

**Federal Courts
Reports**



**Recueil des décisions
des Cours fédérales**

EDITOR'S NOTE: This document is subject to editorial revision before its publication in final form.

NOTE DE L'ARRÊTISTE : Ce document fera l'objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive.



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2023, Vol. 1, Part 1

2023, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2023] 1 F.C.R., {³⁻³³⁵

Renvoi [2023] 1 R.C.F., {³⁻³³⁵

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, C.M., Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© His Majesty the King in Right of Canada, 2024.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2024.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3–335

Rogers Media Inc. v. John Doe 1 (F.C.) 3

Copyright — Motion by plaintiffs for interlocutory injunction seeking to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League (NHL) games in Canada by requesting “site blocking” order against named third party respondents — Plaintiffs own, operate television stations, online subscription services — In *Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz (GoldTV FC)*, same plaintiffs sought “static” site blocking order — Here, plaintiffs requesting “dynamic” site blocking order — Stating that dynamic site blocking order needed to keep up with evolution in how on-line copyright piracy operates — Third party respondents are Internet service providers (ISPs) — Some were prepared to consent to order, others objected, stating that process followed by plaintiffs inappropriate, unfair — Plaintiffs collectively holding rights to all national, regional games in Canada — Third party respondents’ unfairness arguments involved three related claims — Asserted that procedure followed by plaintiffs deliberate strategy designed to place responding parties in untenable position — Pointed out that remedy plaintiffs seeking, in effect, final order because unlikely plaintiffs will ever pursue unnamed defendants — Submitted that plaintiffs could have tested technical systems they now seek to impose on them, to assess their ease of use, accuracy — Issues whether interlocutory injunction should be refused because process unfair to third party respondents; whether plaintiffs met test to obtain mandatory interlocutory injunction for dynamic site-blocking order; if so, on what terms should order be issued — Process not unfair to third party respondents, not impairing their ability to mount full answer to motion — Only issue whether plaintiffs should be denied mandatory interlocutory injunction because process unfair in circumstances — All parties had chance to present submissions, and further detailed arguments — This meeting standards of procedural fairness — Additional procedural avenues, costs, delay associated

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3–335

Rogers Media Inc. c. Jean Untel 1 (C.F.) 3

Droit d’auteur — Requête en injonction interlocutoire par les demanderesse cherchant à empêcher les personnes au Canada d’accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey (LNH) en direct portant atteinte au droit d’auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées — Les demanderesse possèdent des stations de télévision et des services d’abonnement en ligne — Dans la décision *Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz (GoldTV CF)*, les mêmes demanderesse ont obtenu une ordonnance de blocage de sites « statique » — En l’espèce, les demanderesse ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites — Les demanderesse ont affirmé qu’une ordonnance de blocage de sites dynamique était nécessaire pour suivre le rythme de l’évolution dans le fonctionnement de la piraterie du droit d’auteur en ligne — Les tierces parties intimées sont des fournisseurs d’accès Internet (FAI) — Quelques-unes des tierces parties intimées étaient prêtes à consentir à l’ordonnance, d’autres se sont objectées, affirmant que le processus suivi par les demanderesse était inapproprié et inéquitable — Les préoccupations soulevées par les tierces parties intimées à propos de la portée, de l’étendue et des répercussions de l’ordonnance de blocage dynamique de sites étaient valides — Les demanderesse détiennent collectivement les droits à l’égard de tous les matchs nationaux et régionaux au Canada — Les arguments des tierces parties intimées liés à l’iniquité concernaient trois demandes liées — Elles ont fait valoir que la procédure suivie par les demanderesse était une stratégie délibérée conçue pour placer les parties intimées dans une situation intenable — Elles ont signalé que le recours demandé par les demanderesse correspondait, en effet, à une ordonnance définitive, car il était très peu probable qu’elles poursuivent un jour les défendeurs non désignés nommément — Elles ont font valoir que les demanderesse auraient pu mettre à l’essai

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

with bringing action to trial not needed to ensure process fair — Plaintiffs needing to demonstrate serious issue to be tried, would suffer irreparable harm if injunction not granted, balance of convenience in favour of granting interlocutory injunction — Fundamental question whether “just and equitable in all of the circumstances” that injunction should issue — On first stage of test, plaintiffs demonstrated strong likelihood of success at trial in establishing that defendants breached their copyright — No question that plaintiffs hold copyright in respect of virtually all broadcast distribution of live NHL games in Canada — Defendants’ actions not falling within statutory exception limiting liability of those who only provide “means” of telecommunication, set out in *Copyright Act*, s. 2.4(1) — Plaintiffs established irreparable harm — While damage resulting from unauthorized streaming primarily financial, here, as in *GoldTV FC*, harm to plaintiffs arising “in a context where there is a strong *prima facie* case of an ongoing infringement of the Plaintiffs’ copyright where the defendants are unknown” — This “entirely appropriate” basis on which to find irreparable harm — Alternative measures proposed by third party respondents to prevent piracy speculative, unproven — Balance of convenience weighed in favour of granting order — *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd & Ors (Cartier)* providing useful means of addressing evidence, arguments, but certain factors therein adapted to take into account Canadian context — Third party respondents having capacity to engage in type of dynamic site blocking sought — Implementing internal business practices, processes to mitigate risks — Order would not impose undue cost or complexity on third party respondents — Order would be effective in making infringing activities more difficult, discouraging users from accessing infringing services — Order would have dissuasive effect — Substitution would likely not undermine its effectiveness, not so easily done as to defeat purpose of order or to render it disproportional to effort required by third party respondents — Type of blocking order here would significantly limit access to unauthorized streaming of live NHL games — Terms of order would include sufficient measures to mitigate risk of over-blocking — Just, equitable to grant plaintiffs type of injunction they sought — Overall burden on third party respondents reduced — Order in place for very limited duration — Combined effect of these elements, others of order tipped balance of convenience in favour of plaintiffs — Motion granted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

les systèmes techniques qu’elles cherchent désormais à leur imposer, pour évaluer leur convivialité et leur précision — Il s’agissait de déterminer si l’injonction interlocutoire devait être refusée parce que le processus était inéquitable pour les tierces parties intimées; si les demanderesse ont satisfait au critère relatif à l’octroi d’une injonction interlocutoire mandatoire pour une ordonnance de blocage dynamique de sites; le cas échéant, quelles sont les modalités sous lesquelles l’ordonnance devrait être délivrée — Le processus n’était pas inéquitable pour les tierces parties intimées et n’a pas entravé leur capacité de préparer une réponse exhaustive à la requête — Les demanderesse devaient démontrer qu’il existait une question sérieuse à juger, qu’elles subiraient un préjudice irréparable si l’injonction n’était pas accordée, et que et la prépondérance des inconvénients favorisait l’octroi de l’injonction interlocutoire — La question fondamentale consistait à déterminer si l’octroi d’une injonction était « juste et équitable eu égard à l’ensemble des circonstances » — En ce qui concerne la première étape du test, les demanderesse ont démontré une très forte probabilité qu’elles auraient gain de cause au procès en établissant que les défendeurs ont porté atteinte à leur droit d’auteur — Il ne faisait aucun doute que les demanderesse sont titulaires du droit d’auteur à l’égard de pratiquement toute la distribution des diffusions de matchs de la LNH en direct au Canada — Les actions des défendeurs ne sont pas visées par l’exception prévue par la loi limitant la responsabilité de ceux qui ne font que fournir les « moyens » de télécommunication, énoncée au paragraphe 2.4(1) de la Loi sur le droit d’auteur — Les demanderesse ont établi l’existence d’un préjudice irréparable — Alors que le dommage découlant de la diffusion en continu non autorisée était principalement de nature financière, en l’espèce, comme dans l’affaire *GoldTV CF*, le préjudice causé aux demanderesse est survenu « dans le contexte d’un dossier solide *prima facie* de violation continue du droit d’auteur des demanderesse par des défendeurs inconnus » — Il s’agit d’un motif « tout à fait approprié » pour conclure à un préjudice irréparable — Les autres mesures proposées par les tierces parties intimées pour empêcher le piratage étaient conjecturales et non éprouvées — L’affaire *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd & Ors (Cartier)* offre des moyens utiles d’aborder la preuve et les arguments, mais l’application de certains facteurs énoncés dans *Cartier* ont été adaptées de façon à tenir compte du contexte canadien — Les tierces parties intimées ont la capacité de se livrer au type de blocage dynamique de sites demandé — Elles ont mis en œuvre des pratiques et des processus opérationnels internes pour atténuer les risques — L’ordonnance n’imposerait ni complexité ni coûts excessifs aux tierces parties intimées — L’ordonnance rendrait plus difficiles les activités portant atteinte au droit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Injunctions — Plaintiffs seeking interlocutory injunction to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League games in Canada by requesting “site blocking” order against named third party respondents — Plaintiffs own, operate television stations, online subscription services — Requesting “dynamic” site blocking order to keep up with evolution in how online copyright piracy operates — Third party respondents are Internet service providers (ISPs) — Some objected to order, stating that process followed by plaintiffs inappropriate, unfair — Asserted that procedure followed by plaintiffs deliberate strategy designed to place responding parties in untenable position — Pointed out that remedy plaintiffs seeking, in effect, final order because unlikely plaintiffs will ever pursue unnamed defendants — Whether interlocutory injunction should be refused because process unfair to third party respondents — Process not unfair to third party respondents, not impairing their ability to mount full answer to motion — Whether plaintiffs could have followed a different approach not a question for Court — Only issue whether plaintiffs should be denied mandatory interlocutory injunction because process unfair in circumstances — All parties had chance to present submissions, further detailed arguments — This meeting standards of procedural fairness — Additional procedural avenues, costs, delay associated with bringing action to trial not needed to ensure process fair — Plaintiffs met test to obtain mandatory injunction — Serious issue: plaintiffs demonstrated strong likelihood of success at trial in establishing that defendants breached their copyright — Irreparable harm: while damage resulting from unauthorized streaming primarily financial, harm to plaintiffs arising “in a context where there is a strong prima facie case of an ongoing infringement of the Plaintiffs’

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d’auteur et découragera les utilisateurs d’accéder aux services portant atteinte au droit d’auteur — L’ordonnance aurait un effet dissuasif — Une substitution ne minerait pas son efficacité et n’aurait pas lieu si facilement de sorte de faire échec à l’objet de l’ordonnance ou à la rendre disproportionnée par rapport à l’effort requis par les tierces parties intimées — Le type d’ordonnance de blocage en l’espèce limiterait considérablement l’accès à la diffusion en continu non autorisée de matchs de la LNH en direct — Les modalités de l’ordonnance comprendrait des mesures suffisantes pour atténuer le risque de surblocage — Il était juste et équitable d’accorder aux demanderesse le type d’injonction demandée — Le fardeau général imposé aux tierces parties intimées était réduit — L’ordonnance n’aura été en place que pour une période très limitée — L’effet combiné de ces éléments de l’ordonnance a fait pencher la prépondérance des inconvénients en faveur des demanderesse — Requête accueillie.

