and personal information of the complainant. If the Judge

[76] À l'exception de cinq décisions, toutes les décisions des cours martiales qui ont été communiquées à la SRC contenaient la mise en garde suivante :

*Subject to sub-section (sic) 486(3) and 486(4) of the Criminal Code and section 179 of the National Defence Act, the court has directed that the identity of the complainant and any information that would disclose the identity of the complainant shall not be published in any document or broadcast in any way.* [Non souligné dans l'original.]

[77] Les mises en garde apparaissant dans la version française des décisions se lisaient comme suit :

Cette cause fait l'objet d'une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit l'identité de la plaignante ou des renseignements qui permettraient de la découvrir. [Non souligné dans l'original.]

[78] L'avocate du PGC a indiqué à l'audience qu'elle croyait que les mises en garde reproduites ci-dessus constituaient l'ordonnance de non-publication. Elle ne croyait pas qu'il pouvait y avoir d'ordonnances distinctes de non-publication parce que les interdictions de publication étaient impératives. Aucun élément de preuve n'a été présenté concernant les circonstances en vertu desquelles les interdictions de publication ont été ordonnées et rien n'indique non plus si une forme quelconque d'ordonnance préventive a été demandée et envisagée. Par conséquent, je dois présumer, pour les besoins de mon analyse, que les mises en garde constituent les ordonnances d'interdiction de publication et qu'aucune autre ordonnance préventive n'existe.

[79] Même si je reconnais qu'il est important d'encourager les victimes à se manifester et de protéger leur vie privée, je ne peux être d'accord avec la position du PGC selon laquelle fournir, sur demande, une copie d'une décision non expurgée équivaut à « publier » selon la définition du paragraphe 486(3) de la version de 2004 du *Code criminel* ou de l'article 486.4 de la version actuelle du *Code criminel*.

[80] Lorsqu'une ordonnance d'interdiction de publication est rendue, les membres du public, y compris les médias, peuvent quand même assister à l'audience et avoir accès à l'identité du plaignant et aux renseignements



considers that more protection is required, he can order the exclusion of the public during the complainant's testimony pursuant to subsection 486(1) of the *Criminal Code* (under both the 2004 version and current version). He can also order that the complainant testify using a pseudonym or order that the complainant's name and other personal information be redacted from the public record.

[81] In addition, under the terms of the court access policies referred to above, if a member of the public were to attend the registry office and make a request to see a court record in which a publication ban has been ordered, the person would be entitled to view the contents of the record.

[82] If a person can attend the hearing and review the file, I see no basis for refusing a request to obtain an unredacted copy of a document which has not been the subject of a redaction, sealing or anonymity order.

[83] Moreover, when the Supreme Court of Canada examined the purpose of publication bans in sexual assault trials in *Canadian Newspapers*, it spoke of the need to protect complainants from "the trauma of wide-spread publication". It also spoke of a victim's fear of "publicity or embarrassment" (*Canadian Newspapers*, at pages 130 and 132). Providing access to an unredacted court record or providing a copy of an unredacted decision upon request cannot properly be considered to be "wide-spread" publication.

[84] In my view, the word "publish" in the context of the publication bans ordered by the military judges pursuant to subsection 486(3) of the *Criminal Code* must be interpreted as meaning a prohibition to disseminate the information to the general public or, in other words, providing widespread knowledge of the information either in print or via the Internet.

[85] Any other conclusion would render meaningless the distinction between the different forms of protective relief such as redaction orders, publication bans, sealing orders and exclusion orders. Court registry officers

personnels le concernant. Si le juge croit qu'une plus grande protection est requise, il peut ordonner l'exclusion du public durant le témoignage du plaignant en vertu du paragraphe 486(1) du *Code criminel* (version de 2004 et version actuelle). Il peut également ordonner que le plaignant témoigne sous un pseudonyme ou que le nom du plaignant et autres renseignements personnels soient expurgés du dossier public.

[81] En outre, aux termes des politiques d'accès des tribunaux dont on a fait mention précédemment, un membre du public qui se présenterait au greffe et demanderait à voir un dossier de la Cour visé par une interdiction de publication serait autorisé à consulter le contenu du dossier.

[82] Si une personne peut assister à l'audience et examiner le dossier, je ne vois aucune raison de rejeter une demande en vue d'obtenir une copie non expurgée d'un document qui ne fait pas l'objet d'une ordonnance de caviardage, de mise sous scellés ou d'anonymat.

[83] De plus, lorsque la Cour suprême du Canada a examiné l'objectif des interdictions de publication dans les procès pour agression sexuelle dans l'affaire *Canadian Newspapers*, elle a parlé de la nécessité de protéger les victimes du « traumatisme [...] si l'affaire recevait une grande publicité ». Elle a aussi parlé de la crainte des victimes « de la publicité ou de l'humiliation » (*Canadian Newspapers*, aux pages 130 et 132). Fournir un accès à un dossier de la Cour non expurgé ou fournir, sur demande, une copie d'une décision non expurgée ne peut être considéré comme une « grande publicité ».

[84] À mon avis, le terme « publier » dans le contexte des ordonnances d'interdiction de publication rendues par les juges militaires en vertu du paragraphe 486(3) du *Code criminel* doit être interprété comme signifiant une interdiction de diffuser l'information au grand public ou, autrement dit, de fournir un accès généralisé à l'information, par écrit ou par Internet.

[85] Toute autre conclusion rendrait absurde la distinction entre les différentes formes de mesures de protection comme les ordonnances de caviardage, les interdictions de publication, les ordonnances de mise sous scellés



would be left with the difficult task of interpreting the scope of the publication bans and what protective relief was intended by the judges when the publication bans were ordered. Also, keeping in mind that the bans relate not only to the identity of the complainants but to all the information which could lead to their identification, I am left to wonder how, in practical terms, the publication bans would be managed at an operational level and in particular, whether the identifying information would be removed prior to being put on the Court record or only when someone asks to review the Court record. In the latter case, the responsibility of determining what information would need to be redacted would again be left to court registry officers.

[86] I note that the word “publish” was interpreted by the Supreme Court of Canada in *FN. (Re)*, 2000 SCC 35, [2001] 1 S.C.R. 880 (*FN*). There, the appellant, a young person under the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1 (YOA) [repealed by S.C. 2002, c. 1, s. 199], had applied to the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, for an order of prohibition on the ground that the Youth Court had acted in excess of its jurisdiction by routinely providing school boards with a photocopy of its docket. The Supreme Court of Canada reviewed the provisions of the YOA and, in discussing the need for confidentiality in young offender matters, the Court noted that the YOA created two distinct but mutually reinforcing regimes to control information concerning a young offender. The first set of provisions commencing at subsection 38(1) established a general prohibition that “no person shall publish by any means any report” identifying a young offender with an offence or proceeding under the YOA. The second regime, in sections 40 to 44, applied to the maintenance and use of Court records. The Court found that the word “publish” used in subsection 38(1) of the YOA should receive a purposive interpretation and that it included sharing the controlled information with the community or any part thereof not authorized to receive it. The Court found that the communication would have to be more tightly tailored to comply with the non-disclosure provisions of the YOA than by way of the general distribution of all dockets to all school boards.

et les ordonnances d’exclusion. Les agents du greffe auraient la difficile tâche d’interpréter la portée des interdictions de publication et les intentions des juges lorsqu’ils rendent de telles ordonnances. De plus, en gardant à l’esprit que les interdictions touchent non seulement l’identité des plaignants, mais aussi tous les renseignements qui permettraient de les identifier, je me demande comment, en termes pratiques, seraient gérées les interdictions de publication sur le plan opérationnel et, plus particulièrement, si les renseignements permettant d’identifier les personnes seraient supprimés avant d’être ajoutés au dossier de la Cour ou seulement lorsque quelqu’un demanderait à consulter le dossier. Dans ce dernier cas, la responsabilité de décider quels renseignements doivent être expurgés reviendrait une fois de plus aux agents du greffe.

[86] Je souligne que le terme « diffuser » a été interprété par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *FN. (Re)*, 2000 CSC 35, [2001] 1 R.C.S. 880 (*FN*). Dans cette affaire, l’appelant, un adolescent aux termes de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1 (la LJC) [abrogée par L.C. 2002, ch. 1, art. 199], a présenté une demande à la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve en vue d’obtenir une ordonnance d’interdiction au motif que le tribunal pour adolescents avait outrepassé sa compétence en fournissant régulièrement une copie de son dossier aux commissions scolaires. La Cour suprême du Canada a examiné les dispositions de la LJC et, en ce qui a trait à la nécessité de confidentialité dans les affaires touchant les jeunes contrevenants, la Cour a souligné que la LJC avait établi deux régimes distincts, mais qui se renforcent mutuellement, pour contrôler les renseignements concernant les jeunes contrevenants. Le premier ensemble de dispositions commençant au paragraphe 38(1) établit une interdiction générale « de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu » permettant de lier un jeune contrevenant à une infraction ou à des procédures prévues par la LJC. Le second régime, établi par les articles 40 à 44, s’applique à la tenue et à l’utilisation des dossiers de la Cour. La Cour a conclu que le terme « diffuser » utilisé au paragraphe 38(1) de la LJC devait être interprété en fonction de l’objet visé et que le terme comprenait la communication de renseignements protégés à une collectivité ou à une partie d’une collectivité qui n’est pas autorisée à les recevoir. La

[87] I do not believe that the Supreme Court of Canada’s interpretation of the term “publish” in the *FN* case can be imported into this case. In interpreting the word “publish”, the Court explicitly stated that it was in the context of the YOA. The YOA clearly distinguished between the concepts of publication and access to court records. In particular, section 44.1 of the YOA specifically provided that any record dealing with matters arising out of the proceedings under the YOA would be made available for inspection only to those persons identified in the provision. In all other cases, judicial authorization was required. In addition, subsection 46(1) explicitly provided that no record kept pursuant to sections 40 to 43 of the YOA could be made available for inspection, and no copy, print or negative thereof or information contained therein could be given to any person where to do so would serve to identify the young person. The *Criminal Code* provisions relating to publication bans in proceedings involving sexual offences do not provide any such limitations on access to court records.

[88] The AGC also relied on a number of other decisions in support of its argument that the concept of “publication” includes providing access to an unredacted decision in a public court record.

[89] One of them is the *Twitchell* decision referred to above. In that case, the Crown brought an application for a sealing order and publication ban of certain court materials on file. The application was opposed by the media. The Alberta Court of Queen’s Bench observed that a sealing order was more intrusive than a publication ban and that it should be used as an exceptional remedy as opposed to a publication ban which could be considered a more limited intrusion into the open court principle (paragraph 24). The Court added that a publication ban does not deny the media or private individuals the opportunity to observe and scrutinize court

Cour a conclu que la diffusion, pour être conforme aux dispositions de la LJC interdisant la communication des renseignements, devrait être plus étroitement ajustée qu’une diffusion générale de tous les rôles à toutes les commissions scolaires.

[87] Je ne crois pas que l’interprétation du terme « diffuser » faite par la Cour suprême du Canada dans l’affaire *FN* puisse être appliquée en l’espèce. En interprétant le terme « diffuser », la Cour a explicitement indiqué que c’était dans le contexte de la LJC. La LJC établissait clairement une distinction entre les concepts de publication et d’accès aux dossiers de la Cour. En particulier, l’article 44.1 de la LJC prescrivait que tout dossier traitant de questions relatives à des procédures intentées dans le cadre de la LJC pourrait être consulté uniquement par les personnes nommées dans l’article. Dans tous les autres cas, une autorisation judiciaire était nécessaire. De plus, le paragraphe 46(1) prescrivait explicitement qu’il est interdit de donner accès pour consultation à un dossier conservé en application des articles 40 à 43 de la LJC ou de remettre des reproductions, des épreuves ou des négatifs de celui-ci ou des renseignements qu’il contient, lorsque l’accès ou la remise permettrait d’identifier l’adolescent. Les dispositions du *Code criminel* relatives aux interdictions de publication dans les instances concernant des infractions de nature sexuelle ne contiennent aucune restriction de ce type concernant l’accès aux dossiers de la Cour.

[88] Le PGC s’est aussi appuyé sur d’autres décisions pour soutenir son argument selon lequel le concept de « publication » inclut le fait de donner accès à une décision non expurgée dans un dossier public de la Cour.

[89] L’une d’elles est la décision *Twitchell*, précitée. Dans cette affaire, la Couronne a déposé une demande en vue d’obtenir une ordonnance de mise sous scellés et une interdiction de publication concernant certains documents de la Cour au dossier. Les médias se sont opposés à la demande. La Cour du banc de la Reine de l’Alberta a fait l’observation qu’une ordonnance de mise sous scellés était plus intrusive qu’une interdiction de publication et qu’elle ne devrait être utilisée que comme mesure exceptionnelle, par opposition à l’interdiction de publication qui pouvait être considérée comme une intrusion plus limitée dans le principe de la publicité

proceedings; it only restricts the capacity of those parties to communicate their observations to others (paragraph 25). The Court found that the identity of witnesses and a complainant along with their personal information should be protected and that the highest level of protection in the nature of a sealing order was appropriate in that case (paragraph 44). The Court observed however that the correct phraseology was not a sealing order. In fact, there was a less intrusive way in which the names, phone numbers, addresses, careers and occupations and other personal identifying information could be protected and that was “by simply redacting this information from the materials before they become available to those with interest” (paragraph 45).

[90] While this decision affirms the importance of the privacy interests of complainants, in my view, it reinforces the argument that publication bans are distinct from redaction or sealing orders and that publication bans are not intended to prevent access to the sensitive information. It also confirms that trial judges have a number of measures at their disposal to limit the open court principle when other interests might be as important to protect.

[91] The AGC also relied upon *D.M. (S.) v. R.*, 2002 ABQB 1132, 329 A.R. 93 (CanLII), which I find to be equally unpersuasive. In that case, the Alberta Court of Queen’s Bench found that it was not required to order a publication ban in a civil suit because the publication ban ordered in the context of the criminal proceedings was still in effect and that it would be sufficient to put a note on file in the civil proceedings concerning the publication ban in effect. While I agree that this decision [at paragraph 6] recognizes the public objective of encouraging victims to come forward “without fear of being publicly embarrassed or humiliated”, it does not stand for the proposition that publication bans prohibit obtaining access to an unredacted decision.

des débats judiciaires (paragraphe 24). La Cour a ajouté qu’une interdiction de publication n’empêche pas les médias ou les particuliers d’observer et d’examiner les procédures des tribunaux; elle interdit seulement à ces parties de communiquer leurs observations à d’autres (paragraphe 25). La Cour a conclu qu’il fallait protéger l’identité de témoins et d’un plaignant, de même que leurs renseignements personnels, et que le plus haut degré de protection, sous la forme d’une ordonnance de mise sous scellés, était approprié en l’espèce (paragraphe 44). La Cour a toutefois indiqué que l’ordonnance de mise sous scellés n’était pas le bon terme. En fait, il existait un moyen moins intrusif de protéger les noms, les numéros de téléphone, les adresses, les métiers et les emplois et autres renseignements personnels permettant d’identifier une personne et c’était [TRADUCTION] « en expurgeant simplement ces renseignements des documents avant que les personnes intéressées ne puissent y avoir accès » (paragraphe 45).

[90] Alors que cette décision souligne l’importance de la confidentialité des plaignants, à mon avis, elle renforce l’argument selon lequel les interdictions de publication se distinguent des ordonnances de caviardage ou de mise sous scellés et que les interdictions de publication n’ont pas pour but d’empêcher l’accès à des renseignements de nature délicate. Elle confirme aussi que les juges aux procès ont à leur disposition un certain nombre de mesures pour restreindre le principe de la publicité des débats judiciaires lorsqu’il peut également être important de protéger d’autres intérêts.

[91] Le PGC s’est aussi appuyé sur la décision *D.M. (S.) v. R.*, 2002 ABQB 1132, 329 A.R. 93 (CanLII), que je considère également non convaincante. Dans cette affaire, la Cour du banc de la Reine de l’Alberta a conclu qu’il n’était pas nécessaire d’ordonner une interdiction de publication dans une instance civile, parce que l’interdiction de publication ordonnée dans le contexte d’une procédure criminelle était toujours en vigueur, et qu’il suffirait de mettre une note au dossier de la procédure civile concernant l’interdiction de publication en vigueur. Même si je conviens que cette décision [au paragraphe 6] reconnaît l’objectif public qui est d’encourager les victimes à se manifester [TRADUCTION] « sans craindre d’être humiliées ou embarrassées publiquement », elle n’appuie pas la proposition

[92] Finally, the AGC relied on two other decisions emanating from the British Columbia Supreme Court to support its argument that publication bans prohibit providing access to unredacted documents disclosing the identity of complainants. First, in *McClelland, Woods, et al. v. Stewart, Asplin, et al.*, 2006 BCSC 1948, the plaintiff was seeking access to documents during examinations for discovery in a civil action involving sexual assault allegations. In particular, the plaintiff sought to obtain Royal Canadian Mounted Police (RCMP) files respecting a number of complainants or witnesses in the criminal proceedings against the defendant and over whom publication bans were ordered pursuant to section 486 of the *Criminal Code*. The plaintiff's counsel also sought an order to vary the publication bans. The Court found that the information contained in the RCMP files regarding the identity of the unknown complainants or witnesses fell under the protection of the publication bans and that if the RCMP were free to provide access to information that could identify a complainant or a witness to third parties, the object of section 486 would be defeated. The Court ordered that the files could be inspected by counsel in a redacted format preventing identification.

[93] The second decision is *The British Columbia College of Teachers v. British Columbia (Attorney General)*, 2010 BCSC 847, 320 D.L.R. (4th) 466. The College was seeking to obtain a copy of the transcript of a preliminary inquiry held in relation to charges against the respondent. It wanted to use the transcript in disciplinary proceedings against the respondent, a former member of the College. Two publication bans had been imposed by the Judge who had presided over the preliminary inquiry: the first, on the evidence pursuant to subsection 539(1) of the *Criminal Code* and the second, on any information that could identify the child complainant pursuant to subsection 486.4(2) of the *Criminal Code*. The parties had conceded that the publication ban in that case had to continue and the College had

selon laquelle les interdictions de publication empêchent d'obtenir l'accès à une décision non expurgée.

[92] Enfin, le PGC s'est appuyé sur deux autres arrêts émanant de la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour soutenir son argument selon lequel les interdictions de publication empêchent l'accès à des documents non expurgés divulguant l'identité des plaignants. Premièrement, dans l'arrêt *McClelland, Woods, et al. v. Stewart, Asplin, et al.*, 2006 BCSC 1948, la plaignante voulait obtenir l'accès à des documents durant les interrogatoires préalables d'une action au civil concernant des allégations d'agression sexuelle. En particulier, la plaignante voulait obtenir les dossiers de la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) relatifs à un certain nombre de plaignants ou témoins de la procédure criminelle contre le défendeur et pour laquelle des interdictions de publication avaient été ordonnées en vertu de l'article 486 du *Code criminel*. L'avocat de la plaignante demandait également une ordonnance pour modifier les interdictions de publication. La Cour a conclu que les renseignements que contenaient les dossiers de la GRC concernant l'identité de plaignants ou témoins inconnus étaient assujettis à la protection offerte par les interdictions de publication et que si la GRC était libre de fournir à des tiers l'accès à des renseignements pouvant permettre d'identifier un plaignant ou un témoin, cela contreviendrait à l'objet de l'article 486. La Cour a indiqué que l'avocat pourrait consulter une version expurgée des dossiers afin d'empêcher l'identification des personnes concernées.

[93] La seconde décision est l'arrêt *The British Columbia College of Teachers v. British Columbia (Attorney General)*, 2010 BCSC 847, 320 D.L.R. (4th) 466. Le Collège souhaitait obtenir une copie de la transcription d'une enquête préliminaire tenue en lien avec les accusations portées contre le défendeur. Il souhaitait utiliser la transcription dans une instance disciplinaire contre le défendeur, un ancien membre du Collège. Deux interdictions de publication avaient été imposées par le juge qui avait présidé l'enquête préliminaire : la première concernait les éléments de preuve en vertu du paragraphe 539(1) du *Code criminel*, et la deuxième concernait tout renseignement qui pourrait permettre d'identifier l'enfant plaignant en vertu du paragraphe 486.4(2) du *Code criminel*. Les parties

agreed to receive the transcript in a redacted format removing the complainant's name. Despite the petitioner's assurances it would not publish the transcript to which it was seeking access, the Court found that publication of any information to the College identifying the complainant would be publication in contravention of the publication ban. The Court ordered that the transcript not be released to the College until the Crown reviewed it and redacted information that could possibly identify the complainant.

[94] With respect, I do not consider these two authorities to be persuasive or binding upon this Court for the following reasons. It is unclear from the decisions whether the parties argued the open court principle and the distinction between the different forms of relief available to trial judges. More importantly however, in the end, both judges exercised their inherent jurisdiction and modified the terms of the publication bans by allowing the production of the documents in a redacted format. Unlike the judges in those two cases, the CMA does not have the inherent jurisdiction to modify the publication bans nor does she have the authority to redact information from the decisions in the absence of a judicial order permitting her to do so.

[95] Both in written submissions and in oral argument, the AGC argued that the open court principle does not include the right to communicate with the complainants directly and that it is exactly what a publication ban is intended to prevent. I do not consider that the CBC's intention to contact the named complainants impacts their right to obtain an unredacted copy of the court martial decisions or to access the court records. As explained by Justice MacPherson of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Citizen Group*, at paragraphs 60 and 61:

If an order coupling access to, but non-publication of, the names were made, Ms. Jaimet would learn the identities of the subjects of the search warrants. She could contact them, which is consistent with the news gathering

avaient admis que l'interdiction de publication en l'espèce devait se poursuivre et le Collège avait accepté de recevoir la transcription dans une version expurgée où n'apparaissait pas le nom du plaignant. Malgré l'assurance du requérant qu'il ne publierait pas la transcription à laquelle il voulait avoir accès, la Cour a conclu que la divulgation au Collège de tout renseignement qui lui permettrait d'identifier le plaignant constituerait une divulgation ne respectant pas l'interdiction de publication. La Cour a ordonné que la transcription ne soit pas communiquée au Collège jusqu'à ce que la Couronne l'ait révisée et ait expurgé les renseignements qui pourraient permettre d'identifier le plaignant.

[94] Avec tout mon respect, je ne crois pas que ces deux arrêts soient convaincants ni qu'ils lient la Cour, et ce, pour les raisons suivantes. Ces arrêts ne permettent pas clairement de dire si les parties s'appuyaient sur le principe de la publicité des débats judiciaires et la distinction entre les différentes formes de recours auxquelles les juges au procès avaient accès. Cependant, il est encore plus important de noter qu'en fin de compte, les deux juges ont exercé leur compétence inhérente et modifié les conditions des interdictions de publication en autorisant la production des documents dans un format expurgé. Contrairement aux juges dans ces deux affaires, l'ACM n'a pas le pouvoir inhérent de modifier les interdictions de publication ni le pouvoir d'expurger des renseignements des décisions en l'absence d'une ordonnance judiciaire l'autorisant à le faire.

[95] Dans ses observations écrites et pendant sa plaidoirie, le PGC a soutenu que le principe de la publicité des débats judiciaires n'inclut pas le droit de communiquer directement avec les plaignants et c'est exactement ce qu'une interdiction de publication a pour but d'empêcher. Je ne crois pas que le fait que la SRC ait l'intention de communiquer avec les plaignants nommés influe sur son droit d'obtenir une copie non expurgée des décisions des cours martiales ou d'accéder aux dossiers de la Cour. Comme l'a expliqué le juge MacPherson de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Ottawa Citizen Group*, aux paragraphes 60 et 61 :

[TRADUCTION] Si la Cour rendait une ordonnance autorisant l'accès aux noms, mais interdisant leur publication, M<sup>me</sup> Jaimet apprendrait l'identité des cibles des mandats de perquisition. Elle pourrait communiquer avec ces



role that is part of the constitutionally protected freedom of the press: see *Canadian Broadcasting Corporation*, *supra*, at para. 24. The press can contact any Canadian citizen in the investigation of a potential story.

The subjects of the search warrants would have to respond to the press contact. Their responses, presumably, could range across the spectrum from “Get off my property, I have nothing to say” to “I’m so glad to see you; do I have a story to tell; please come in”.

[96] In summary, in the absence of an order permitting the redaction, the sealing or the anonymization of the complainants’ identities when the initial publication bans were ordered, I conclude that the CMA had no authority, in her capacity as Administrator of the Office of the Chief Military Judge, to redact the information from the decisions and deny access to it.

#### (5) Application of the *Privacy Act*

[97] In responding to Ms. Houlihan on August 2, 2013, the CMA indicated the decisions under publication bans required extensive review before they were released to ensure compliance with federal legislation, including the *Privacy Act*.

[98] The CBC submits that the *Privacy Act* does not apply to courts martial, but even if it did, courts records, including decisions, would fall into an exception. The CMA is not listed in the schedule to the *Privacy Act* as one of the government institutions to whom it applies. The CMA’s Office is distinct from the Department of National Defence or the Canadian Forces and it would be inconsistent with the constitutional guarantee of institutional independence to fold the CMA’s Office into the Department of National Defence for the purposes of the *Privacy Act*. Doing so would give the Minister of National Defence control over the CMA’s records. The CBC also submits that if the *Privacy Act* applies to the CMA, it would also have to apply to other courts, including this Court. Even if the *Privacy Act* did apply, the release of the information requested in an unredacted format would be authorized pursuant to the exceptions

personnes, ce qui cadre avec le rôle de collecte d’information que suppose la liberté de presse garantie par la Constitution : voir *Société Radio-Canada*, précité, par. 24. La presse, lorsqu’elle enquête sur une affaire, peut communiquer avec tout citoyen canadien.