Injonctions — Les demanderesse ont demandé une injonction interlocutoire cherchant à empêcher les personnes au Canada d’accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey (LNH) en direct portant atteinte au droit d’auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées — Les demanderesse possèdent des stations de télévision et des services d’abonnement en ligne — Elles ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites pour suivre le rythme de l’évolution dans le fonctionnement de la piraterie du droit d’auteur en ligne — Les tierces parties intimées sont des fournisseurs d’accès Internet (FAI) — Quelques-unes des tierces parties intimées se sont objectées à l’ordonnance, affirmant que le processus suivi par les demanderesse était inapproprié et inéquitable — Elles ont fait valoir que la procédure suivie par les demanderesse était une stratégie délibérée conçue pour placer les parties intimées dans une situation intenable — Elles ont signalé que le recours demandé par les demanderesse correspondait, en effet, à une ordonnance définitive, car il était très peu probable qu’elles poursuivent un jour les défendeurs non désignés nommément — Il s’agissait de déterminer si l’injonction interlocutoire devait être refusée parce que le processus était inéquitable pour les tierces parties intimées — Le processus n’était pas inéquitable pour les tierces parties intimées et n’a pas entravé leur capacité de préparer une réponse exhaustive à la requête — La question de savoir si les demanderesse auraient pu suivre une approche différente n’était pas une question à laquelle la Cour devait répondre — La seule question consistait à déterminer si l’on devrait refuser d’accorder aux demanderesse une injonction interlocutoire mandatoire, car le processus était inéquitable dans les circonstances — Toutes les parties ont eu l’occasion

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

copyright where the defendants are unknown” — This “entirely appropriate” basis on which to find irreparable harm — Balance of convenience: weighed in favour of granting order — Among other things, third party respondents having capacity to engage in type of dynamic site blocking sought — Order would not impose undue cost or complexity thereupon.

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Plaintiffs seeking interlocutory injunction to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League games in Canada by requesting “site blocking” order against named third party respondents — Requesting “dynamic” site blocking order to keep up with evolution of online copyright piracy — Whether relief striking fair balance between fundamental rights of parties, including third parties, general public — Net neutrality not preventing limited blocking to be required by order here — Safeguards put in place by order sufficiently protecting net neutrality — Freedom of expression not weighing in favour of denying relief — Any potential infringement of freedom of expression guaranteed under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* limited, proportionate, justified.

Jankovic v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 121

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Refugee Protection Division — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de présenter leurs observations et de présenter d’autres arguments détaillés — Cela satisfaisait aux normes d’équité procédurale — Les moyens procéduraux supplémentaires, les coûts et les délais associés à la mise d’une affaire en état n’étaient pas nécessaires pour veiller à ce que le processus soit équitable — Les demanderesse ont satisfait au critère relatif à l’octroi d’une injonction interlocutoire mandatoire — Question sérieuse à juger : les demanderesse ont démontré une très forte probabilité qu’elles aient gain de cause au procès en établissant que les défendeurs ont porté atteinte à leur droit d’auteur — Préjudice irréparable : alors que le dommage découlant de la diffusion en continu non autorisée est principalement de nature financière, le préjudice causé aux demanderesse est survenu « dans le contexte d’un dossier solide *prima facie* de violation continue du droit d’auteur des demanderesse par des défendeurs inconnus » — Il s’agit d’un motif « tout à fait approprié » pour conclure à un préjudice irréparable — La prépondérance des inconvénients penchait en faveur d’accorder l’ordonnance — Entre autres choses, les tierces parties intimées ont la capacité de se livrer au blocage dynamique de sites demandé — La mise en œuvre de l’ordonnance n’imposerait ni complexité ni coûts excessifs aux tierces parties intimées.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Les demanderesse ont demandé une injonction interlocutoire cherchant à empêcher les personnes au Canada d’accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey en direct portant atteinte au droit d’auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées — Elles ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites pour contrer la piraterie du droit d’auteur en ligne — Il s’agissait de savoir si la réparation constituait le juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties, des tiers et du grand public — La neutralité du Net ne devrait pas empêcher le blocage limité qui sera requis par l’ordonnance en l’espèce — Les mesures de protection mises en place par l’ordonnance protégerait suffisamment la neutralité du Net — La liberté d’expression ne penchait pas en faveur de refuser la réparation — Toute violation éventuelle des garanties en matière de liberté d’expression prévues dans la *Charte canadienne des droits et libertés* serait limitée, proportionnelle et justifiée.

Jankovic c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 121

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Section de la protection des réfugiés — Demande de contrôle judiciaire d’une décision de la Section de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Division decision refusing to reopen applicant's claim (Reopening Decision) pursuant to *Refugee Protection Division Rules* (RPD Rules), r. 62 — In 2014, RPD found applicant was excluded from refugee protection, pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 98, *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Art. 1F(b) for committing serious non-political crime of heroin trafficking in Croatia — Applicant noted he was convicted of “drug misuse or abuse”, but identified drug as marijuana, not heroin — Matter sent back for redetermination on judicial review — On redetermination of applicant's refugee claim, respondent intervening in case based on information from Interpol Zagreb indicating that applicant had been found guilty of “Abuse of Narcotic Drugs (heroin)” sentenced to imprisonment — Respondent argued that applicant would have been convicted of either trafficking in controlled substance or possession for purposes of trafficking under *Controlled Drugs and Substances Act*, while applicant submitted that amount of heroin in question not appearing in any of judgments from Croatia; it only appeared in document from Interpol Zagreb, which was extrinsic evidence — RPD concluded that respondent had met burden of showing serious reasons for considering that, in Croatia, claimant committed serious non-political crime of trafficking in controlled substance — Subsequently, applicant sought, obtained Adjustment Letter from Croatian authorities amending applicant's conviction to correct inaccurate information — Requested that refugee claim be reopened — Applicant submitted reply arguments to respondent's on May 18, 2021 — While Reopening Decision mentioned applicant's reply arguments, Reopening Decision itself dated May 14, 2021 — In Reopening Decision, RPD found that applicant had ample opportunity to challenge Interpol evidence, adduce his own evidence in response before Exclusion Decision made; that Exclusion Decision's reliance on Interpol evidence not unfair — RPD also stated that applicant should make arguments of respondent's obligation to cooperate in obtaining correction mentioned in Adjustment Letter in context of pre-removal risk assessment (PRRA) — Issues were: whether RPD breached procedural fairness or displayed apprehension of bias based on timing of Reopening Decision; whether RPD had obligation to verify information in Interpol communication; whether natural justice required RPD to give applicant opportunity to present new evidence — Applicant not meeting high threshold for finding of real or perceived bias on RPD's part — Reopening Decision indeed referred to applicant's reply, reasonably captured essence of applicant's reply arguments — In this case, RPD member invited, considered reply submissions of applicant before decision issued — Date of Reopening Decision (May 14, 2021) was of no factual significance — In reading Reopening Decision as whole, taking into consideration circumstances surrounding issuance of said

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié refusant de rouvrir la demande d'asile du demandeur (décision quant à la réouverture) au titre de la règle 62 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (Règles de la SPR) — En 2014, la SPR a conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de réfugié, aux termes de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, pour avoir commis le crime grave de droit commun de trafic d'héroïne en Croatie — Le demandeur a mentionné qu'il avait été reconnu coupable de [TRADUCTION] « mauvais usage ou [d']abus de drogues », et il a précisé que la substance en question était la marijuana, et non pas l'héroïne — L'affaire a été renvoyée pour nouvel examen en contrôle judiciaire — Lors du nouvel examen de la demande d'asile du demandeur, le défendeur en l'espèce s'est fondé sur les renseignements obtenus d'Interpol Zagreb selon lesquels le demandeur avait été reconnu coupable [TRADUCTION] « d'abus de stupéfiants (héroïne) » et avait été condamné à une peine d'emprisonnement — Le défendeur a affirmé que le demandeur aurait été reconnu coupable de trafic d'une substance désignée ou de possession en vue d'en faire le trafic, en contravention de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, tandis que le demandeur a soutenu que la quantité d'héroïne en question n'était inscrite dans aucun des jugements rendus en Croatie; elle ne figurait que dans le document obtenu d'Interpol Zagreb, qui était un élément de preuve extrinsèque — La SPR a conclu que le défendeur s'était acquitté de son fardeau d'établir qu'il existait des motifs sérieux de croire qu'en Croatie, le demandeur d'asile avait commis le crime grave de droit commun de trafic d'une substance désignée — Par la suite, le demandeur a demandé et obtenu, de la part des autorités croates, une lettre relative au rajustement modifiant la déclaration de culpabilité pour y corriger les renseignements inexacts qui y figuraient — Il a demandé la réouverture de la demande d'asile — Le 18 mai 2021, le demandeur a présenté au défendeur des arguments en réplique — Même si la décision quant à la réouverture mentionne les arguments en réplique présentés par le demandeur, la décision quant à la réouverture est datée du 14 mai 2021 — Dans la décision quant à la réouverture, la SPR a estimé que le demandeur avait eu amplement la possibilité de contester les éléments de preuve d'Interpol et de présenter sa propre preuve en réponse avant que la décision quant à l'exclusion ne soit rendue, et que le fait que cette dernière décision repose sur les éléments de preuve d'Interpol n'était pas inéquitable — La SPR a également affirmé que c'est plutôt dans le cadre d'une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) que le demandeur devrait présenter ses arguments quant à l'obligation du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