Les cibles des mandats de perquisition devraient répondre à la journaliste. Leurs réponses, je suppose, pourraient correspondre à toute la gamme possible de réponses, allant de « Sortez de chez moi, je n’ai rien à dire » à « Quel bonheur de vous voir, oui j’ai une histoire à raconter, veuillez entrer ».

[96] En résumé, en l’absence d’une ordonnance autorisant le caviardage ou la mise sous scellés de l’identité des plaignants, ou le maintien de leur anonymat, au moment où les interdictions de publication initiales ont été ordonnées, je conclus que l’ACM n’avait pas le pouvoir, en sa capacité d’administrateur du Cabinet du juge militaire en chef, d’expurger les renseignements des décisions et d’empêcher l’accès à ces décisions.

#### 5) Application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*

[97] En répondant à M<sup>me</sup> Houlihan le 2 août 2013, l’ACM a indiqué que les décisions visées par les interdictions de publication nécessitaient un examen approfondi avant d’être communiquées, afin de garantir le respect des lois fédérales, notamment la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[98] La SRC affirme que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s’applique pas aux cours martiales, et que même si elle s’appliquait, les dossiers de la Cour, y compris les décisions, relèveraient d’une exception. L’ACM n’apparaît pas dans la liste de l’annexe à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* où sont indiquées les institutions gouvernementales auxquelles la Loi s’applique. Le bureau de l’ACM est distinct du ministère de la Défense nationale ou des Forces canadiennes, et il serait contraire à l’indépendance institutionnelle garantie par la Constitution d’intégrer le bureau de l’ADM au sein du ministère de la Défense nationale pour les besoins de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Agir ainsi donnerait au ministère de la Défense nationale le contrôle sur les dossiers de l’ACM. La SRC affirme également que si la *Loi sur la protection des renseignements*



found in paragraphs 8(2)(a), 8(2)(b), 8(2)(m) and subsection 69(2) of the *Privacy Act*. In support of its argument, the CBC relies on the decision of the Public Servants Disclosure Protection Tribunal in *El-Helou v. Courts Administration Service*, 2012 CanLII 30713 (P.S.D.P.T.) (*El-Helou*).

[99] The AGC submits that the *Privacy Act* applies to the Office of the Chief Military Judge, given that it is part of the Canadian Forces and that the obligations under the statute apply to all government institutions, which include the Department of National Defence and the Canadian Forces. The CMA, as a member of that Office is subject to the same chain of command and is therefore subject to the same obligations under the *Privacy Act*. As such, the CMA has the obligation to protect the personal information of the complainants. The existence of the publication bans, combined with the principles of the *Privacy Act*, justified the CMA's decision to protect the identity of the complainants. The AGC further argues that none of the exceptions advanced by the CBC apply to the disclosure of the complainants' identities.

[100] In my view, the *Privacy Act* does not support the CMA's interpretation that the identity of the complainants must be redacted and withheld from the CBC. While the protections under the *Privacy Act* may apply to the CMA's administration records which I need not decide, the *Privacy Act* provides an important exception to an institution's obligation to protect personal information. Pursuant to subsection 69(2) of the *Privacy Act*, the prohibition on the use and disclosure of personal information prescribed by sections 7 and 8 do not apply where the information is available to the public. In rejecting an argument that the *Privacy Act* required the record of a quasi-judicial proceeding be kept confidential in *El-Helou*, Justice Martineau, in his capacity as

*personnels* s'applique à l'ACM, il faudrait aussi qu'elle s'applique à d'autres tribunaux, y compris notre Cour. Même si la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'appliquait, la communication des renseignements demandés sous une forme non expurgée serait autorisée en vertu des exceptions prévues aux alinéas 8(2)a), 8(2)b) et 8(2)m) et au paragraphe 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pour soutenir cet argument, la SRC s'appuie sur la décision du Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs dans l'affaire *El-Helou c. Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2012 CanLII 30713 (T.P.F.D.) (*El-Helou*).

[99] Le PGC affirme que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique au Cabinet du juge militaire en chef, étant donné qu'il fait partie des Forces canadiennes et que les obligations aux termes de la *Loi* s'appliquent à toutes les institutions gouvernementales, ce qui inclut le ministère de la Défense nationale et les Forces canadiennes. L'ACM, à titre de membre de ce cabinet, est assujéti à la même chaîne de commandement et, par conséquent, aux mêmes obligations en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Ainsi, l'ACM a l'obligation de protéger les renseignements personnels des plaignants. L'existence des interdictions de publication, combinée aux principes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, justifiait la décision de l'ACM de protéger l'identité des plaignants. Le PGC affirme en outre qu'aucune des exceptions avancées par la SRC ne s'applique à la divulgation de l'identité des plaignants.

[100] À mon avis, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne soutient pas l'interprétation de l'ACM selon laquelle les noms des plaignants doivent être expurgés et ne doivent pas être communiqués à la SRC. Même si les protections prévues par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* peuvent s'appliquer aux dossiers administratifs de l'ACM sur lesquels je n'ai pas à trancher, la *Loi sur la protection des renseignements personnels* prévoit une exception importante à l'obligation d'une institution de protéger les renseignements personnels. En vertu du paragraphe 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, l'interdiction relative à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels prévue

Chairman of the Public Servants Disclosure Protection Tribunal summarized his reasons for doing so as follows (at paragraphs 78–80):

The open court principle is a cornerstone of the Canadian legal system. It applies not only to the hearing itself, but may also apply to all of the proceedings prior to the hearing. It applies to pleadings, and in this proceeding, to the Application, the statement of particulars and supporting documents that are filed in accordance with this Act and the Tribunal Rules.

This principle can be limited in a few ways. For example, informer's privilege is unqualified and does not allow the court to exercise its discretion. It may also be limited by statute. Generally however, the court may exercise its discretion to limit the open court principle by applying its discretion according to the test in *Dagenais/Mentuck*. Therefore, the decision-maker would exercise his or her discretion, in its consideration of a variety of protective orders that limit access to information in the context of a proceeding. The open court principle applies to this Tribunal and it will exercise its discretion to determine whether or not the principle should be limited.

The *Privacy Act* cannot have the effect of limiting the scope of the open court principle in these proceedings. Exceptions under the *Privacy Act* apply: the exception pertaining to consistent use (subparagraph 8(2)(a)); the exception pertaining to a purpose in accordance with an Act of Parliament or regulation made thereunder (subparagraph 8(2)(b)); and the exception pertaining to public interest (subparagraph 8(2)(m)). Due to the *Charter* protected open court principle and its application to the Tribunal, personal information that is obtained in the context of this Tribunal's quasi-judicial functions is otherwise available to the public. Therefore, the broad exception under subsection 69(2) of the *Privacy Act* applies as well.

aux articles 7 et 8 ne s'applique pas aux renseignements personnels auxquels le public a accès. En rejetant, dans l'affaire *El-Helou*, l'argument selon lequel la *Loi sur la protection des renseignements personnels* exige que le dossier d'une procédure quasi judiciaire soit gardé confidentiel, le juge Martineau, en sa capacité de président du Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs, a résumé ses motifs de la façon suivante (aux paragraphes 78 à 80) :

Le principe de la publicité des débats judiciaires est une des pierres angulaires du système juridique canadien. Ce principe s'applique non seulement à l'audience elle-même, mais aussi à tout le déroulement de l'instance avant la tenue de l'audience. Il s'applique aux actes de procédure et, en l'espèce, à la demande, aux exposés des précisions et aux preuves à l'appui qui sont déposés conformément à la Loi et aux Règles.

Le principe de la publicité des débats judiciaires peut être limité de certaines manières. Par exemple, le privilège de l'indicateur de police jouit d'une protection absolue et n'accorde aucune latitude aux tribunaux. Le principe peut aussi être restreint par la loi. Toutefois, les tribunaux exercent habituellement leur pouvoir discrétionnaire de limiter la publicité des débats judiciaires en appliquant le critère *Dagenais/Mentuck*. Ainsi, lorsqu'on demande à un décideur de rendre diverses ordonnances conservatoires qui limiteraient l'accès à des renseignements dans une instance, celui-ci exerce son pouvoir discrétionnaire. Le principe de la publicité des débats judiciaires s'applique au Tribunal, et ce dernier doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour décider s'il convient de limiter ce principe.

La LPRP ne saurait limiter la portée du principe de la publicité des débats judiciaires dans la présente instance. Des exceptions prévues à la LPRP s'appliquent en l'espèce : l'exception de l'usage compatible avec les fins auxquelles les renseignements ont été recueillis (alinéa 8(2)a)), l'exception de la communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou leurs règlements (alinéa 8(2)b)) et l'exception des raisons d'intérêt public (alinéa 8(2)m)). Compte tenu du principe de la publicité des débats judiciaires, qui est protégé par la Charte, et du fait que ce principe s'applique au Tribunal, les renseignements personnels qui sont obtenus par le Tribunal dans le cadre de ses fonctions quasi judiciaires sont publics. Par conséquent, l'exception importante qui est prévue au paragraphe 69(2) de la LPRP s'applique elle aussi.

[101] The Federal Court of Appeal also considered the “publicly available” exception in subsection 69(2) of the *Privacy Act* in *Lukács v. Canada (Transport, Infrastructure and Communities)*, 2015 FCA 140, 386 D.L.R. (4th) 163. The applicant in that case, a passenger rights advocate, sought access to unredacted documents with identifying information that were part of the record in a quasi-judicial dispute resolution process. In responding to the applicant, the respondents recognized that it was subject to the open court principle but asserted that unlike courts of law, the application of the principle was circumscribed by the provisions of the *Privacy Act*. Before providing the requested materials, the respondents removed those portions which contained personal information pursuant to section 3 of the *Privacy Act*. The applicant contended that because the requested documents had been placed on the respondents’ public record, they were publicly available and as such, the prohibition on disclosure in subsection 8(1) of the *Privacy Act* did not apply to the request by virtue of subsection 69(2) of the *Privacy Act*. The Federal Court of Appeal found the applicant’s contention to be persuasive and that the applicant was entitled to receive the documents he requested.

[102] As stated earlier in these reasons, courts martial are presumptively public pursuant to subsection 180(1) of the NDA. By extension, so are court martial records. Given my conclusion regarding the purpose and the scope of the publication bans ordered in 2004 and, in the absence of a redaction, sealing or anonymity order, the information the CMA wishes to protect is part of the public record and as such, falls within the meaning of the exception contained in subsection 69(2) of the *Privacy Act*.

[101] Dans l’affaire *Lukács c. Canada (Transport, Infrastructure et Collectivités)*, 2015 CAF 140, la Cour d’appel fédérale s’est aussi penchée sur l’exception concernant les renseignements « auxquels le public a accès » prévue au paragraphe 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. En l’espèce, le demandeur, un défenseur des droits des passagers, demandait l’accès à des documents non expurgés contenant des renseignements permettant d’identifier des personnes et qui faisaient partie du dossier relatif à une instance de règlement d’un différend quasi judiciaire. Dans leur réponse au demandeur, les défendeurs ont reconnu qu’il leur fallait respecter le principe de la publicité des débats judiciaires. Ils ont toutefois fait valoir que dans leur cas, à la différence des tribunaux judiciaires, l’application du principe était circonscrite par les dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Avant de fournir les documents demandés, les défendeurs ont retiré les parties qui contenaient des renseignements personnels, en application de l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le demandeur affirmait que puisque les documents demandés avaient été versés dans les archives publiques des défendeurs, le public avait accès à ces documents et, de ce fait, l’interdiction de communication prévue au paragraphe 8(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s’appliquait pas à sa demande, en vertu du paragraphe 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. La Cour d’appel fédérale a conclu que l’argument du demandeur était convaincant et que ce dernier était autorisé à recevoir les documents demandés.

[102] Conformément à ce qui a été mentionné précédemment dans les présents motifs, les débats des cours martiales sont présumés publics, en vertu du paragraphe 180(1) de la LDN. Par extension, les dossiers des cours martiales le sont aussi. Compte tenu de ma conclusion concernant l’objectif et la portée des interdictions de publication ordonnées en 2004 et de l’absence d’une ordonnance de caviardage, de mise sous scellés ou d’anonymat, les renseignements que l’ACM souhaite protéger font partie du dossier public et, à ce titre, relèvent de l’exception prévue au paragraphe 69(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[103] On a final note, I consider the CMA's interpretation to be untenable. Personal information is defined in section 3 of the *Privacy Act* and it extends beyond just simply a name. If the disclosure prohibitions under the *Privacy Act* applied, the CMA would be required not only to redact a complainant's personal information, but also personal information in relation to all participants in the proceedings, including the witnesses and the accused. The exemptions in the *Privacy Act*'s sister statute, the *Access to Information Act*, R.C.S., 1985 c. A-1, would also require consideration in the redaction process.

[104] In summary, I see no basis upon which to conclude that the *Privacy Act* prohibitions on the use and disclosure of personal information would apply to court martial decisions.

#### D. Remedies

[105] In its notice of application for judicial review, the CBC seeks: (1) an order setting aside the decision of the CMA refusing to provide unredacted copies of the court martial decisions identified in the appendix to the application; (2) a direction that the CMA provide the CBC with unredacted copies of the requested court records; and (3) a declaration that the *Privacy Act* does not apply to the requested court records or to the records of other courts martial, including any decisions, transcripts, audio recordings or exhibits of a court martial.

[106] In oral argument, the CBC explained that the declaratory relief it was seeking consisted of two parts and proposed wording to that effect: first, that the *Privacy Act* does not apply to the Court records, including decisions, transcripts, exhibits or other records of courts martial as administered by the CMA and perhaps the Chief Military Judge and secondly, that upon request by a member of the public, the CMA release copies of

[103] En conclusion, je juge que l'interprétation de l'ACM n'est pas défendable. L'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* définit les renseignements personnels, et ils englobent plus que le simple nom d'une personne. Si les interdictions de divulgation prévues en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'appliquaient, l'ACM devrait expurger non seulement les renseignements personnels au sujet du plaignant, mais aussi les renseignements personnels concernant tous les participants à l'instance, y compris les témoins et l'accusé. Les exceptions prévues à la loi sœur de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, soit la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, exigeraient également que l'on tienne compte du processus de caviardage.

[104] En résumé, je ne vois rien qui puisse me permettre de conclure que les interdictions sur l'usage et la divulgation des renseignements personnels prévues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pourraient s'appliquer aux décisions des cours martiales.

#### D. Mesures de réparation

[105] Dans son avis de demande de contrôle judiciaire, la SRC demande : 1) une ordonnance annulant la décision de l'ACM de refuser de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiales indiquées dans l'annexe à sa demande; 2) une directive pour que l'ACM fournisse à la SRC des copies non expurgées des dossiers de la Cour demandés; 3) une déclaration selon laquelle la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas aux dossiers de la Cour demandés ou aux dossiers des cours martiales, y compris les décisions, transcriptions, enregistrements audio ou pièces d'une cour martiale.

[106] Dans sa plaidoirie, la SRC a expliqué que le jugement déclaratoire qu'elle demande est constitué de deux parties et a proposé un libellé en ce sens : premièrement, que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'applique pas aux dossiers de la Cour, y compris les décisions, transcriptions, pièces ou autres dossiers des cours martiales administrés par l'ACM et peut-être le juge militaire en chef et, deuxièmement, que

all decisions and transcripts or audio recordings of the hearings, in an unredacted format, absent any sealing order made by the military judge, on notice to the media and in compliance with the open court principle.

[107] The AGC's position is that it would be inappropriate for this Court to tell another court how it should deal with requests for documents which form part of that court's records. Moreover, the AGC submits that 8 out of the 14 decisions did not include redactions and cannot be subject to a direction.

[108] I do not find this to be a proper case for declaratory relief notwithstanding my conclusion that the CMA's refusal to provide unredacted copies of the requested court martial decisions to be unlawful. I agree with the AGC that it would be inappropriate for this Court to impose upon the Office of the Chief Military Judge a way of proceeding when dealing with requests for information. Each court has jurisdiction over its own records. This includes the responsibility of ensuring that access to the records conforms to applicable laws and to the constitutional guarantees 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].

[109] I also consider a declaration regarding the application of the *Privacy Act* to be unnecessary. Courts often make findings on the applicability of statutes in their reasons without having recourse to declaratory relief. Depending on the level of court, such findings may or may not have any binding effect.

[110] In terms of mandatory relief, the CBC relies on the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon*, 2013 FCA 55, 2 C.R. (7th) 212, at paragraph 14, where the Court found that a mandatory order could be issued where there was only a single legal avenue available that the Court had to enforce. As stated above, the CBC is

sur demande d'un membre du public, l'ACM communique aux médias, sur avis, des copies de toutes les décisions et transcriptions, ou des enregistrements audio des audiences, dans un format non expurgé, en l'absence de toute ordonnance de mise sous scellés rendue par le juge militaire, et en conformité avec le principe de publicité des débats judiciaires.

[107] La position du PGC est qu'il ne serait pas approprié que la Cour dise à un autre tribunal comment elle devrait traiter les demandes d'accès à des documents qui font partie des dossiers de la Cour. En outre, le PGC affirme que 8 des 14 décisions ne comportent aucun caviardage et ne peuvent faire l'objet d'une directive.

[108] Je ne crois pas qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où un jugement déclaratoire serait indiqué, nonobstant ma conclusion selon laquelle le refus de l'ACM de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiales demandées est illégitime. Je suis d'accord avec le PGC qu'il serait inapproprié que la Cour impose au Cabinet du juge militaire en chef une façon de faire lorsqu'il doit traiter de demandes d'accès à l'information. Chaque tribunal a compétence sur ses propres archives ou dossiers. Cela inclut la responsabilité de s'assurer que l'accès aux dossiers respecte les lois applicables et la garantie constitutionnelle 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].

[109] Je juge également qu'une déclaration concernant l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* n'est pas nécessaire. Les tribunaux tirent souvent des conclusions sur l'applicabilité des lois dans leurs motifs, sans avoir recours à un jugement déclaratoire. Selon le tribunal, de telles conclusions auront ou non un effet exécutoire.

[110] En ce qui concerne la réparation impérative, la SRC s'appuie sur la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon*, 2013 CAF 55, au paragraphe 14, où la Cour a conclu qu'une ordonnance impérative peut être rendue quand la Cour ne dispose que d'un seul recours juridique pour faire appliquer la



requesting a direction that the CMA will provide the CBC with unredacted copies of requested courts records.

[111] I consider the direction requested by the CBC to be beyond the scope of the CBC's requests to the CMA. Ms. Houlihan initially requested a decision and transcript in a particular court martial file. She received a redacted copy of the decision. When asked whether she still required a copy of the transcript, she indicated that it was not necessary at that time. When she requested the 14 court martial decisions, she did not request the transcript of the proceedings. Out of the 14 decisions, 8 contained no redactions. The CBC then requested the decision and transcript or audio recording in another court martial file from the Office of the Chief Military Judge. That decision was not included in the list of decisions which are set out in the CBC's appendix to the notice of application. Upon review of the requests made and responses received, it is my understanding that all that remains outstanding are the 6 decisions in which redactions were made. I also consider the request to be insufficiently defined as no evidence was adduced as to what in fact comprises the "record" of the courts martial. Accordingly, I am not prepared to issue the order requested by the CBC.

[112] I now turn to the CBC's request that the CMA's decision refusing to provide unredacted copies of the court martial decisions identified in the appendix to the application be set aside. Even though I have characterized the CMA's refusal as "ongoing conduct" for the purposes of determining whether the application was brought late, I am nonetheless of the view that the CMA's decision to provide redacted copies of the decisions in six courts martial communicated to the CBC on March 26, 2014 can and should be set aside. I am also of the view that the matter should be returned to the CMA for redetermination in accordance with these reasons given the absence of evidence regarding the circumstances under which the publication bans were ordered and the existence of other protective orders.

loi. Comme il a été mentionné précédemment, la SRC demande une directive pour que l'ACM fournisse à la SRC des copies non expurgées des dossiers de la Cour demandés.

[111] Je juge que la directive demandée par la SRC dépasse la portée des demandes de la SRC à l'ACM. M<sup>me</sup> Houlihan a au départ demandé une décision et une transcription d'un dossier particulier de la cour martiale. Elle a reçu une copie expurgée de la décision. Quand on lui a demandé si elle avait toujours besoin d'une copie de la transcription, elle a indiqué qu'elle n'était pas nécessaire à ce moment-là. Quand elle a demandé les 14 décisions des cours martiales, elle n'a pas demandé la transcription des débats. Sur les 14 décisions, 8 n'avaient pas été expurgées. La SRC a ensuite demandé au Cabinet du juge militaire en chef la décision et la transcription ou l'enregistrement audio d'un autre dossier de la cour martiale. Cette décision n'était pas incluse dans la liste des décisions établie dans l'annexe de l'avis de demande déposé par la SRC. Après avoir examiné les demandes présentées et les réponses reçues, je comprends que tout ce qui manque, ce sont les 6 décisions où des passages ont été supprimés. Je juge également que la demande n'est pas suffisamment bien définie, puisqu'aucun élément de preuve n'a été déposé pour expliquer ce qui constitue en fait le « dossier » des cours martiales. Par conséquent, je ne suis pas prête à rendre l'ordonnance demandée par la SRC.

[112] J'en arrive maintenant à la demande de la SRC pour que soit annulée la décision de l'ACM de refuser de fournir des copies non expurgées des décisions des cours martiales indiquées dans l'annexe de sa demande. Même si j'ai qualifié le refus de l'ACM de « pratique continue » dans mon analyse en vue d'établir si la demande a été déposée en retard, je suis tout de même d'avis que la décision de l'ACM de fournir des copies expurgées des décisions dans six instances des cours martiales communiquées à la SRC le 26 mars 2014 peut et doit être annulée. Je suis également d'avis que l'affaire doit être renvoyée à l'ACM pour un réexamen conformément aux présents motifs, étant donné l'absence d'éléments de preuve concernant les circonstances en vertu desquelles les interdictions de publication ont été ordonnées et l'existence d'autres mesures de protection.



[113] For all the reasons above, the application for judicial review is allowed.

[113] Pour tous les motifs qui précèdent, la demande de contrôle judiciaire est accueillie.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is allowed.
2. The decision of the Court Martial Administrator refusing to provide unredacted copies of the six court martial decisions communicated to the Canadian Broadcasting Corporation on March 26, 2014 is hereby set aside and the matter is returned to the Court Martial Administrator for redetermination in accordance with these reasons.
3. Upon agreement by the parties themselves, each party shall bear its own costs.

#### JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision de l'administrateur des cours martiales de fournir des copies expurgées des six décisions des cours martiales communiquées à la Société Radio-Canada le 26 mars 2014 est ainsi annulée et l'affaire est renvoyée à l'administrateur des cours martiales en vue d'un réexamen conformément aux présents motifs.
3. En vertu d'une entente entre les parties elles-mêmes, chaque partie doit assumer ses propres dépens.



# 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.**

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### EXCLUSION AND REMOVAL

#### *Inadmissible Persons*

Judicial review of decision denying application for criminal rehabilitation, admission to Canada — Applicant, citizen of China, having extensive criminal record — Marrying Canadian citizen in 2004 — Applying for criminal rehabilitation to be reunited with family in Canada — Application denied by Citizenship and Immigration (CIC) officer pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 36(3)(c) — Officer listing factors in favour, against applicant's rehabilitation — Concluding that applicant having long history of offences, recidivism, showing little or no remorse, not taking responsibility for his crimes — Whether officer's decision that applicant not criminally rehabilitated unreasonable — Officer's rehabilitation decision not withstanding judicial review — Not clear that formal inadmissibility finding ever properly made — No indication officer conducting thorough equivalency assessment — Preferable for inadmissibility determination to be made first before addressing question of rehabilitation — Officer failing to consider whether or not applicant will re-offend — Period for which applicant has been crime free necessary consideration in rehabilitation application — Officer failing to reasonably consider applicant's history from time of his last serious offence — Important to consider key factors in deciding criminal rehabilitation application such as nature of offence, circumstances under which offence committed, length of time which has lapsed — Here, officer not giving due consideration to those factors except for history of re-offending — Disproportionately focusing on applicant's past conduct, not properly considering positive factors present in application — Rehabilitation is forward looking — Question whether applicant likely to continue in this or similar conduct — To answer question, necessary to consider last ten years of applicant's life where he has not been involved in any criminal activity — Application for criminal rehabilitation referred back to different officer for reconsideration — Application allowed.

LAU V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-954-16, 2016 FC 1184, Mosley J., judgment dated October 24, 2016, 12 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Permanent Residents*

#### Humanitarian and Compassionate Considerations

Judicial review of immigration officer's decision denying applicant's application for permanent residence on humanitarian, compassionate grounds (H&C) — Applicants, mother (applicant), three minor children, citizens of both Grenada, St-Vincent and the Grenadines (St-Vincent) — Applicant's H&C application filed under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 25(1) based in part on applicant's psychological state — Officer not satisfied that country conditions in home countries, best interests of applicant's children, applicant's mental health condition warranting H&C exemption — Applicant arguing, *inter alia*, that officer's decision unreasonable because officer erring in assessment of expert reports regarding applicant's mental health — In analysis, officer considering several factors, in particular, psychotherapist, psychologist reports both indicating that applicant

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

having mental health issues caused by events in Grenada, St-Vincent — After analyzing factors, officer concluding that return of applicant, children to Grenada or St-Vincent feasible — Whether officer's assessment of evidence regarding principal applicant's mental health unreasonable — While officer not erring in finding that applicant not seeking treatment in Canada, in determining that treatments needed could be available in Grenada or St-Vincent, officer's analysis insufficient — When psychological reports available indicating that mental health of applicants would worsen if removed from Canada, officer must analyze hardship applicants would face if returned to country of origin — Officer cannot limit analysis to determination of whether mental health care available in country of removal — In present case, officer failing to consider whether applicant's mental condition would deteriorate if removed to Grenada or St-Vincent in accordance with Supreme Court of Canada decision in *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909 — In conclusion, officer's decision unreasonable since failing to analyze, weigh impact that removal from Canada would have on applicant's mental health in accordance with *Kanthasamy* — This failure sufficing to put officer's decision outside limits of possible, acceptable outcomes; justifying Court's intervention — Application allowed.