decision, it was not established that informed person, viewing matter realistically, practically, and having thought matter through, would conclude that reasonable apprehension of bias existing — Applicant bore onus of demonstrating why his claim should be reopened — However, his particular situation illustrated why fairness would sometimes require RPD to take small, not-too-onerous, step of making further inquiry into information relevant to claim — Given circumstances of present matter, given importance of Adjustment Letter to applicant's claim, RPD's conclusion that verifying information contained in Interpol letter not falling within its role was not only unreasonable, it was breach of procedural fairness — Adjustment Letter was relevant to determining seriousness of applicant's conviction, applicant was least able to compel Canadian authorities to produce letter in question — Under these circumstances, natural justice required RPD to reopen his claim, to consider this evidence if obtained by applicant, or to assist applicant in obtaining this information if he could not through other means — Also, stating that applicant has opportunity to make PRRA submissions not cure to procedural unfairness before RPD — Thus, matter sent back for redetermination by different member — Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

défendeur de l'aider à obtenir la correction mentionnée dans la lettre relative au rajustement — Il s'agissait de déterminer si la SPR a manqué à l'équité procédurale ou fait montre de partialité en rendant d'avance la décision quant à la réouverture; si la SPR était tenue de vérifier l'information figurant dans la communication d'Interpol; si la justice naturelle exigeait que la SPR donne au demandeur la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve — Le demandeur n'a pas atteint le seuil élevé permettant une conclusion de partialité réelle ou apparente de la part de la SPR — La décision quant à la réouverture mentionnait bel et bien la réplique envoyée par le demandeur et résumait de façon raisonnable l'essentiel des arguments présentés en réplique par le demandeur — Le commissaire de la SPR en l'espèce a bel et bien invité le demandeur à présenter des observations en réplique et a bel et bien pris celles-ci en compte avant de rendre sa décision — La date de la décision quant à la réouverture ne revêtait pas d'importance sur le plan des faits — Après avoir lu la décision quant à la réouverture dans son ensemble, tout en prenant en compte les circonstances entourant le prononcé de ladite décision, il n'a pas été établi qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — Il incombait au demandeur d'établir les motifs pour lesquels sa demande devait être rouverte — Toutefois, sa situation particulière illustrait les raisons pour lesquelles l'équité exigerait parfois que la SPR prenne la peine d'approfondir l'information se rapportant à une demande d'asile — À la lumière des circonstances de l'espèce, et compte tenu de l'importance de la lettre relative au rajustement pour la demande d'asile du demandeur, la conclusion tirée par la SPR selon laquelle il ne lui appartenait pas de vérifier l'information contenue dans la lettre d'Interpol Zagreb était non seulement déraisonnable, mais elle constituait aussi un manquement à l'équité procédurale — La lettre relative au rajustement a permis d'établir la gravité de la déclaration de culpabilité du demandeur et le demandeur est celui qui était le moins à même de forcer les autorités canadiennes à produire la lettre en question — Vu les circonstances, le principe de la justice naturelle exigeait que la SPR rouvre sa demande d'asile, prenne en compte cet élément de preuve si le demandeur parvenait à l'obtenir ou apporte son aide à celui-ci pour obtenir l'information, s'il ne parvenait pas à le faire autrement — En outre, le fait d'affirmer que le demandeur a la possibilité de formuler des observations dans le cadre de l'ERAR ne remédie pas au manquement à l'équité procédurale devant la SPR — Par conséquent, l'affaire a été renvoyée de sorte qu'un autre commissaire procède à un nouvel examen — Demande accueillie.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Levin v. Canada (Public Safety And Emergency Preparedness) (F.C.) 143

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons with Temporary Status — Application for judicial review of decision by Canada Border Services Agency (CBSA) Officer refusing applicant’s application for work permit under *Canada-United States-Mexico Agreement* (CUSMA) — Applicant, American, accepted probationary, tenure-track assistant professor position at University of Windsor — Received five-year work permit when she entered Canada to begin work in June 2010 — Applicant not residing in Canada, having no desire to do so — In 2017, applicant promoted to tenured position — In 2015, 2018, applicant’s work permit successfully renewed under *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) — In 2021, applicant applied for renewed work permit under new CUSMA agreement but CBSA officer, referencing section 3.7 of *Immigration, Refugees and Citizenship Canada’s (IRCC) International Mobility Program: Canada-United States-Mexico Agreement* (CUSMA) guidelines (Guidelines) found that, because applicant was tenured, her employment was not considered “temporary” — Subsequently, applicant applied to renew work permit under CUSMA through IRCC’s web portal, received IRCC’s initial approval — Later, after applicant returned to port of entry to obtain work permit for which initial approval received, CBSA Officer refused her request — Whether Officer’s decision refusing to issue work permit to applicant reasonable — At time decision rendered, applicant qualified as “professional” under CUSMA, met other requirements — Only issue before Officer related to concept of “temporary entry” — In rendering decision, Officer relied exclusively on Guidelines, s. 3.7; found that applicant’s employment was not temporary; specifically found that because applicant was tenured, employment was not considered temporary — While administrative guidelines can be useful in indicating what constitutes reasonable interpretation of given legislative provision, they are not legally binding, are not intended to be either exhaustive or restrictive — Officer erred: by relying exclusively on Guidelines, s. 3.7 to make decision; in failing to also consider whether, pursuant to CUSMA, Art. 16.1, applicant sought “temporary entry” since she did not intend to establish permanent residence in Canada — Therefore, Officer fettered discretion by failing to also consider whether applicant intended to establish herself permanently in Canada, whether she complied with Canada’s measures applicable to temporary entry — Officer’s decision set aside, matter remitted to another CBSA officer for re-determination having regard to reasons herein — Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Levin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)..... 143

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes ayant un statut temporaire — Demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a rejeté la demande présentée par la demanderesse en vue d’obtenir un permis de travail en vertu de l’*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (l’ACEUM) — La demanderesse, une citoyenne des États-Unis, a accepté un poste de professeure extraordinaire adjointe menant à la permanence à l’Université de Windsor — Elle a obtenu un permis de travail d’une durée de cinq ans lorsqu’elle est entrée au Canada pour intégrer son emploi en juin 2010 — La demanderesse ne réside pas au Canada et ne souhaite pas le faire — En 2017, la demanderesse a été promue au poste de professeure permanente — En 2015, puis en 2018, le permis de travail de la demanderesse a été renouvelé aux termes de l’*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) — En 2021, la demanderesse a demandé le renouvellement de son permis de travail en vertu du nouvel ACEUM, mais l’agent de l’ASFC, invoquant la section 3.7 des lignes directrices d’*Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada* (IRCC), intitulées *Programme de mobilité internationale : l’Accord Canada-États-Unis-Mexique* (ACEUM) (les Lignes directrices), a conclu que, comme la demanderesse disposait d’un emploi permanent, l’emploi ne pouvait être considéré comme « temporaire » — Par la suite, la demanderesse a demandé le renouvellement de son permis de travail en vertu de l’ACEUM sur le portail Web d’IRCC, puis a reçu l’approbation initiale d’IRCC — La demanderesse est ensuite retournée au point d’entrée pour demander la délivrance du permis de travail pour lequel elle avait reçu l’approbation initiale d’IRCC, mais l’agent de l’ASFC a refusé sa demande — Il s’agissait de savoir si la décision de l’agent de refuser de délivrer un permis de travail à la demanderesse était raisonnable — Au moment où la décision a été rendue, la demanderesse était une « professionnelle » aux termes de l’ACEUM et satisfaisait aux autres exigences — La seule question dont l’agent était saisi concernait la notion d’« admission temporaire » — Pour rendre sa décision, l’agent s’est appuyé exclusivement sur la section 3.7 des Lignes directrices et a conclu que l’emploi de la demanderesse n’était pas temporaire; il a expressément conclu que parce que la demanderesse disposait d’un emploi permanent, l’emploi ne pouvait être considéré comme temporaire — Si les lignes directrices administratives peuvent être utiles pour indiquer ce qui constitue une interprétation raisonnable d’une disposition législative donnée, elles ne sont pas juridiquement contraignantes et ne sont pas conçues pour être exhaustives ou restrictives — L’agent

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

National Council of Canadian Muslims v. Canada (Attorney General) (F.C.) 165

Judges and Courts — Judicial conduct — Application for judicial review of Canadian Judicial Council (CJC) decision concluding that conduct of Tax Court of Canada Justice David Spiro not warranting establishment of inquiry committee to determine whether to recommend removal from judicial office — Complaints alleging that Justice Spiro interfered in appointment process at University of Toronto (U of T) Faculty of Law — Events underlying complaints concerning Justice Spiro’s communication with U of T executive regarding possible appointment of Dr. Valentina Azarova as Director of International Human Rights Program (IHRP) at Faculty of Law — Members of Centre for Israel and Jewish Affairs (CIJA) concerned that Dr. Azarova “anti-Israel academic crusader” — Relaying those concerns to Justice Shapiro who then spoke to U of T Assistant Vice-President — Dean of Faculty of Law made aware of status of search process, expressed concerns about Dr. Azarova’s potential appointment — Dean later informing search committee that Dr. Azarova’s appointment would not proceed — CJC Executive Director referred complaints to Vice-Chair of Judicial Conduct Committee — Vice-Chair expressed view that Justice Spiro had indicated lack of integrity, departed from his duty of impartiality — Referred complaints to Review Panel in accordance with CJC’s *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws*, 2015 (By-laws) — Review Panel determined that an informed person could not conclude that Justice Spiro would be unable to decide cases impartially — Concluding that future fear of bias not well founded, could not form basis for directing that Inquiry Committee be constituted — Could not conclude, *inter alia*, that Justice Spiro’s conduct “might be serious enough to warrant” removal from office — In formal expression of concern, Vice-Chair stated that Justice Spiro’s conduct had put

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

a commis une erreur en se fondant exclusivement sur la section 3.7 des Lignes directrices pour rendre sa décision et en n’examinant pas la question de savoir si la demanderesse sollicitait une « admission temporaire » en vertu de l’article 16.1 de l’ACEUM, puisqu’elle n’avait pas l’intention de résider de manière permanente au Canada — Par conséquent, l’agent a effectivement entravé son pouvoir discrétionnaire en n’examinant pas si la demanderesse avait l’intention d’établir sa résidence permanente au Canada et si elle se conformait aux mesures canadiennes applicables à l’admission temporaire — La décision a été annulée et l’affaire renvoyée à un autre agent de l’ASFC pour qu’il rende une nouvelle décision en tenant compte des présents motifs — Demande accueillie.

Conseil national des musulmans canadiens c. Canada (Procureur général) (C.F.) 165

Juges et Tribunaux — Conduite judiciaire — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien de la magistrature (le CCM) a conclu que la conduite reprochée au juge David Spiro de la Cour canadienne de l’impôt ne justifiait pas la constitution d’un comité d’enquête chargé de statuer sur l’opportunité de recommander sa révocation — Des plaintes ont allégué que le juge Spiro s’était immiscé dans un processus de nomination à la Faculté de droit de l’Université de Toronto (l’Université) — Les faits à l’origine de ces plaintes se rapportent à des communications entre le juge Spiro et une cadre de l’Université concernant la nomination éventuelle de M^{me} Valentina Azarova, docteure en droit, au poste de directrice du Programme international des droits de la personne (le Programme) de la Faculté de droit — Des membres du Centre consultatif des relations juives et israéliennes (le CIJA) étaient d’opinion que M^{me} Azarova était une « importante militante anti-Israël » — Ils ont fait part de leurs préoccupations au juge Spiro qui s’est ensuite entretenu avec la vice-rectrice adjointe de l’Université — Le doyen de la Faculté de droit a été informé de l’état d’avancement du processus de recherche et a exprimé des réserves concernant la nomination éventuelle de M^{me} Azarova — Il a plus tard indiqué au comité de recherche que M^{me} Azarova ne serait pas nommée — La directrice exécutive du CCM a renvoyé les plaintes au vice-président du comité sur la conduite des juges — Ce dernier a dit estimer que le juge Spiro avait fait preuve d’un manque d’intégrité et manqué à son devoir d’impartialité — Il a renvoyé les plaintes au Comité d’examen conformément au *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes* (le Règlement administratif) — Le Comité d’examen a déterminé qu’une personne informée ne pourrait conclure que ce dernier était incapable de statuer de façon impartiale — Il a conclu que la crainte de partialité

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

public confidence in integrity, impartiality, independence of judiciary at risk, also risked diminishing confidence in administration of justice — Executive Director subsequently closing complaints — Applicants submitting decision not reasonable, CJC’s process for reviewing complaints not procedurally fair — Arguing Review Panel erred by not finding that complaints should be referred to Inquiry Committee, that Vice-Chair erred in finding no further action warranted — Submitting, inter alia, that CJC failed to appreciate that complaints raised two distinct issues, i.e. that Justice Spiro’s improper interference for benefit of advocacy organization by relying on his past contacts amounted to misconduct, that this conduct raised reasonable apprehension of bias — Issues whether CJC’s ultimate decision to close complaints without constituting Inquiry Committee reasonable; whether CJC breached duty of procedural fairness owed to complainants in circumstances of this case — No fundamental flaws in decision that were “sufficiently central or significant” — Review Panel clearly identified the two distinct issues raised in complaints — CJC’s overall decision reasonable, as was reasoning process — Reasons clear, justified by the facts — Review Panel’s findings reasonable based on its assessment of evidence before it — Issuance of formal expression of concern is sanction — Vice-Chair having broad discretion regarding how to resolve complaints — Not erring by not explaining why other remedial measures not recommended — Decision to issue expression of concern, provide constructive comments reflecting Vice-Chair’s view that Justice Spiro’s conduct not condoned — Vice-Chair’s conclusion demonstrated balanced approach — CJC did not breach duty of procedural fairness owed to complainants — Factors in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (*Baker factors*), case law, supported finding that duty of procedural fairness owed to complainants in CJC’s investigative process at lower end of spectrum or range, not comparable to duty owed to judge subject of complaint, investigation — *Baker factors* can be adapted to inform scope of duty of procedural fairness owed to complainants in CJC review process — Decision not to constitute Inquiry Committee, to issue formal expression of concern administrative decision, not similar to judicial process — Personal interests of complainant not adversely affected in same way as judge subject of complaint — Nothing in Review Procedures or By-laws to provide to complainants legitimate expectation of disclosure of information or greater participation — Importance of decision to complainants not supporting finding higher level of procedural fairness than that provided — While CJC not initiating any follow-up with complainants, this not demonstrating breach of procedural fairness — CJC met duty owed — Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

future n’était pas fondée et ne pouvait servir de fondement à la constitution d’un comité d’enquête — Il n’a pas pu conclure, entre autres choses, que la conduite du juge Spiro « pourrait s’avérer suffisamment grave pour justifier » sa révocation — Le vice-président a exprimé formellement des préoccupations en déclarant que la conduite du juge Spiro avait mis en péril la confiance que portait le public à l’intégrité, à l’impartialité et à l’indépendance de la magistrature et risquait également de diminuer la confiance en l’administration de la justice — La directrice exécutive a fermé le dossier — Les demandeurs ont fait valoir que la décision n’était pas raisonnable et que le processus d’examen des plaintes du CCM n’était pas équitable sur le plan procédural — Ils ont allégué que le Comité d’examen a commis une erreur en ne concluant pas que les plaintes devraient être renvoyées à un comité d’enquête, et que le vice-président a commis une erreur en concluant qu’aucune autre mesure n’était justifiée — Ils ont également soutenu, entre autres choses, que le CCM n’a pas compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes : celle de savoir si l’ingérence indue du juge Spiro dans une nomination universitaire en faveur d’une organisation de défense des intérêts d’un groupe à l’aide de ses contacts antérieurs constituait une faute, et celle de savoir si cette conduite faisait naître une crainte raisonnable de partialité — Il s’agissait de déterminer si la décision finale du CCM était raisonnable, et si le CCM a manqué à son obligation d’équité procédurale envers les plaignants à la lumière des circonstances de l’affaire — Il n’existait aucune lacune fondamentale dans la décision qui était « suffisamment capitale ou importante » — Le Comité d’examen a compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes — La décision du CCM dans son ensemble était raisonnable, tout comme l’était son raisonnement — Les motifs étaient clairs et justifiés par les faits — Les conclusions du Comité d’examen étaient raisonnables et fondées sur son appréciation de la preuve dont il était saisi — Une expression formelle de préoccupation est une sanction — Le vice-président dispose d’un large pouvoir discrétionnaire quant à la façon de traiter les plaintes — Il n’a pas commis d’erreur en n’expliquant pas pourquoi il n’aurait pas été opportun de prendre d’autres mesures correctives — La décision du vice-président d’exprimer des préoccupations et de formuler des observations constructives traduisent également la désapprobation par le vice-président de la conduite du juge Spiro — La conclusion du vice-président a démontré une approche équilibrée — Le CCM n’a pas manqué à son obligation d’équité procédurale envers les plaignants — Les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (*Baker*) et la jurisprudence ont étayé la conclusion selon laquelle l’obligation d’équité procédurale envers les plaignants, dans le cadre du processus

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Benjamin Moore & Co. v. Canada (Attorney General) (F.C.) 236

Patents — Practice — Appeals from decisions of the Commissioner of Patents finding that claims on file, proposed claims of Canadian Patent No. 2695130 ('130 Application), Canadian Patent No. 2695146 ('146 Application) not comprising patentable subject matter pursuant to definition of invention under *Patent Act*, s. 2 — Instead, Commissioner determined that essential elements of each invention constituted abstract theorem, falling under statutory exception provided at Act, s. 27(8) — Appeals consolidated, heard together — '130, '146 Applications relating to appellant's "Color Selection System," which is computer-implemented colour selection method that uses experimentally derived relationships for colour harmony, colour emotion — Both applications filed under *Patent Cooperation Treaty* provisions — Patent Appeal Board conducting review of applications, recommending that Commissioner reject them — Commissioner following that recommendation, using problem-solution approach to make determination — However, problem-solution approach found to be incorrect in *Chouiefaty v. Canada (Attorney General)* — Commissioner concluded for both of appellant's applications that since no computer problem to be solved, computer, associated components not part of solution — Appellant argued in particular that Commissioner erred in applying incorrect test for claim construction, patentable subject matter, when determining that computer was not essential element to invention — It sought order declaring that '130, '146 Applications each disclose patentable inventions — Respondent agreed that Commissioner erred in her assessment of Applications

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d'enquête du CCM, est minimale et n'est pas comparable à l'obligation envers le juge qui fait l'objet de la plainte et de l'enquête — Les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker* peuvent être adaptés pour établir le contenu de l'obligation d'équité procédurale envers les plaignants dans le processus d'examen du CCM — La décision de ne pas constituer un comité d'enquête et d'exprimer formellement des préoccupations est une décision administrative — Le processus de traitement des plaintes n'a pas les mêmes répercussions défavorables sur les intérêts du plaignant — Rien dans les Procédures d'examen ou le Règlement administratif ne peut susciter une attente légitime de communication d'informations ou de participation plus importante au processus — L'importance que revêtait la décision pour les plaignants ne justifiait pas de conclure à une obligation d'équité procédurale plus rigoureuse que celle qui a été accordée — Le manque de suivi auprès des plaignants ne prouve pas qu'il y ait eu atteinte à l'équité procédurale — Le CCM s'est acquitté de son obligation — Demande rejetée.