SUTHERLAND V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1513-16, 2016 FC 1212, Gascon J., judgment dated November 1, 2016, 16 pp.)

**INCOME TAX**

## CORPORATIONS

*Directors*

Appeals from Tax Court of Canada (T.C.C.) decisions (2014 TCC 254) — Appeals arising from two separate appeals from two separate assessments, both of which imposing liability on respondents on basis respondents directors — T.C.C. finding respondents having resigned as directors, setting aside Minister of National Revenue assessments — In 2001, respondents stating to spouses, owners of 1056922 Ontario Limited (105 Ltd.) intention to resign as directors — Respondent in first appeal (first respondent) instructing solicitor to draft resignations for both respondents but resignations never executed, never leaving law office — Later, spouse of respondent in second appeal (second respondent) instructing different lawyer to prepare resignation documents solely for second respondent — For five-year period, 105 Ltd. failing to remit payroll tax withholdings — *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 rendering directors of company failing to remit source deductions personally liable for unremitted amounts but directors may raise due diligence defence under Act, s. 227.1(3) — Respondents assessed for these liabilities — Respondents appealing tax assessments — T.C.C. concluding that preparation of draft letters of resignation, combined with fact respondents verbally communicating to spouses tendering resignations resulting in effective resignation — Alternatively, finding that if resignations not effective, first respondent having reasonable belief having resigned but not second respondent — Whether T.C.C. erring in finding that respondents resigned as directors of 105 Ltd., thus not personally liable for corporation's unremitted tax withholdings; whether T.C.C. erring in alternative finding first respondent having reasonable belief having resigned but not second respondent; whether T.C.C. erring in finding that, even if respondents directors, not exercising due diligence — T.C.C. erring in concluding that respondents resigning as directors — In absence of communication of written resignation to corporation, resignation not effective — On facts before T.C.C., respondents not resigning in 2001 — Pursuant to Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (OBCA), s. 121(2), director's resignation becoming effective at time written resignation received by corporation or at time specified in resignation — In present case, no written resignation received by 105 Ltd. within meaning of OBCA, s. 121(2) — Unsigned letters of resignation with no effective date found in solicitor's file thus T.C.C. erring in concluding that respondents' intention to resign satisfying necessary preconditions of effective resignation — Regarding reasonable belief in resignation, T.C.C. committing error on extricable question of law in finding that first respondent exercising due diligence — Director may be able to rely on reasonable belief in having resigned to ground due diligence defence but standard must be much higher than one applied by T.C.C. herein — Director's belief having resigned having no correspondence or connection to underlying purposes of OBCA, s. 121(2), emphasis on objectively verifiable communication of resignation to corporation — Due diligence defences arising only by virtue of Act, s. 227.1(3) — To satisfy s. 227.1(3) defence, director must establish turning attention to required remittances, exercising duty of care, diligence, skill with view to preventing failure by corporation to remit concerned amounts — T.C.C. not considering due diligence defence in light of established principles — Director cannot raise due diligence defence by relying on own indifferent or casual attitude to responsibilities — Reasonable director would insist on being satisfied that intention to resign effected — T.C.C. not erring in rejecting second respondent's due

**INCOME TAX—Concluded**

diligence defence — Finally, T.C.C. right to reject respondents' alternative argument that, even if still directors, exercising due diligence — Appeals allowed.

CANADA V. CHRISS (A-137-15; A-138-15, 2016 FCA 236, Rennie J.A., judgment dated September 22, 2016, 10 pp.)

**PRACTICE**

## CONFIDENTIALITY ORDERS

Motion by respondent for order of confidentiality pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 151 to permit respondent to file with Court copy of unredacted records at issue in underlying application for judicial review, restricting applicant's counsel from accessing unredacted records even upon execution of written undertaking pursuant to r. 152(2)(b) — Applicant seeking order to have access to unredacted records at issue — Underlying application involving consolidated applications for judicial review brought pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (ATIA), s. 41 in relation to requests by applicant to Canada Revenue Agency (CRA) for information, documentation provided by third parties to CRA in course of audit of applicant under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-14 — Applicant filing notices of objection with CRA in relation to notices of reassessment — Applicant's former accountant providing information, documentation to CRA during audit — Applicant delivering to CRA requests for records under ATIA to obtain information, answers, documents provided to CRA during course of audit — In response, CRA providing applicant with records redacted pursuant to several exemption provisions of ATIA, including ATIA, s. 24(1) — Whether respondent's request for confidentiality order allowing for unredacted records to be filed with Court should be granted; if so, whether Court should restrict access to confidential material such that applicant's counsel would not be permitted access to unredacted records even upon execution of written undertaking — Confidentiality order issued — R. 152 ensuring proper balance between openness, confidentiality — In determining whether to permit applicant's counsel access to confidential information at issue, general question to ask is what information is needed by counsel to permit intelligent debate on question of its disclosure; specifically, does counsel need unredacted records themselves or is summary or general description of nature of confidential information sufficient — ITA, s. 241 not clearly, unambiguously providing that disclosure of taxpayer information may not be made by Court to counsel for applicant — Not constituting complete prohibition on disclosure of unredacted records to counsel for applicant — Court therefore obligated to engage in exercise articulated in *Hunter v. Canada (Consumer and Corporate Affairs)*, [1991] 3 F.C. 186 to determine information needed by counsel for applicant to permit intelligent debate on question of its disclosure — Applicant improperly conflating arguments to be made to resist CRA's reassessments of applicant in notice of objection proceedings with arguments to be made by applicant on application for judicial review — Court not satisfied applicant meeting obligation to provide explanation as to why disclosure of unredacted records necessary — Counsel for applicant not requiring access to unredacted records — Description of nature of records, redacted information sufficient — Motion granted.

BRADWICK PROPERTY MANAGEMENT SERVICES INC. V. CANADA (NATIONAL REVENUE) (T-2161-15, 2016 FC 1056, Aylen P., order dated September 19, 2016, 29 pp.)

## CONSOLIDATION OF PROCEEDINGS

Motion by defendants Shire LLC, Shire Pharma Canada ULC asking Court to partially consolidate proceedings — Defendant Shire LLC owner of Canadian Patent No. 2547646 ('646 patent) said to cover defendant Shire Pharma Canada ULC's lisdexamfetamine dimesylate capsules sold under the name Vyvanse — Plaintiff Apotex serving respondent notice of allegation alleging invalidity of '646 patent — In response defendants filing application for prohibition order — Grounds for invalidity, non-infringement the same — In that regard, substantial commonality between facts at issue in both proceedings — At same time, significant differences between proceedings — Conducting such proceedings in parallel with action involving the same patent, product representing challenge for parties — Duplications, coordination issues arising from parallel proceedings affecting Court as well — Solution proposed by defendants through motion herein adopted in *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v Apotex Inc.*, 2013 FC 142 — Proceeding in same manner here significantly reducing duplications between two proceedings — Evidence would be adduced only once, *viva voce*, before Court — Arguments by plaintiff that defendants' proposal to consolidate proceedings causing plaintiff procedural or tactical prejudice unsubstantiated — All of plaintiff's rights protected — Defendants'

**PRACTICE**—Continued

proposal leading to savings of time, expense for both parties, representing most efficient, judicious use of Court's resources — Application in T-998-16 to be heard simultaneously by same judge as action in T-1056-16 — Motion allowed.

APOTEX INC. v. SHIRE LLC (T-1056-16, T-998-16, 2016 FC 1099, Tabib P., order dated October 3, 2016, 14 pp.)

## COSTS

*Security*

Appeal from Federal Court order (in docket T-1069-14 ) requiring appellant Crude Solutions Ltd (CSL) to post security for costs for \$195 785.70 before allowed to take further steps in Federal Court proceeding — After appellants commencing action against respondent in Federal Court for patent infringement, respondent bringing motion for order requiring CSL to post security for costs — Respondent not seeking security for costs from main shareholder Jason Swist — Main shareholder owning 90 percent of shares of CSL while spouse owning 10 percent of remaining shares — Federal Court considering *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 416, 417 in examining financial standing of CSL — Determining that neither CSL nor main shareholder having any assets that CSL could use to post security for costs — However, determining that spouse having some assets; therefore, ordering CSL to post security for costs — Whether Federal Court erring by determining that CSL not establishing being impecunious for purposes of Rules, r. 417 because minority shareholder existing who may have ability to provide funds to CSL to allow corporation to post amount as security for costs — In present case, undisputed that CSL satisfying condition in r. 416 since not having sufficient assets available in Canada to pay for respondent's costs if Court ordering so — Rules, r. 417 discretionary in that Court may refuse to order security if two conditions satisfied — Here, Federal Court determining first condition not satisfied; therefore, not determining whether discretion granted by r. 417 should have been exercised — Under r. 417, plaintiff having to demonstrate impecuniosity — Undisputed that CSL alone impecunious, that main shareholder not able to assist CSL financially — Federal Court stating that where corporate party having no assets, shareholder's ability to post security can be considered — However, statement too broad since assuming that all shareholders of company should be treated equally when determining whether company can look to shareholders for financial assistance — In deciding whether corporation impecunious, appropriate to distinguish shareholders who are manipulating corporation from those who are not — If corporation controlled by one person or group of persons, then appropriate to consider financial resources of person either controlling corporation or belonging to group of persons controlling corporation in determining whether corporation impecunious — However, if person minority shareholder, not part of group of shareholders controlling corporation, then circumstances relating to shareholder should be examined to determine if appropriate to consider financial resources of that person when determining if corporation impecunious — Percentage of shares held by minority shareholder important factor to consider — The smaller percentage of shares minority shareholder holding, the less likely it is that financial resources of such person should be considered in determining whether corporation impecunious — In present case, spouse owning only 10 percent of shares of CSL — Evidence showing spouse not paying for shares, not involved in business, not willing to provide necessary funds to allow CSL to post security for costs — In determining whether CSL impecunious, Federal Court erring in law in considering whether spouse in present circumstances could be sole source of amount CSL would be required to post as security for costs — CSL demonstrating being impecunious for purposes of Rules, r. 417 — Since Federal Court finding that CSL not impecunious, not considering second part of r. 417 dealing with merits of case — Matter therefore referred back to Federal Court to determine whether case having merit for purposes of r. 417, and if so, whether discretion provided in r. 417 should be exercised — Appeal allowed.

SWIST v. MEG ENERGY CORP. (A-453-15, 2016 FCA 283, Webb J.A., judgment dated November 15, 2016, 11 pp.)

## DISCONTINUED PROCEEDINGS

*Pending motions*

Motion for directions under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 54 as to status of appeal, vexatious litigant motion — In appeal at issue, respondents moving to declare appellant vexatious litigant pursuant to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act), s. 40 — Court issuing order preventing Registry from filing anything presented by appellant until appellant supplies proof that he has paid previous cost orders — Appellant submitting proof, notice of abandonment of his appeal to Registry — Respondents asserting in writing that appeal, motion to declare appellant vexatious litigant remaining alive — Court construing respondents' letter as motion seeking directions — Appellant's notice of abandonment not complying with Rules — Whether:



**PRACTICE—Concluded**

unconventional document filed by appellant discontinuing appeal; motion declaring appellant vexatious litigant still alive; Court able to answer questions at issue in motion for directions under Rules, r. 54 — Irregularity can be cured pursuant to Rules, r. 56 — Appellant's notice of abandonment in substance a notice of discontinuance under Rules, r. 166 — Therefore, appeal in case at bar ended, court file closed — Once proceeding ending by discontinuance, motions aimed at settling disputes within proceeding or advancing proceeding serving no further purpose — However, vexatious litigant motion not aimed at settling disputes within appeal or advancing appeal — Vexatious litigant motion broader than appeal herein, aiming to prevent appellant from continuing other existing proceedings or starting new proceedings without leave of Court — S. 40 providing that relief brought by application, not motion — Such application an application within meaning of Rules, r. 300 that can be prosecuted as an independent, stand-alone proceeding — Vexatious litigant motion therefore still existing — File having to be set up with motion placed in it — However, notice of motion not an originating document — Court curing irregularity on its own motion pursuant to Rules, r. 47 — Appropriate here to treat notice of motion as notice of application — Court ordering Registry to, *inter alia*, treat notice of motion under Act, s. 40 as notice of application, open new file for application — Appellant given new opportunity to respond to application record — Order issued accordingly.

OLUMIDE V. CANADA (A-201-16, 2016 FCA 287, Stratas J.A., order dated November 17, 2016, 13 pp.)

**TELECOMMUNICATIONS**

Judicial review of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Chairperson decisions dated September 23, 2015 establishing three panels to hear matters under *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11 — Applicant arguing: (1) decisions raising true questions of jurisdiction, thus reviewable on standard of correctness; (2) Chairperson not having authority to establish panels at issue herein — Court previously holding that Commission is presumed to have required expertise to resolve questions such as whether it is authorized to promulgate a Code with retrospective effect — This principle applying equally to decisions of the Chairperson of the Commission — Thus, decisions at issue reviewable on the standard of reasonableness — As to Chairperson's authority to establish panels, *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22 (CRTC Act), s. 6(2) stating that Chairperson "is the chief executive officer of the Commission, has supervision over and direction of the work and staff of the Commission and shall preside at meetings of the Commission" — Implicit in such a power is the "authority to assign cases and members to cases" — This implicit authority recognized in By-law No. 9 (authorized by CRTC Act, s. 12), By-law No. 26 (authorized by CRTC Act, s. 11) — Chairperson thus fully authorized to establish three panels at issue — Application dismissed.

SHOAN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-464-15, 2016 FCA 261, Dawson J.A., judgment dated October 24, 2016, 4 pp.)

**TRANSPORTATION**

Judicial review of decision by arbitrator concluding that applicant obligated to meet respondent's request to provide undisclosed number of rail cars at respondent's facilities — Applicant providing rail transportation to respondent — Parties failing to agree on contractual terms for 2015-2016 crop year — Arbitrator noting statutory obligations in *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (Act), s. 169.37 which require arbitrator to take into account several factors — Accepting that respondent captive to applicant's services — Concluding, *inter alia*, that applicant's unwillingness to supply sufficient cars should not impair respondent's growth — Of view that respondent having sufficient capacity to move amount of grain justifying number of cars requested — Concluding that applicant would not fail to meet service obligations to other shippers in order to satisfy respondent's needs — Arbitrator's decision unreasonable — Respondent relying on Canadian Transportation Agency (Agency) Letter Decision No. 2014-10-03 (*Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd v. Canadian National Railway Company*) wherein Agency set out broad principles relating to a railway company's obligation to provide adequate level of service under Act — However, Letter Decision No. 2014-10-03 not going as far as respondent maintaining — Overarching principle being that railway company must act reasonably: not expected to do impossible, but must show that it could not reasonably comply with shipper's request — Agency recognizing permissibility of applicant's car allocation policy — In *Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd v. Canadian National Railway Company*, Letter Decision No. 2015-03-12, Agency not interpreting its decision in Letter Decision No. 2014-10-03 as prohibition on rationing; rather, Agency concluding that applicant's car allocation policy must not be inconsistent with its service obligations — Agency decisions reflecting principles stated by Supreme Court in *Patchett & Sons Ltd. v. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] S.C.R. 271, i.e. a railway "is not bound to furnish cars at all times sufficient to meet all demands"; rather, reasonableness is a factual inquiry and "how each situation is to be met depends upon its total circumstances" — Arbitrator

**TRANSPORTATION**—Concluded

ignoring applicant's obligations to other shippers, operational restrictions — No justification for arbitrator's conclusion that applicant's service obligation to respondent should not take account of possibility of rationing — Arbitrator having to contemplate, accommodate various factors that may affect delivery of cars — Application allowed.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY v. LOUIS DREYFUS COMMODITIES CANADA LTD (T-1599-15, 2016 FC 1190, O'Reilly J., public judgment dated October 25, 2016, 19 pp.)

Appeal from Canadian Transportation Agency (Agency) decision dismissing complaint of discriminatory practices brought by appellant under *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (Act), s. 67.2(1) against respondent Delta Air Lines Inc. — Agency dismissing complaint on preliminary basis that appellant lacking standing — Appellant's complaint alleging certain practices of respondent discriminatory towards "large (obese)" persons — Appellant relying on email from respondent's customer care agent — Agency finding, *inter alia*, that although appellant not required to be member of group discriminated against, must have "sufficient interest" — Determining that appellant could not rely on public interest standing to bring complaint before Agency — Whether Agency erring in applying general law of standing on complaint for discriminatory terms, conditions under Act, s. 67.2(1), *Air Transportation Regulations*, SOR/88-58, s. 111(2) — Agency erring in law, rendering unreasonable decision in dismissing complaint for lack of standing — Rationale underlying notion of standing: concern about allocation of scarce judicial resources and corresponding need to weed out cases brought by persons not having direct personal legal interest in matter — Such preoccupations warranted in judicial setting — However, far from clear strict rules developed in judicial context applicable with same rigour by administrative agency mandated to act in public interest — Agency erring in superimposing case law with respect to standing on regulatory scheme put in place by Parliament — Agency not court, part of executive branch — Act distinguishing between "complaints", "applications" — Phrase "any person" in Act, ss. 67.1, 67.2(1), relevant phrase in present instance, referring to complainants who can bring complaint in writing to Agency — Phrase "person adversely affected" in Act, ss. 67.1(b), 86(1)(h)(iii) more restrictive, determinative of who can seek monetary compensation — Use of those phrases indicative of Parliament's intention to distinguish between complaint to obtain personal remedy, complaint as matter of principle — Here, incumbent on Agency to intervene at earliest possible opportunity to prevent harm, damage resulting from unreasonable, unduly discriminatory terms or conditions of carriage — In that perspective, fact that complainant not directly affected, may not meet requirements of public standing not determinative — Agency cannot refuse to look into complaint on basis that complainant not meeting standing requirements developed by courts of civil jurisdictions — In so doing, Agency unreasonably fettering its discretion — Appeal allowed.

LUKÁCS v. CANADA (TRANSPORATION AGENCY) (A-135-15, 2016 FCA 220, de Montigny J.A., judgment dated September 7, 2016, 16 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### EXCLUSION ET RENVOI

#### *Personnes interdites de territoire*

Contrôle judiciaire d'une décision qui a rejeté la demande de reconnaissance de la réadaptation d'un criminel et d'admission au Canada du demandeur — Le demandeur, un citoyen de la Chine, possède un lourd casier judiciaire — Le demandeur a marié une citoyenne canadienne en 2004 — Il a fait une demande de reconnaissance de la réadaptation d'un criminel pour être réuni avec les membres de sa famille au Canada — La demande a été rejetée par un agent de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) conformément à l'art. 36(3)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — L'agent a dressé la liste des facteurs favorables ou défavorables à la réadaptation du demandeur — L'agent a conclu que le demandeur avait de longs antécédents de comportements criminels et de récidives, il n'avait exprimé que très peu ou pas de regrets pour ses actes et il n'avait pas assumé la responsabilité de ses crimes — Il s'agissait de savoir si la décision de l'agent selon laquelle le demandeur n'était pas réadapté était déraisonnable — La décision de l'agent quant à la réadaptation du demandeur ne résiste pas à un contrôle judiciaire — Il n'est pas clair qu'une conclusion officielle quant à l'interdiction de territoire d'inadmissibilité a été faite — Il n'y a aucune indication que l'agent a mené une évaluation approfondie de l'équivalence — Il est préférable qu'une décision quant à l'interdiction de territoire soit rendue en premier lieu avant d'aborder la question de la réadaptation — L'agent a fait défaut d'examiner le risque de récidive du demandeur — Il était nécessaire d'examiner la période pendant laquelle le demandeur n'a commis aucun crime dans le cadre de la demande de réadaptation — L'agent n'a pas considéré de manière raisonnable les antécédents du demandeur à partir du moment où il a commis sa dernière infraction grave — Il importe de tenir compte des facteurs clés dans le cadre d'une décision à l'égard d'une demande de reconnaissance de réadaptation d'un criminel comme la nature de l'infraction, les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et le temps qui s'est écoulé depuis l'infraction — En l'espèce, l'agent n'a pas dûment pris en considération ces facteurs, à l'exception de l'historique de récidive — L'agent s'est concentré de manière disproportionnée sur la conduite passée du demandeur et n'a pas tenu compte des facteurs positifs de la demande — La réadaptation est de nature prospective — La question était de savoir si le demandeur est susceptible d'adopter cette conduite ou une conduite similaire à l'avenir — Pour répondre à la question, il faut tenir compte des dix dernières années de la vie du demandeur où il n'a été impliqué dans aucune activité criminelle — La demande de reconnaissance de réadaptation d'un criminel a été renvoyée à un autre agent pour réexamen — Demande accueillie.

LAU C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-954-16, 2016 CF 1184, juge Mosley, jugement en date du 24 octobre 2016, 12 p.)

### STATUT AU CANADA

#### *Résidents permanents*

#### Raisons d'ordre humanitaire

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent d'immigration a rejeté la demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire (CH) faite par la demanderesse — Les demandeurs, une mère (la demanderesse) et ses trois

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

enfants d'âge mineur sont des citoyens de la Grenade et de Saint-Vincent-et-les-Grenadines (Saint-Vincent) — La demande CH de la demanderesse a été déposée en vertu de l'art. 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, fondée en partie sur l'état psychologique de la demanderesse — L'agent n'était pas convaincu que la situation dans les pays d'origine, l'intérêt supérieur des enfants de la demanderesse ainsi que la santé mentale de la demanderesse justifiaient l'octroi d'une dispense CH — La demanderesse a fait valoir entre autres que la décision de l'agent était déraisonnable parce que celui-ci a commis une erreur dans son évaluation des rapports d'expert en ce qui a trait à la santé mentale de celle-ci — Dans son analyse, l'agent a tenu compte de plusieurs facteurs, dont, notamment, des rapports d'un psychothérapeute et d'une psychologue qui indiquent que la demanderesse avait des problèmes de santé mentale causés par des événements survenus à la Grenade et à Saint-Vincent — Après avoir analysé les facteurs, l'agent a conclu que le retour de la demanderesse et des enfants à la Grenade ou à Saint-Vincent était faisable — Il s'agissait de savoir si l'évaluation de la preuve par l'agent en ce qui a trait à la santé mentale de la demanderesse principale était raisonnable — Bien que l'agent n'ait pas commis d'erreur en concluant que la demanderesse ne s'était pas fait traiter au Canada et en déterminant que les traitements nécessaires pouvaient être offerts à la Grenade ou à Saint-Vincent, l'analyse de l'agent était insuffisante — Lorsque les rapports psychologiques disponibles indiquent que la santé mentale des demandeurs peut se détériorer s'ils sont renvoyés du Canada, l'agent doit analyser les difficultés générales auxquelles feraient face les demandeurs s'ils étaient renvoyés dans leur pays d'origine — L'agent ne peut pas limiter son analyse à la question de savoir si des traitements en santé mentale sont disponibles dans le pays de renvoi — En l'espèce, l'agent a fait défaut de considérer si la condition mentale de la demanderesse se détériorerait si elle devait être renvoyée à la Grenade ou à Saint-Vincent conformément à l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909 — En conclusion, la décision de l'agent était déraisonnable étant donné qu'il n'a pas analysé ni mesuré les répercussions qu'un renvoi du Canada aurait sur la santé mentale de la demanderesse conformément à l'arrêt *Kanthasamy* — Cette omission suffisait pour faire en sorte que la décision de l'agent n'appartienne plus aux issues possibles acceptables, justifiant l'intervention de la Cour — Demande accueillie.

SUTHERLAND C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-1513-16, 2016 CF 1212, juge Gascon, jugement en date du 1<sup>er</sup> novembre 2016, 16 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## SOCIÉTÉS

*Administrateurs*

Appels interjetés à l'encontre de décisions (2014 CCI 254) rendues par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) — Ces appels découlent de deux appels distincts interjetés à l'encontre de cotisations établies à l'égard des intimées, lesquels leur imposaient des obligations en leur qualité d'administratrices — La C.C.I. a conclu que les intimées avaient démissionné de leurs fonctions d'administratrices et a annulé les cotisations établies par le ministre du Revenu national à leur égard — En 2001, les intimées ont communiqué à leurs époux, les propriétaires de 1056922 Ontario Limited (105 Ltd.), leur intention de démissionner à titre d'administratrices — L'intimée dans le premier appel (la première intimée) a donné instruction à son avocat de rédiger les démissions pour les deux intimées, mais ces démissions n'ont jamais été signées et elles n'ont jamais quitté le bureau d'avocats — Plus tard, l'époux de l'intimée dans le second appel (la seconde intimée) a donné instruction à un autre avocat de rédiger des documents de démission, mais seulement pour la seconde intimée — Pendant une période de cinq ans, 105 Ltd. a omis de verser les retenues d'impôt sur la paye — La *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, tient les administrateurs d'une société qui font défaut de verser les retenues à la source personnellement responsables des sommes non versées; les administrateurs peuvent toutefois soulever une défense fondée sur la diligence raisonnable en vertu de l'art. 227.1(3) de la Loi — Les intimées ont fait l'objet d'une cotisation pour ces obligations — Les intimées ont interjeté appel à l'encontre des cotisations fiscales — La C.C.I. a conclu que la rédaction des projets de lettres de démission, combinée au fait que les intimées avaient communiqué verbalement avec leurs époux qu'elles remettaient leur démission, constituait une démission valide — Subsidièrement, la Cour a conclu que si les démissions n'étaient pas valides, la première intimée était raisonnablement convaincue qu'elle avait démissionné, ce qui n'était pas le cas de la seconde intimée — Il s'agissait de savoir si la C.C.I. a commis une erreur en concluant que les intimées avaient démissionné en leur qualité d'administratrices de 105 Ltd., et par conséquent, qu'elles n'étaient pas personnellement responsables des retenues d'impôt non versées; si la C.C.I. a commis une erreur en concluant subsidiairement que la première intimée avait été raisonnablement convaincue qu'elle avait démissionné, mais que ce n'était pas le cas de la seconde intimée; si la C.C.I. a commis une erreur en concluant que, même si les intimées étaient des administratrices, elles ne se