Benjamin Moore & Co. c. Canada (Procureur général) (C.F.) 236

Brevets — Pratique — Appels à l'encontre de deux décisions de la commissaire aux brevets, concluant que les revendications au dossier et les revendications proposées dans le cadre de la demande de brevet canadien n° 2695130 (la demande visant le brevet '130) et de la demande de brevet canadien n° 2695146 (la demande visant le brevet '146) ne comprenaient pas d'objets brevetables correspondant à la définition d'invention prévue à l'article 2 de la Loi sur les brevets — La commissaire a plutôt conclu que les éléments essentiels de chaque invention constituaient des conceptions théoriques et étaient visés par l'exception prévue au paragraphe 27(8) de la Loi — Les appels ont été réunis et instruits ensemble — Les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portent sur le « système de sélection de couleurs » de l'appelante, qui est une méthode de sélection des couleurs mise en œuvre par ordinateur qui utilise des relations dérivées expérimentalement pour l'harmonie des couleurs et l'émotion des couleurs — Les deux demandes ont été déposées en vertu des dispositions du Traité de coopération en matière de brevets — La Commission d'appel des brevets a examiné les demandes et a recommandé à la commissaire de les rejeter — Souscrivant à cette recommandation, la commissaire a appliqué la méthode « problème-solution » pour rendre sa décision — Toutefois, il a été conclu dans la décision *Chouiefaty c. Canada (Procureur général)* que cette méthode « problème-solution » était incorrecte — En ce qui concerne les deux demandes, la commissaire a conclu que puisqu'il n'y avait pas de problème informatique à résoudre, l'ordinateur et les composantes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

but suggested that Court should limit itself to setting aside Commissioner's decisions, remitting matter back for reconsideration — Issues were whether Commissioner erred by applying wrong legal test for claim construction, patentable subject matter; whether Court should make determination on whether '130, '146 Applications constitute patentable subject matter or should it remit matter to Commissioner for new determination; if Court remitted matter to Commissioner, what instructions should be provided — Supreme Court in *Free World Trust v. Électro Santé Inc., Whirlpool Corp. v. Camco Inc.* establishing that purposive construction approach must be used in construing patent claims — Parties not disputing that Commissioner incorrectly applying problem-solution approach to assessment — In this case, instead of using purposive construction approach to determine whether actual invention patentable, Commissioner construed claims of both '130, '146 Applications by identifying only novel aspects of invention, determined that those novel aspects were unpatentable as “mere scientific principles or abstract theorems” — Commissioner also erring on other fronts — In applying incorrect test to assessing patentability of computer-implemented inventions, Commissioner not making requisite factual findings that would allow analysis of her decision on patentable subject matter — Determination of proper legal test to be applied was question of law well within Court's purview — Legal framework to assessment of patentability of computer-implemented inventions proposed by intervenor, endorsed by applicant was in keeping with Supreme Court's teachings on matter — Therefore, '130, '146 Applications remitted to Canadian Intellectual Property Office (CIPO) for new determination; CIPO directed on proper procedure for claims construction, identifying patentable subject matter — Appeals allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

associées ne faisaient pas partie de la solution — L'appelante a fait valoir que la commissaire a commis une erreur en appliquant le mauvais critère à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables lorsqu'elle a conclu que l'ordinateur ne constituait pas un élément essentiel de l'invention — Elle a sollicité une ordonnance déclarant que la demande visant le brevet '130 et la demande visant le brevet '146 divulguent toutes deux des inventions brevetables — L'intimé a convenu que la commissaire avait commis une erreur en examinant les demandes, mais il a affirmé que la Cour devrait se limiter à annuler les décisions de la commissaire et à renvoyer l'affaire pour réexamen — Il s'agissait de savoir si la commissaire a commis une erreur en appliquant le mauvais critère juridique à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables; de déterminer si la Cour devait trancher la question de savoir si les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portaient sur un objet brevetable ou si elle devait renvoyer l'affaire à la commissaire pour qu'elle rende une nouvelle décision; et, advenant le cas où la Cour devait renvoyer l'affaire à la commissaire, il s'agissait de déterminer quelles instructions elle devait lui donner — Dans les arrêts *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.* et *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, la Cour suprême du Canada a conclu que les revendications d'un brevet doivent être interprétées à l'aide de la méthode de l'interprétation téléologique — Les parties ne contestent pas le fait que la commissaire a appliqué incorrectement la méthode « problème-solution » lorsqu'elle a examiné les demandes — En l'espèce, au lieu d'utiliser la méthode de l'interprétation téléologique pour déterminer si l'invention réelle est brevetable, la commissaire a interprété les revendications des demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 en ne définissant que les aspects nouveaux de l'invention, et elle a conclu que ceux-ci ne sont pas brevetables, car il s'agit de « simples principes scientifiques ou conceptions théoriques » — La commissaire a également commis une erreur à d'autres égards — En appliquant le mauvais critère à l'évaluation de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, la commissaire n'a pas tiré les conclusions de fait nécessaires qui auraient permis d'analyser sa décision quant aux objets brevetables — La détermination du critère juridique qu'il convient d'appliquer était une question de droit relevant tout à fait de la compétence de la Cour — Le cadre juridique proposé par l'intervenant et approuvé par l'appelante pour évaluer la brevetabilité des inventions mise en œuvre par ordinateur était compatible avec les enseignements de la Cour suprême à cet égard — Par conséquent, les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 ont été renvoyées à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) pour qu'il rende une nouvelle décision; et il a été ordonné à l'OPIC d'adopter

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (F.C.) 256

Security Intelligence — Application for judicial authorizations pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), s. 11.13 for retention of two Canadian datasets for period of two years — First such application since *An Act Respecting National Security Matters* (National Security Act, 2017 (National Security Act)) creating dataset regime assented to in 2019 — Dataset amendments stemmed in part from 2016 decision in *X (Re)* regarding Service’s illegal retention of data associated with lawfully collected communications — In that decision, Federal Court held that CSIS Act authorizes Service to collect, retain only that information which is “strictly necessary” to carry out mandate — Issue herein whether application should be allowed — In circumstances in which information obtained, Service considered it was “strictly necessary” to collect information under its CSIS Act, s. 12 mandate to assess whether it related to persons who constituted threat to security of Canada — That was a reasonable conclusion — Here, statutory formal prerequisites for issuance of authorizations were observed — Based on applicant’s affidavit evidence, testimony, as required by CSIS Act, s. 11.13(1), it was established that retention of datasets was likely to assist Service in performance of its duties or function under CSIS Act, ss. 12, 12.1, 16; that Service complied with its obligations under s. 11.1 — Matters referred to in CSIS Act, ss. 11.13(2)(a) to (f) were supported by evidence — Therefore, retention of datasets by Service was authorized for period of two years from date of issuance of Order, update of datasets authorized in accordance with Order’s terms, conditions — Application allowed.

Barre v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 275

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la bonne procédure pour interpréter les revendications et identifier les objets brevetables — Appels accueillis.

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (C.F.) 256

Renseignement de sécurité — Demande d’autorisations judiciaires en application de l’article 11.13 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) relativement à la conservation de deux ensembles de données canadiens pour une période de deux ans — Il s’agissait de la première demande du genre depuis que la *Loi concernant des questions de sécurité nationale* (la Loi de 2017 sur la sécurité nationale (la Loi sur la sécurité nationale)), qui a établi le régime relatif aux ensembles de données, a été sanctionnée en 2019 — Les modifications apportées aux ensembles de données tirent leur origine en partie de la décision rendue en 2016 dans l’affaire *X (Re)* au sujet de la conservation illégale par le Service de données liées à des communications interceptées légalement — Dans cette décision, la Cour fédérale a conclu que la Loi sur le SCRS autorisait le Service à ne recueillir et à ne conserver que l’information « strictement nécessaire » à l’exercice de son mandat — Il s’agissait en l’espèce de déterminer si la demande devait être accueillie — Étant donné les circonstances dans lesquelles les informations ont été obtenues, le Service a jugé qu’il était « strictement nécessaire » de les recueillir en vertu de l’article 12 de la Loi sur le SCRS pour déterminer si elles concernaient des personnes qui constituaient une menace envers la sécurité du Canada — Il s’agissait d’une conclusion raisonnable — En l’espèce, les conditions préalables prévues par la loi relativement à la délivrance des autorisations avaient été observées — Compte tenu de la preuve par affidavit et du témoignage de la demanderesse, conformément au paragraphe 11.13(1) de la Loi sur le SCRS, il a été déterminé que la conservation des ensembles de données aiderait probablement le Service à exercer ses fonctions au titre des articles 12, 12.1 et 16 de la Loi sur le SCRS, et que le Service avait respecté les obligations prévues à l’article 11.1 — Les questions mentionnées aux alinéas 11.13(2)a) à f) de la Loi sur le SCRS étaient étayées par la preuve — Par conséquent, la conservation par le Service des ensembles de données pendant une période de deux ans à partir de la date de délivrance de l’ordonnance a été autorisée, de même que la mise à jour de ces ensembles sous réserve des conditions établies dans l’ordonnance — Demande accueillie.

Barre c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 275

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demande

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Application for judicial review of joint decision of *Refugee Protection Division* (RPD) vacating both of applicants' refugee statuses under *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 109, Refugee Protection Division Rules, r. 64 — Applicants claim to be born in Somalia — Determined to be refugees by RPD — Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) later applied to vacate Convention refugee status conferred on both applicants on basis of misrepresentation, withholding of material facts — Minister's evidence included photo comparisons between applicants, Kenyan citizens who arrived on study permits shortly before applicants' refugee claims made — Minister objected to applicants' evidence concerning facial recognition software by Clearview AI, arguing no indication software used in investigation — Further arguing *Privacy Act*, s. 22(2) allowing law enforcement agencies to protect details of investigation — RPD vacated applicants' refugee status based in part on photo comparisons — Established that applicants, Kenyan students same persons — Applicants argued, inter alia, that decision unreasonable — Also argued that RPD should not have admitted photographic evidence because this evidence likely came from questionable facial recognition software — Whether RPD erred by admitting Minister's photo comparisons as evidence — Whether RPD's findings that applicants were Kenyan students reasonable — RPD erred by allowing photo comparisons without requiring Minister to disclose methodology used in procuring evidence on basis of *Privacy Act* — *Privacy Act*, s. 22(2) appearing to contain several elements not applicable to present case — Curious that Minister cited *Privacy Act*, which protects personal information, as basis for not disclosing source of photo comparison when only information that Minister disclosed was personal to two Kenyan students alleged to be the applicants — Decision in *Canadian Association of Elizabeth Fry Societies v. Canada (Public Safety) (Elizabeth Fry Societies)* confirming that when government agency seeking exemption from disclosure under *Privacy Act*, s. 22(1)(b), Court will not infer injurious harm on theoretical basis from mere presence of an investigation without evidence of nexus between requested disclosure, reasonable expectation of probable harm — Principles outlined in that case regarding *Privacy Act* equally applicable to case at hand — *Privacy Act* not overriding principle of procedural fairness — RPD erred by accepting Minister's reliance on s. 22(2) — RPD did not clarify nature of personal information that Minister was seeking to protect — Did not seek any evidence or arguments on how any aspect of s. 22 applied — Concluded without evidence that Canada Border Services Agency did not rely on Clearview AI solely because company ceased offering its facial recognition services in Canada, made no inquiry as to when photo comparisons created — Allowed

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision conjointe de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) ayant annulé le statut de réfugiée de chacune des demanderesse en vertu de l'article 109 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et de la règle 64 des Règles de la Section de la protection des réfugiés — Les demanderesse ont affirmé être nées en Somalie — La SPR a jugé qu'elles étaient réfugiées — Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) a demandé par après l'annulation du statut de réfugiées au sens de la Convention accordé aux deux demanderesse, pour le motif qu'elles avaient fait des présentations erronées des faits importants et avaient fait preuve de réticence sur ces faits — Le ministre a notamment produit des comparaisons de photographies des demanderesse et de deux citoyennes du Kenya arrivées au Canada en vertu de permis d'études peu avant que les demanderesse présentent leurs demandes d'asile — Le ministre s'est objecté au dépôt de preuve par les demanderesse sur Clearview AI, affirmant que rien n'indiquait que le logiciel de cette dernière avait servi à l'enquête — Le ministre a fait valoir que le paragraphe 22(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (la Loi) permet aux organismes d'application de la loi de protéger les détails de leur enquête — La SPR a annulé le statut de réfugiées des demanderesse, sur le fondement, en partie, des comparaisons de photos — Elle a conclu que, dans chaque cas, la demanderesse et la prétendue étudiante kényane n'étaient qu'une seule et même personne — Les demanderesse ont soutenu, entre autres choses, que la décision était déraisonnable — Elles ont prétendu aussi que la SPR n'aurait pas dû admettre en preuve les photos, car elles ont probablement été obtenues à partir d'un logiciel de reconnaissance faciale douteux — Il s'agissait de déterminer si la SPR a commis une erreur en admettant en preuve les comparaisons de photos produites par le ministre — Il s'agissait aussi de déterminer si la décision de la SPR, selon laquelle les demanderesse étaient des étudiantes kényanes, était raisonnable — La SPR a commis une erreur en autorisant l'admission en preuve des comparaisons de photos sans enjoindre au ministre de communiquer la méthode ayant servi à obtenir ces éléments de preuve sur le fondement de la Loi — Le paragraphe 22(2) de la Loi contient plusieurs éléments qui ne s'appliquaient pas en l'espèce — Le ministre a invoqué la Loi pour justifier son refus de communiquer la source des comparaisons de photos, alors que les seules données qu'il a communiquées étaient des renseignements personnels concernant les deux étudiantes kényanes présumées être les demanderesse — La décision *Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)* a confirmé que lorsqu'un organisme gouvernemental cherche à se soustraire aux exigences de divulgation au titre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Minister to rely on *Privacy Act* to shield itself from disclosure requirement — Failed to engage in necessary consideration of balancing alleged protection of privacy rights with applicants' procedural fairness right to disclosure — While RPD's error in admitting photo comparisons determinative of issue, its assessment of evidence addressed — RPD's findings that applicants were Kenyan students unreasonable — RPD unreasonably ignored discrepancies between Global Case Management System notes, allegations made by Minister — In conclusion, decision to vacate applicants' refugee status unreasonable as it lacked an internally coherent, rational chain of analysis that was justified in relation to facts, law — Matter returned for redetermination — Application allowed.

Patterson v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . 308

Public Service — Pensions — Application for judicial review of decision by Pension Centre determining that pensionable service accumulated under *Canadian Forces Superannuation Act* (CFSA) by applicant, Reserve Force Member from 1979 until 2008, qualified as "other pensionable service" pursuant to *Public Service Superannuation Act* (PSSA), s. 5(5)(c) — Pension Centre determined that applicant's CFSA pensionable service (28+ years) counted against 35-year maximum accrual of pensionable service under PSSA — Applicant ceased to be eligible to contribute to her Public Service Pension Plan pension when her combined pensionable service under both CFSA, PSSA reached 35 years, pursuant to PSSA, s. 5(3) —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de l'alinéa 22(1)b) de la Loi, la Cour n'inférera pas un préjudice d'une façon purement théorique sur la seule existence d'une enquête, sans preuve d'un lien entre la communication demandée et la vraisemblance raisonnable de préjudice — Les principes énoncés dans cette affaire au sujet de la Loi s'appliquaient en l'espèce — La Loi ne l'emporte pas sur le principe d'équité procédurale — La SPR a commis une erreur en acceptant la justification du ministre, fondée sur le paragraphe 22(2) de la Loi — Elle n'a pas demandé de précisions sur la nature des renseignements personnels que le ministre cherchait à protéger — Elle n'a pas demandé des éléments de preuve ou des arguments sur l'application de toute partie de l'article 22 — Elle a conclu sans preuve que l'Agence des services frontaliers du Canada n'avait pas fait appel à Clearview AI, simplement parce que l'entreprise avait cessé d'offrir ses services de reconnaissance faciale au Canada et elle n'a pas cherché à savoir à quel moment les comparaisons de photos avaient été établies — Elle a permis au ministre de se soustraire à l'obligation de communication sur le fondement de la Loi — Elle n'a pas cherché à arriver à un équilibre entre la protection alléguée du droit à la vie privée et le droit à la communication que le principe de l'équité procédurale garantit à la demanderesse — Bien que l'erreur commise par la SPR en admettant en preuve les comparaisons de photos ait été déterminante, l'appréciation de la preuve par la SPR a été examinée — La décision de la SPR, selon laquelle les demanderessees étaient des étudiantes kényanes, était déraisonnable — La SPR a négligé, de manière déraisonnable, les divergences entre les notes du SMGC et les allégations du ministre — En conclusion, la décision d'annuler le statut de réfugiées des demanderessees était déraisonnable, car elle n'était pas fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles — L'affaire a été renvoyée pour nouvel examen — Demande accueillie.

Patterson c. Canada (Procureur Général) (C.F.) . . . 308

Fonction publique — Pensions — Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Centre des pensions qui a conclu que le service ouvrant droit à pension accumulé par la demanderesse, membre de la Force de réserve des Forces armées canadiennes de 1979 à 2008, sous le régime de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (LPRFC) est considéré comme une « autre période de service » conformément à l'alinéa 5(5)c) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* (LPFP) — Le Centre des pensions a conclu que le service de la demanderesse ouvrant droit à pension sous le régime de la LPRFC (28 années et plus) était calculé en fonction du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Pension benefits under CFSA for Reserve Force Members calculated based only on paid or part paid days in Reserves (in applicant's case totalling 12+ years) — Issue concerned applicant's pension entitlements under PSSA — Applicant wished to accumulate full pension credit for time worked in public service under PSSA — Applicant's total pensionable service became capped at 19 years, 161 days combined Canadian Forces service under CFSA, full-time work under PSSA — Maternity leave not pensionable under CFSA, excluded from applicant's total service in Reserves — Applicant submitting unreasonable to count her full 28+ years pensionable service in Reserve Forces against 35-year cap on pensionable service as public servant under PSSA because she did not receive superannuation benefits for her full 28+ years but only for 12+ years — Asking to construe PSSA, s. 5(5) to enable her to accrue full, 35-year pension, by only counting her Canadian Forces service time (12+ years) against 35-year maximum pensionable service cap in PSSA — Also submitting, inter alia, Pension Centre's interpretation failed to give legislation broad, liberal, purposive application that extends full benefits of pension scheme to intended targets, namely those who work, contribute for full 35 years — Whether Pension Centre's decision reasonable — Decision not unreasonable — Ordinary meaning of PSSA, ss. 5(3), 5(5)(c) is that pensionable service accrued under CFSA, payable from Canadian Forces Pension Fund counts against 35-year maximum accrual under PSSA — Clear, unequivocal that term "other pensionable service" referring to "pensionable service" accrued under CFSA — Other pensionable service per s. 5(3),(5) not to be confused with Canadian Forces service time — Words "other pensionable service" in s. 5(5) cannot be read as referring to another concept such as "Canadian Forces service or CF service" — Parliament could easily have referred to "Canadian Forces service" in ss. 5(3),(5) — In choosing term "other pensionable service" in s. 5(3), listing CFSA at s. 5(5), Parliament had definition, meaning of "pensionable service" under CFSA in mind — Parliament appearing to have made some trade-offs favourable to persons in applicant's position — Cannot be said there is no benefit from having common definition of pensionable service across CFSA, PSSA — Applicant's interpretation meaning that pensionable service of not only all Reservists but also all part-time employees under PSSA should be reduced to their actual paid time — Such narrow interpretation for essentially "legislative purpose" reasons without doing injustice elsewhere could not be made — Legislative amendment rather than judicial construction solution to issue raised in this case — Adjustment of amount of pension benefit accounting for periods of part-time employment, reflects lower contributions made to pension fund — This proportionality principle