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

sont pas acquittées de leur obligation de diligence raisonnable — La C.C.I. a commis une erreur en concluant que les intimées avaient démissionné à titre d'administratrices — En l'absence d'une communication d'une démission écrite à la société, une démission n'est pas valide — Vu l'ensemble des faits dont disposait la C.C.I., les intimées n'avaient pas démissionné en 2001 — En vertu de l'art. 121(2) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16 (LSAO), la démission d'un administrateur prend effet à la date de réception par la société d'un écrit à cet effet ou à la date postérieure qui y est indiquée — En l'espèce, aucune démission écrite n'a été reçue par 105 Ltd. au sens de l'art. 121(2) de la LSAO — Des lettres de démission non signées et sans date d'effet ont été trouvées dans le dossier de l'avocat; par conséquent, la C.C.I. a commis une erreur en concluant que l'intention des intimés de démissionner respectait les conditions préalables nécessaires à la prise d'effet d'une démission — En ce qui concerne le fait que l'intimée était raisonnablement convaincue qu'elle avait démissionné, la C.C.I. a commis une erreur sur une question de droit isolable en concluant que la première intimée s'était acquittée de son obligation de diligence raisonnable — Un administrateur peut invoquer la conviction raisonnable d'avoir démissionné pour établir une défense fondée sur la diligence raisonnable, mais la norme doit être beaucoup plus élevée que celle appliquée par la C.C.I. en l'espèce — La conviction par l'administratrice qu'elle avait démissionné ne correspondait et n'était liée nullement aux objectifs sous-jacents de l'art. 121(2) de la LSAO et à l'importance que cette disposition accorde à une communication objectivement vérifiable de la démission à la société — Les défenses fondées sur la diligence raisonnable ne découlent que de l'art. 227.1(3) de la Loi — Pour remplir les exigences liées à une défense fondée sur l'art. 227.1(3), un administrateur doit établir qu'il s'est préoccupé des versements requis et qu'il a agi avec le degré de soin, de diligence et d'habileté afin de prévenir le défaut de la société de verser les montants visés — La C.C.I. n'a pas tenu compte de la défense fondée sur la diligence raisonnable à la lumière des principes établis — Un administrateur ne peut pas soulever une défense fondée sur la diligence raisonnable en faisant preuve d'indifférence et d'une attitude détachée à l'égard de ses responsabilités — Un administrateur raisonnable aurait insisté sur la nécessité d'être convaincu de la prise d'effet de l'intention de démissionner — La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en rejetant la défense fondée sur la diligence raisonnable soulevée par la seconde intimée — Enfin, la C.C.I. a, à bon droit, rejeté l'argument subsidiaire des intimées selon lequel, même si elles étaient encore des administratrices, elles se sont acquittées de leur obligation de diligence raisonnable — Appels accueillis.

CANADA C. CHRISS (A-137-15; A-138-15, 2016 CAF 236, juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 22 septembre 2016, 10 p.)

**PRATIQUE**

## FRAIS ET DÉPENS

*Cautionnement*

Appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance de la Cour fédérale (dans le dossier T-1069-14) enjoignant à l'appelante Crude Solutions Ltd (CSL) de déposer un cautionnement pour dépens de 195 785 \$ avant qu'elle ne soit autorisée à prendre d'autres mesures dans le cadre de l'instance en Cour fédérale — Après que les appelantes eurent intenté une action contre l'intimée devant la Cour fédérale en contrefaçon de brevet, l'intimée a déposé une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant à CSL de déposer un cautionnement pour dépens — L'intimée n'a pas demandé de cautionnement pour dépens auprès du principal actionnaire Jason Swist — Le principal actionnaire détient 90 p. 100 des actions de CSL alors que son épouse détient 10 p. 100 des autres actions — La Cour fédérale a tenu compte des règles 416 et 417 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 dans son examen de la situation financière de CSL — Elle a conclu que ni CSL ni le principal actionnaire n'avait d'actifs que CSL pouvait utiliser pour déposer un cautionnement pour dépens — Cependant, elle a conclu que l'épouse détenait certains actifs; par conséquent, la Cour fédérale a ordonné que CSL dépose un cautionnement pour dépens — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que CSL n'avait pas fait la preuve de son indigence aux fins de la règle 417 des Règles parce qu'une actionnaire minoritaire avait la capacité de fournir des fonds à CSL pour permettre à la société de déposer un montant à titre de cautionnement pour dépens — En l'espèce, il n'était pas contesté que CSL remplissait la condition énoncée à la règle 416 des Règles puisqu'elle n'avait pas d'actifs suffisants disponibles au Canada pour payer les dépens de l'intimée si la Cour fédérale devait rendre une telle ordonnance — La règle 417 des Règles est discrétionnaire en ce que la Cour peut refuser d'ordonner le dépôt d'un cautionnement si les deux conditions sont remplies — En l'espèce, la Cour fédérale a conclu que la première condition n'était pas remplie; par conséquent, elle n'a pas examiné la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire accordé par les règles 417 des Règles aurait dû être exercé — En vertu de la règle 417, un demandeur doit faire la preuve de son indigence — Il n'était pas contesté que CSL seule était indigente et que le principal actionnaire n'était pas en mesure d'aider CSL financièrement — La Cour fédérale a indiqué que lorsqu'une personne morale partie au litige n'a aucun actif, la capacité d'un

**PRATIQUE—Suite**

actionnaire à déposer un cautionnement pour dépens peut être considérée — Cependant, cet énoncé va trop loin en ce qu'il tient pour acquis que tous les actionnaires d'une société devraient être traités d'égal à égal lorsqu'il faut déterminer si une société peut se tourner vers ses actionnaires pour obtenir une aide financière — Lorsqu'il faut déterminer si une société est indigente, il convient de faire la distinction entre les actionnaires qui manipulent la société et ceux qui ne le font pas — Si la société est contrôlée par une seule personne ou par un groupe de personnes, il convient alors, en vue de déterminer si la société est indigente, d'examiner les ressources financières de cette personne qui soit contrôle la société, soit appartient à un groupe de personnes qui contrôlent la société — Cependant, si cette personne est un actionnaire minoritaire et ne fait pas partie d'un groupe d'actionnaires qui contrôlent la société, les circonstances relatives à l'actionnaire devraient être examinées pour déterminer s'il convient de tenir compte des ressources financières de cette personne au moment de déterminer si la société est indigente — Le pourcentage d'actions détenues par un actionnaire minoritaire est un facteur important à considérer — Plus le pourcentage d'actions que détient un actionnaire minoritaire est petit, moins il est probable que les ressources financières de cette personne soient considérées pour déterminer si la société est indigente — En l'espèce, l'épouse détenait seulement 10 p. 100 des actions de CSL — La preuve démontrait que l'épouse n'avait pas payé les actions, elle n'était pas impliquée dans la société et elle ne souhaitait pas fournir les fonds nécessaires pour permettre à CSL de déposer un cautionnement pour dépens — Lorsqu'elle a examiné la question de savoir si CSL était indigente, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en se demandant si l'épouse dans les circonstances pouvait être la seule source du montant que CSL serait tenue de déposer à titre de cautionnement pour dépens — CSL a fait la preuve de son indigence aux fins de la règle 417 des Règles — Étant donné que la Cour fédérale a conclu que CSL n'était pas indigente, elle n'a pas examiné la deuxième partie de la règle 417 qui traite du bien-fondé de la cause — L'affaire a été par conséquent renvoyée à la Cour fédérale en vue de déterminer si la cause était fondée aux fins de la règle 417 des Règles et si tel était le cas, si le pouvoir discrétionnaire prévu à la règle 417 devrait être exercé — Appel accueilli.

SWIST C. MEG ENERGY CORP. (A-453-15, 2016 CAF 283, juge Webb, J.C.A., jugement en date du 15 novembre 2016, 11 p.)

**INSTANCES AYANT FAIT L'OBJET D'UN DÉSISTEMENT***Requêtes incidentes restant pendantes*

Requête visant à obtenir des directives en vertu de la règle 54 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 concernant l'état de l'appel et de la requête visant à faire déclarer l'appelant plaideur quérulent — Dans le présent appel, les intimés ont demandé une ordonnance déclarant l'appelant plaideur quérulent conformément à l'art. 40 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la Loi) — La Cour a rendu une ordonnance qui interdisait au greffe d'accepter pour dépôt tout document que l'appelant lui présenterait jusqu'à preuve du paiement des dépens fixés dans des ordonnances antérieures — L'appelant a fourni cette preuve et a présenté un avis de désistement du présent appel — Les intimés ont affirmé par écrit que l'appel subsistait et que la requête visant à faire déclarer l'appelant plaideur quérulent n'était pas éteinte — La Cour a interprété la lettre des intimés comme une requête visant à obtenir des directives — L'avis de désistement de l'appelant n'était pas conforme aux Règles — Il s'agissait de savoir si le document irrégulier déposé par l'appelant entraînait le désistement de l'appel; si la requête visant à faire déclarer l'appelant plaideur quérulent subsistait; si la Cour pouvait répondre aux questions soulevées dans le cadre d'une requête visant à obtenir des directives sur le fondement de la règle 54 des Règles — La règle 56 des Règles dispose qu'une irrégularité peut être corrigée — L'avis de désistement de l'appelant était essentiellement un avis de désistement de la catégorie visée à la règle 166 des Règles — Par conséquent, le présent appel était éteint, et le dossier de la Cour devait être clos — Une fois que l'instance a pris fin par désistement, toutes les requêtes visant à régler des différends incidents à cette instance ou à la faire progresser se trouvent dénuées d'objet — Cependant, la requête visant à faire déclarer l'appelant plaideur quérulent ne visait pas à régler un différend incident au présent appel ni à faire progresser celui-ci — La requête visant à faire déclarer l'appelant plaideur quérulent était de portée plus vaste que l'appel et visait à empêcher l'appelant de poursuivre ou d'introduire toute autre instance devant la Cour sans l'autorisation de cette dernière — L'art. 40 de la Loi dispose que le recours doit être exercé par voie de demande et non de requête incidente — Une telle demande entre dans le champ d'application de la règle 300 des Règles et peut à ce titre être poursuivie comme instance indépendante — La requête visant à faire déclarer l'appelant plaideur quérulent survit d'une certaine manière — Un dossier doit être constitué et la requête doit y être versée — Cependant, un avis de requête n'est pas un acte introductif d'instance — Une irrégularité peut être corrigée par la Cour de sa propre initiative en vertu de la règle 47 des Règles — Dans la présente espèce, il convenait de considérer l'avis de requête comme un avis de demande — La Cour a ordonné au greffe notamment de considérer l'avis de requête fondé sur l'art. 40 de la Loi comme un avis de demande et d'ouvrir un nouveau



**PRATIQUE—Suite**

dossier pour cette demande — L'appelant s'est vu octroyer une autre occasion de répondre au dossier des demandeurs — Une ordonnance donnant effet aux instructions qui précèdent a été rendue.

OLUMIDE C. CANADA (A-201-16, 2016 CAF 287, juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 17 novembre 2016, 13 p.)

**ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ**

Requête en confidentialité présentée par le défendeur en vertu de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 pour permettre au défendeur de déposer auprès de la Cour une copie des dossiers non expurgés en cause dans la demande sous-jacente de contrôle judiciaire visant à empêcher l'avocat du demandeur d'accéder à ces dossiers non expurgés, même après la signature d'un engagement écrit conformément à l'alinéa 152(2)b) — Le demandeur a sollicité une ordonnance en vue d'obtenir l'accès aux documents non expurgés en cause — La demande sous-jacente concernait des demandes réunies de contrôle judiciaire présentées conformément à l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (LAI), relativement à des demandes présentées par le demandeur auprès de l'Agence du revenu du Canada (ARC) pour obtenir des renseignements et des documents fournis par des tiers à l'ARC dans le cadre d'une vérification du demandeur en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> supp.), ch. 1 (LIR) et de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-14 — Le demandeur a déposé auprès de l'ARC des avis d'opposition concernant des avis de nouvelle cotisation — L'ancien avocat du demandeur a fourni les renseignements et les documents concernés à l'ARC durant la vérification — Le demandeur a délivré à l'ARC des demandes de documents en vertu de la LAI pour obtenir des renseignements, des réponses et des documents fournis à l'ARC dans le cadre de la vérification — En réponse à ces demandes, l'ARC a fourni au demandeur des dossiers expurgés en vertu de plusieurs dispositions de la LAI relatives aux exceptions, y compris le paragraphe 24(1) de la LAI — Il s'agissait de savoir si la requête en confidentialité présentée par le défendeur pour permettre de déposer auprès de la Cour des documents non expurgés devait être accordée et, si tel était le cas, si la Cour devait restreindre l'accès aux documents confidentiels de sorte que l'avocat du demandeur ne soit pas autorisé à avoir accès aux dossiers non expurgés, même après la signature d'un engagement écrit — Une ordonnance de confidentialité a été émise — La règle 152 assure un juste équilibre entre l'ouverture et la confidentialité — Pour déterminer s'il convient d'autoriser l'accès par l'avocat du demandeur aux renseignements confidentiels en cause, la question générale qu'il faut poser est de savoir quels sont les renseignements personnels requis par l'avocat pour permettre un débat intelligent sur la question de leur divulgation; plus particulièrement, il faut déterminer si l'avocat a besoin des dossiers non expurgés en soi ou si une description sommaire ou générale de la nature de l'information confidentielle est suffisante — L'article 241 de la LAI n'énonce pas clairement et sans ambiguïté que la Cour ne peut pas autoriser la divulgation de renseignements à l'avocat du demandeur — L'article 241 ne constitue pas une interdiction complète de la divulgation des dossiers non expurgés à l'avocat du demandeur — Par conséquent, la Cour est tenue de procéder à l'exercice formulé dans la décision *Hunter c. Canada (Ministère des Consommateurs et des Sociétés)*, [1991] 3 C.F. 186 pour déterminer quels sont les renseignements requis par l'avocat du demandeur pour permettre un débat intelligent sur la question de leur divulgation — Le demandeur a incorrectement confondu les arguments qui devaient être soulevés pour refuser d'obtempérer aux nouvelles cotisations de l'ARC dans le cadre de la procédure concernant ses avis d'opposition et les arguments qu'il devait présenter dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire — La Cour n'a pas été convaincue que le demandeur respectait l'obligation de fournir une explication quant à la raison pour laquelle la divulgation des dossiers non expurgés était nécessaire — L'avocat du demandeur ne nécessitait pas l'accès aux dossiers non expurgés — Une description de la nature des dossiers et des renseignements expurgés suffisait — Requête accordée.

BRADWICK PROPERTY MANAGEMENT SERVICES INC. C. CANADA (REVENU NATIONAL) (T-2161-15, 2016 CF 1056, protonotaire Aylen, ordonnance en date du 19 septembre 2016, 29 p.)

**RÉUNION DES INSTANCES**

Requête présentée par les défenderesses Shire LLC et Pharma Canada ULC visant à demander à la Cour de réunir en partie les instances — La défenderesse Shire LLC est titulaire du brevet canadien n° 2547646 (le brevet '646) lequel est réputé recouvrir les capsules de dimétylate de lisdexamfétamine de Shire Pharma Canada ULC vendues sous la marque Vyvanse — La demanderesse Apotex a signifié à la défenderesse un avis d'allégation, alléguant notamment l'invalidité du brevet '646 — En réponse, les défenderesses ont déposé une demande d'ordonnance d'interdiction — Les motifs d'invalidité et d'absence de contrefaçon sont les mêmes — À cet égard, il existe de nombreux points communs entre les faits en cause dans les deux instances

**PRATIQUE—Fin**

— Parallèlement, les deux instances diffèrent sur des aspects importants — La conduite de telles procédures parallèlement à une action portant sur le même brevet et le même produit représente donc un défi de taille pour les deux parties — Les chevauchements et les problèmes de coordination découlant de la tenue de ces instances en parallèle ont également une incidence sur la Cour — La solution que proposent les défenderesses par la requête était celle qui a été adoptée dans la décision *Novartis Pharmaceuticals Canada inc. c. Apotex inc.*, 2013 CF 142 — La même façon de procéder en l'espèce réduirait considérablement les chevauchements entre les deux instances — Les éléments de preuve ne seraient présentés qu'une seule fois, de vive voix, devant la Cour — L'argument de la demanderesse selon lequel la proposition des défenderesses de réunir les instances lui causerait un préjudice procédural ou tactique est sans fondement — Tous les droits de la demanderesse seraient protégés — La proposition des défenderesses permettrait aux deux parties de gagner beaucoup de temps et d'argent et elle représente l'usage le plus efficace et le plus judicieux des ressources de la Cour — La demande dans l'affaire T-998-16 sera instruite simultanément et par le même juge que l'action déposée dans l'affaire T-1056-16 — Requête accueillie.

APOTEX INC. C. SHIRE LLC (T-1056-16, T-998-16, 2016 CF 1099, protonotaire Tabib, ordonnance en date du 3 octobre 2016, 14 p.)

**TÉLÉCOMMUNICATIONS**

Contrôle judiciaire de décisions rendues par le président du Conseil de radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) datées du 23 septembre 2015 qui ont formé des comités pour entendre des questions en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 et la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11 — Le demandeur a fait valoir que : 1) les décisions soulèvent de véritables questions de compétence, susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte; 2) le président n'a pas la compétence pour former des comités afin de décider de la question en l'espèce — La Cour a précédemment conclu que le Conseil est présumé avoir l'expertise nécessaire pour résoudre des questions comme celles de savoir s'il est autorisé à promulguer un Code qui a un effet rétroactif — Ce principe s'applique équitablement à toutes les décisions du président du Conseil — Par conséquent, les décisions en litige étaient susceptibles de révision selon la norme de la décision raisonnable — Quant au pouvoir du président de former des comités, l'art. 6(2) de la *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22 (la Loi sur le CRTC) énonce que « [l]e président est le premier dirigeant du Conseil; à ce titre, il en assure la direction, préside ses réunions et contrôle la gestion de son personnel » — Implicitement, ce pouvoir comporte le [TRADUCTION] « pouvoir d'assigner des causes et des membres à ces causes » — Ce pouvoir implicite est reconnu dans le Règlement administratif n° 9 (autorisé par l'art. 12 de la Loi sur le CRTC), et dans le Règlement administratif n° 26 (autorisé par l'art. 11 de la Loi sur le CRTC) — Le président était donc pleinement autorisé à former les trois comités en question — Demande rejetée.

SHOAN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-464-15, 2016 CAF 261, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 24 octobre 2016, 4 p.)

**TRANSPORTS**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un arbitre a conclu que la demanderesse était tenue de respecter la demande faite par la défenderesse de fournir un nombre non divulgué de wagons aux installations de la défenderesse — La demanderesse fournit un transport ferroviaire à la défenderesse — Les parties n'ont pas réussi à s'entendre sur les modalités contractuelles pour la campagne agricole 2015-2016 — Un arbitre a soulevé les obligations légales prévues à l'art. 169.37 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi), lesquelles exigent que l'arbitre tienne compte de plusieurs facteurs — L'arbitre a admis que la défenderesse dépendait des services de la demanderesse — L'arbitre a conclu, entre autres, que le refus de la demanderesse de fournir suffisamment de wagons ne devrait pas nuire à la croissance de la défenderesse — L'arbitre était d'avis que la défenderesse avait la capacité suffisante d'acheminer la quantité de grains justifiant le nombre de wagons demandés — L'arbitre a conclu que la demanderesse ne ferait pas défaut de respecter les obligations en matière de niveau de services envers les autres expéditeurs pour satisfaire les besoins de la défenderesse — La décision de l'arbitre était déraisonnable — La défenderesse s'est appuyée sur la lettre-décision n° 2014-10-03 (*Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*) rendue par l'Office des transports du Canada (l'Office) — Dans cette décision, l'Office a établi les grands principes relatifs à l'obligation d'une compagnie de chemin de fer de fournir un niveau de service adéquat en vertu de la Loi — Cependant, la lettre-décision n° 2014-10-03 ne va pas aussi loin que le prétendait la défenderesse — Le principe fondamental veut que la compagnie de chemin de fer soit tenue d'agir raisonnablement : elle n'est pas tenue à l'impossible, mais elle doit montrer qu'elle

**TRANSPORTS—Fin**

ne pouvait se conformer raisonnablement à la demande de l'expéditeur — L'Office a reconnu la légalité de la politique sur l'affectation des wagons — Dans la lettre-décision n° 2015-03-12 (*Louis Dreyfus Commodities Canada Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*), l'Office n'a pas interprété sa décision dans la lettre-décision n° 2014-10-03 comme étant une interdiction de procéder au rationnement; elle a plutôt conclu que la politique sur l'affectation des wagons de la demanderesse ne devait pas être incompatible avec ses obligations en matière de niveau de services — Les décisions de l'Office tiennent compte des principes établis par la Cour suprême dans l'arrêt *Patchett & Sons Ltd. c. Pacific Great Eastern Railway Co.*, [1959] R.C.S. 271, c'est-à-dire qu'une compagnie de chemin de fer [TRADUCTION] « n'est pas tenue de fournir en tout temps un nombre suffisant de wagons pour répondre à toutes les demandes »; l'examen fondé sur le caractère raisonnable repose plutôt sur des faits et [TRADUCTION] « la façon dont chaque situation doit être réglée dépend de toutes les circonstances » — L'arbitre n'a pas tenu compte des obligations de la demanderesse envers les autres expéditeurs et de ses restrictions opérationnelles — L'arbitre n'était pas justifié de conclure que l'obligation en matière de niveau de services de la demanderesse envers la défenderesse ne devrait pas tenir compte de la possibilité de rationnement — L'arbitre devait tenir compte de différents facteurs qui peuvent influencer la livraison de wagons — Demande accueillie.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. LOUIS DREYFUS COMMODITIES CANADA LTD (T-1599-15, 2016 CF 1190, juge O'Reilly, jugement public en date du 25 octobre 2016, 19 p.)

Appel interjeté à l'encontre d'une décision par laquelle l'Office des transports du Canada a rejeté la plainte pour pratiques discriminatoires déposée par l'appelant en vertu de l'art. 67.2(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la Loi), contre l'intimée Delta Air Lines, Inc. — L'Office a rejeté la plainte pour le motif préliminaire que l'appelant n'avait pas la qualité pour déposer cette plainte — L'appelant a déposé une plainte alléguant que certaines pratiques de l'intimée à l'égard des personnes « de grande taille (obèses) » sont discriminatoires — L'appelant s'est appuyé sur un courriel envoyé par un agent du service à la clientèle de l'intimée — L'Office a jugé entre autres que, même si l'appelant n'était pas tenu de faire partie du groupe faisant l'objet de discrimination, il devait néanmoins avoir un « intérêt suffisant » — Il a conclu que l'appelant ne pouvait pas invoquer la qualité pour agir dans l'intérêt public pour présenter sa plainte à l'Office — Il s'agissait de savoir si l'Office a commis une erreur en appliquant les règles de droit commun relatives à la qualité pour agir à une plainte à l'égard de conditions discriminatoires en vertu de l'art. 67.2(1) de la Loi et de l'art. 111(2) du *Règlement sur les transports aériens*, DORS/88-58 — L'Office a commis une erreur de droit et a rendu une décision déraisonnable en rejetant la plainte jugeant que l'appelant n'avait pas la qualité pour agir — La justification qui sous-tend la règle de la qualité pour agir a toujours été la préoccupation de l'utilisation des ressources judiciaires limitées et la nécessité qui en découle d'éliminer les instances présentées par les personnes qui n'ont pas un intérêt juridique personnel direct dans l'affaire — De telles préoccupations se justifient dans un contexte judiciaire — Cependant, il est loin d'être évident que ces règles strictes établies dans le contexte judiciaire devraient être appliquées avec la même rigueur par un organisme administratif chargé d'agir dans l'intérêt public — L'Office a commis une erreur en superposant la jurisprudence en matière de qualité pour agir au régime réglementaire instauré par le législateur — L'Office n'est pas un tribunal judiciaire et fait partie du pouvoir exécutif — La Loi fait une distinction entre les « plaintes » et les « demandes » — L'expression « toute personne » à l'art. 67.1 et à l'art. 67.2(1) est l'expression pertinente en l'espèce et renvoie aux personnes qui peuvent déposer une plainte à l'Office — Le terme « toute personne lésée » qui figure à l'art. 67.1b) et à l'art. 86(1)h)(iii) est plus restrictif et indique qui peut obtenir une compensation monétaire — L'emploi de ces expressions confirme l'intention du législateur de faire une distinction entre les personnes qui peuvent formuler une plainte en vue d'obtenir une réparation personnelle et celles qui peuvent le faire par principe — En l'espèce, il incombe à l'Office d'intervenir dès que possible, afin de prévenir les préjudices que pourraient causer des conditions de transport déraisonnables et injustement discriminatoires — De ce point de vue, le fait qu'un plaignant n'ait pas été directement lésé, et même qu'il n'ait pas la qualité pour agir dans l'intérêt public, ne devrait pas être déterminant — L'Office ne peut pas refuser d'examiner une plainte simplement parce que le plaignant ne satisfait pas aux exigences visant la qualité pour agir qui ont été adoptées par les tribunaux de droit privé — Ce faisant, l'Office a entravé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable — Appel accueilli.

LUKÁCS C. CANADA (OFFICE DES TRANSPORTS) (A-135-15, 2016 CAF 220, juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 7 septembre 2016, 16 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, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3