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

en vertu de la LPFP — La demanderesse a cessé d'être admissible à cotiser à sa pension du Régime de retraite de la fonction publique lorsque le total de son service ouvrant droit à pension combiné sous le régime de la LPRFC et de la LPFP a atteint 35 ans, conformément au paragraphe 5(3) de la LPFP — Les prestations de retraite sous le régime de la LPRFC pour les membres de la Force de réserve sont calculées uniquement en fonction des jours payés ou partiellement payés dans la Réserve qui, dans le cas de la demanderesse, totalisent 12 années et plus — Les droits de la demanderesse à pension sous le régime de la LPFP étaient en cause en l'espèce — La demanderesse souhaitait accumuler le plein droit à pension pour la période où elle travaille dans la fonction publique sous le régime de la LPFP — Son service ouvrant droit à pension total a été plafonné à 19 ans et 161 jours combinés de service dans les Forces canadiennes sous le régime de la LPRFC et de travail à temps plein sous le régime de la LPFP — Le congé de maternité n'ouvrait pas droit à pension sous le régime de la LPRFC et il était exclu de son service total dans la Force de réserve — La demanderesse a soutenu qu'il était déraisonnable de compter ses 28 années et plus de service ouvrant droit à pension dans la Force de réserve à l'encontre du plafond de 35 ans de service ouvrant droit à pension à titre de fonctionnaire sous le régime de la LPFP, parce qu'elle n'a pas reçu de prestations de retraite pour ses 28 années et plus, mais seulement pour ses 12 années et plus — Elle a demandé à la Cour d'interpréter le paragraphe 5(5) de la LPFP de façon à lui permettre d'accumuler une pension complète pour 35 ans de service, en ne comptant que le temps de service dans les FC (12 années et plus) à l'encontre du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension prévu dans la LPFP — La demanderesse a soutenu, entre autres choses, que l'interprétation du Centre des pensions ne donne pas à la loi une application large, libérale et téléologique qui offre une pension complète aux personnes censées en bénéficier, soit ceux et celles qui travaillent et cotisent au régime pendant 35 ans — Il s'agissait de déterminer si la décision contestée était raisonnable — La décision n'était pas déraisonnable — Le sens ordinaire du paragraphe 5(3) et de l'alinéa 5(5)c) de la LPFP est que le service ouvrant droit à pension accumulé sous le régime de la LPRFC et payable par la Caisse de retraite des Forces canadiennes est comptabilisé dans la période d'accumulation maximale de 35 ans sous le régime de la LPFP — Il est clair et sans équivoque que le terme « autre période de service » désigne les « années de service ouvrant droit à pension » accumulées au titre de la LPRFC — Il ne faut pas confondre les autres périodes de service prévues aux paragraphes 5(3) et 5(5) avec le temps de service dans les Forces canadiennes — Le terme « autre période de service » au paragraphe 5(5) ne peut pas être interprété comme faisant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

also important in overall purpose of schemes — Legislative scheme permitting employees to accrue 35 year maximum pension not its only or determinative purpose — Accepting applicant's submissions not faithful to clear wording of provisions at issue — Application dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

référence à un autre concept comme le « service accompli dans les Forces canadiennes » — Le législateur aurait facilement pu faire référence au « service accompli dans les Forces canadiennes » aux paragraphes 5(3) ou 5(5) de la LPPF — En choisissant d'employer le terme « autre période de service » au paragraphe 5(3) de la LPPF et en mentionnant la LPRFC au paragraphe 5(5), le législateur avait en tête la définition et la signification de « service ouvrant droit à pension » sous le régime de la LPRFC — Le législateur semble avoir offert des compromis favorables aux personnes dans la position de la demanderesse — On ne peut donc pas dire qu'il n'y a aucun avantage à ce que la LPRFC et la LPPF prévoient une définition commune du service ouvrant droit à pension — L'interprétation de la demanderesse signifierait que le service ouvrant droit à pension non seulement de tous les réservistes, mais aussi de tous les employés à temps partiel au titre de la LPPF, devrait être réduit à leur période rémunérée réelle — On ne pouvait donner une interprétation aussi étroite pour des raisons essentiellement liées à l'objet de la loi, sans créer une injustice ailleurs — La solution à la question soulevée en l'espèce passerait par une modification législative plutôt que par l'interprétation judiciaire — Le rajustement du montant des prestations de retraite tient compte des périodes d'emploi à temps partiel et reflète les cotisations moins élevées qui ont été versées à la caisse de retraite — Ce principe de proportionnalité est également important dans l'objectif global des régimes — Permettre aux employés d'accumuler une pension maximale correspondant à 35 années de service n'est pas le seul objet, ni l'objet déterminant du régime législatif — Accepter les observations de la demanderesse n'aurait pas été fidèle au libellé clair des dispositions en cause — Demande rejetée.

**Federal Courts
Reports**

2023, Vol. 1, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2023, Vol. 1, 1^{er} fascicule

T-955-21
2022 FC 775

T-955-21
2022 CF 775

Rogers Media Inc., Rogers Communications Inc., BCE Inc., Bell Media Inc., CTV Specialty Television Enterprises Inc., The Sports Network Inc., Le Réseau des sports (RDS) Inc., Groupe TVA Inc. (Plaintiffs)

Rogers Media Inc., Rogers Communications Inc., BCE Inc., Bell Media Inc., CTV Specialty Television Enterprises Inc., The Sports Network Inc., Le Réseau des sports (RDS) Inc., Groupe TVA inc. (demandereses)

v.

c.

John Doe 1, John Doe 2, other unidentified persons who operate unauthorized streaming servers providing access to NHL live games in Canada (Defendants)

Jean Untel 1, Jean Untel 2, autres personnes non identifiées qui exploitent des serveurs de diffusion non autorisés donnant accès aux matchs en direct de la LNH au Canada (défendeurs)

and

et

Bell Canada, Bragg Communications Inc. dba Eastlink, Cogeco Connexion Inc., Distributel Communications Limited, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc., Saskatchewan Telecommunications, Shaw Communications Inc., Teksavvy Solutions Inc., Telus Communications Inc., Videotron Ltd. (Third Party Respondents)

Bell Canada, Bragg Communications Inc. faisant affaire sous le nom Eastlink, Cogeco Connexion Inc., Distributel Communications Limitée, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Canada Inc., Saskatchewan Telecommunications, Shaw Communications Inc., Teksavvy Solutions Inc., Telus Communications Inc., Vidéotron Ltée (tierces parties intimées)

and

et

Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, Beanfield Technologies Inc. (Intervenors)

Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet Samuelson-Glushko, Beanfield Technologies Inc. (intervenants)

INDEXED AS: ROGERS MEDIA INC. v. JOHN DOE 1

RÉPERTORIÉ : ROGERS MEDIA INC. c. JEAN UNTEL 1

Federal Court, Pentney J.—By videoconference, November 23–26, 2021, and January 7, 2022; Ottawa, May 27, 2022.

Cour fédérale, juge Pentney—Par vidéoconférence, du 23 au 26 novembre 2021 et le 7 janvier 2022; Ottawa, le 27 mai 2022.

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

Note de l'arrêtiste : Les parties caviardées par la Cour sont indiquées par [***].

Copyright — Motion by plaintiffs for interlocutory injunction seeking to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League (NHL) games in Canada by requesting “site blocking” order against named third party respondents — Plaintiffs own, operate television stations, online subscription services — In Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz (GoldTV FC), same plaintiffs sought “static”

Droit d'auteur — Requête en injonction interlocutoire par les demandereses cherchant à empêcher les personnes au Canada d'accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey (LNH) en direct portant atteinte au droit d'auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées — Les demandereses possèdent des stations de télévision et des services

site blocking order — Here, plaintiffs requesting “dynamic” site blocking order — Stating that dynamic site blocking order needed to keep up with evolution in how online copyright piracy operates — Third party respondents are Internet service providers (ISPs) — Some were prepared to consent to order, others objected, stating that process followed by plaintiffs inappropriate, unfair — Plaintiffs collectively holding rights to all national, regional games in Canada — Third party respondents’ unfairness arguments involved three related claims — Asserted that procedure followed by plaintiffs deliberate strategy designed to place responding parties in untenable position — Pointed out that remedy plaintiffs seeking, in effect, final order because unlikely plaintiffs will ever pursue unnamed defendants — Submitted that plaintiffs could have tested technical systems they now seek to impose on them, to assess their ease of use, accuracy — Issues whether interlocutory injunction should be refused because process unfair to third party respondents; whether plaintiffs met test to obtain mandatory interlocutory injunction for dynamic site-blocking order; if so, on what terms should order be issued — Process not unfair to third party respondents, not impairing their ability to mount full answer to motion — Only issue whether plaintiffs should be denied mandatory interlocutory injunction because process unfair in circumstances — All parties had chance to present submissions, and further detailed arguments — This meeting standards of procedural fairness — Additional procedural avenues, costs, delay associated with bringing action to trial not needed to ensure process fair — Plaintiffs needing to demonstrate serious issue to be tried, would suffer irreparable harm if injunction not granted, balance of convenience in favour of granting interlocutory injunction — Fundamental question whether “just and equitable in all of the circumstances” that injunction should issue — On first stage of test, plaintiffs demonstrated strong likelihood of success at trial in establishing that defendants breached their copyright — No question that plaintiffs hold copyright in respect of virtually all broadcast distribution of live NHL games in Canada — Defendants’ actions not falling within statutory exception limiting liability of those who only provide “means” of telecommunication, set out in Copyright Act, s. 2.4(1) — Plaintiffs established irreparable harm — While damage resulting from unauthorized streaming primarily financial, here, as in GoldTV FC, harm to plaintiffs arising “in a context where there is a strong prima facie case of an ongoing infringement of the Plaintiffs’ copyright where the defendants are unknown” — This “entirely appropriate” basis on which to find irreparable harm — Alternative measures proposed by third party respondents to prevent piracy speculative, unproven — Balance of convenience weighed in favour of granting order — Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd & Ors (Cartier) providing useful means of addressing evidence, arguments, but certain factors therein adapted to take into account Canadian context — third party respondents having capacity to engage in type of dynamic site blocking sought — Implementing internal business practices,

d’abonnement en ligne — Dans la décision Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz (GoldTV CF), les mêmes demanderesse ont obtenu une ordonnance de blocage de sites « statique » — En l’espèce, les demanderesse ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites — Les demanderesse ont affirmé qu’une ordonnance de blocage de sites dynamique était nécessaire pour suivre le rythme de l’évolution dans le fonctionnement de la piraterie du droit d’auteur en ligne — Les tierces parties intimées sont des fournisseurs d’accès Internet (FAI) — Quelques-unes des tierces parties intimées étaient prêtes à consentir à l’ordonnance, d’autres se sont objectées, affirmant que le processus suivi par les demanderesse était inapproprié et inéquitable — Les préoccupations soulevées par les tierces parties intimées à propos de la portée, de l’étendue et des répercussions de l’ordonnance de blocage dynamique de sites étaient valides — Les demanderesse détiennent collectivement les droits à l’égard de tous les matchs nationaux et régionaux au Canada — Les arguments des tierces parties intimées liés à l’iniquité concernaient trois demandes liées — Elles ont fait valoir que la procédure suivie par les demanderesse était une stratégie délibérée conçue pour placer les parties intimées dans une situation intenable — Elles ont signalé que le recours demandé par les demanderesse correspondait, en effet, à une ordonnance définitive, car il était très peu probable qu’elles poursuivent un jour les défendeurs non désignés nommément — Elles ont fait valoir que les demanderesse auraient pu mettre à l’essai les systèmes techniques qu’elles cherchent désormais à leur imposer, pour évaluer leur convivialité et leur précision — Il s’agissait de déterminer si l’injonction interlocutoire devait être refusée parce que le processus était inéquitable pour les tierces parties intimées; si les demanderesse ont satisfait au critère relatif à l’octroi d’une injonction interlocutoire mandatoire pour une ordonnance de blocage dynamique de sites; le cas échéant, quelles sont les modalités sous lesquelles l’ordonnance devrait être délivrée — Le processus n’était pas inéquitable pour les tierces parties intimées et n’a pas entravé leur capacité de préparer une réponse exhaustive à la requête — Les demanderesse devaient démontrer qu’il existait une question sérieuse à juger, qu’elles subiraient un préjudice irréparable si l’injonction n’était pas accordée, et que et la prépondérance des inconvénients favorisait l’octroi de l’injonction interlocutoire — La question fondamentale consistait à déterminer si l’octroi d’une injonction était « juste et équitable eu égard à l’ensemble des circonstances » — En ce qui concerne la première étape du test, les demanderesse ont démontré une très forte probabilité qu’elles auraient gain de cause au procès en établissant que les défendeurs ont porté atteinte à leur droit d’auteur — Il ne faisait aucun doute que les demanderesse sont titulaires du droit d’auteur à l’égard de pratiquement toute la distribution des diffusions de matchs de la LNH en direct au Canada — Les actions des défendeurs ne sont pas visées par l’exception prévue par la loi limitant la responsabilité de ceux qui ne font que fournir les « moyens » de télécommunication, énoncée au

processes to mitigate risks — Order would not impose undue cost or complexity on third party respondents — Order would be effective in making infringing activities more difficult, discouraging users from accessing infringing services — Order would have dissuasive effect — Substitution would likely not undermine its effectiveness, not so easily done as to defeat purpose of order or to render it disproportional to effort required by third party respondents — Type of blocking order here would significantly limit access to unauthorized streaming of live NHL games — Terms of order would include sufficient measures to mitigate risk of over-blocking — Just, equitable to grant plaintiffs type of injunction they sought — Overall burden on third party respondents reduced — Order in place for very limited duration — Combined effect of these elements, others of order tipped balance of convenience in favour of plaintiffs — Motion granted.

Injunctions — Plaintiffs seeking interlocutory injunction to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League games in Canada by requesting “site blocking” order against named third party respondents — Plaintiffs own, operate television stations, online subscription services — Requesting “dynamic” site blocking order to keep up with evolution in how online copyright piracy operates — Third party respondents are Internet service providers (ISPs) — Some objected to order, stating that process followed by plaintiffs inappropriate, unfair — Asserted that procedure followed by plaintiffs deliberate strategy designed to place responding parties in untenable position — Pointed out that remedy plaintiffs seeking, in effect, final order because unlikely plaintiffs will ever pursue unnamed defendants

paragraphe 2.4(1) de la Loi sur le droit d’auteur — Les demanderesse ont établi l’existence d’un préjudice irréparable — Alors que le dommage découlant de la diffusion en continu non autorisée était principalement de nature financière, en l’espèce, comme dans l’affaire GoldTV CF, le préjudice causé aux demanderesse est survenu « dans le contexte d’un dossier solide prima facie de violation continue du droit d’auteur des demanderesse par des défendeurs inconnus » — Il s’agit d’un motif « tout à fait approprié » pour conclure à un préjudice irréparable — Les autres mesures proposées par les tierces parties intimées pour empêcher le piratage étaient conjecturales et non éprouvées — L’affaire Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd & Ors (Cartier) offre des moyens utiles d’aborder la preuve et les arguments, mais l’application de certains facteurs énoncés dans Cartier ont été adaptées de façon à tenir compte du contexte canadien — Les tierces parties intimées ont la capacité de se livrer au type de blocage dynamique de sites demandé — Elles ont mis en œuvre des pratiques et des processus opérationnels internes pour atténuer les risques — L’ordonnance n’imposerait ni complexité ni coûts excessifs aux tierces parties intimées — L’ordonnance rendrait plus difficiles les activités portant atteinte au droit d’auteur et découragera les utilisateurs d’accéder aux services portant atteinte au droit d’auteur — L’ordonnance aurait un effet dissuasif — Une substitution ne minerait pas son efficacité et n’aurait pas lieu si facilement de sorte de faire échec à l’objet de l’ordonnance ou à la rendre disproportionnée par rapport à l’effort requis par les tierces parties intimées — Le type d’ordonnance de blocage en l’espèce limiterait considérablement l’accès à la diffusion en continu non autorisée de matchs de la LNH en direct — Les modalités de l’ordonnance comprendrait des mesures suffisantes pour atténuer le risque de surblocage — Il était juste et équitable d’accorder aux demanderesse le type d’injonction demandée — Le fardeau général imposé aux tierces parties intimées était réduit — L’ordonnance n’aura été en place que pour une période très limitée — L’effet combiné de ces éléments de l’ordonnance a fait pencher la prépondérance des inconvénients en faveur des demanderesse — Requête accueillie.

Injunctions — Les demanderesse ont demandé une injonction interlocutoire cherchant à empêcher les personnes au Canada d’accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey (LNH) en direct portant atteinte au droit d’auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées — Les demanderesse possèdent des stations de télévision et des services d’abonnement en ligne — Elles ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites pour suivre le rythme de l’évolution dans le fonctionnement de la piraterie du droit d’auteur en ligne — Les tierces parties intimées sont des fournisseurs d’accès Internet (FAI) — Quelques-unes des tierces parties intimées se sont objectées à l’ordonnance, affirmant que le processus suivi par les demanderesse était inapproprié

— *Whether interlocutory injunction should be refused because process unfair to third party respondents* — *Process not unfair to third party respondents, not impairing their ability to mount full answer to motion* — *Whether plaintiffs could have followed a different approach not a question for Court* — *Only issue whether plaintiffs should be denied mandatory interlocutory injunction because process unfair in circumstances* — *All parties had chance to present submissions, further detailed arguments* — *This meeting standards of procedural fairness* — *Additional procedural avenues, costs, delay associated with bringing action to trial not needed to ensure process fair* — *Plaintiffs met test to obtain mandatory injunction* — *Serious issue: plaintiffs demonstrated strong likelihood of success at trial in establishing that defendants breached their copyright* — *Irreparable harm: while damage resulting from unauthorized streaming primarily financial, harm to plaintiffs arising “in a context where there is a strong prima facie case of an ongoing infringement of the Plaintiffs’ copyright where the defendants are unknown”* — *This “entirely appropriate” basis on which to find irreparable harm* — *Balance of convenience: weighed in favour of granting order* — *Among other things, third party respondents having capacity to engage in type of dynamic site blocking sought* — *Order would not impose undue cost or complexity thereupon.*

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — *Plaintiffs seeking interlocutory injunction to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League games in Canada by requesting “site blocking” order against named third party respondents* — *Requesting “dynamic” site blocking order to keep up with evolution of online copyright piracy* — *Whether relief striking fair balance between fundamental rights of parties, including third parties, general public* — *Net neutrality not preventing limited blocking to be required by order here* — *Safeguards put in place by order sufficiently protecting net neutrality* — *Freedom of expression not weighing in favour of denying relief* — *Any potential infringement of freedom of*

et inéquitable — *Elles ont fait valoir que la procédure suivie par les demanderessees était une stratégie délibérée conçue pour placer les parties intimées dans une situation intenable* — *Elles ont signalé que le recours demandé par les demanderessees correspondait, en effet, à une ordonnance définitive, car il était très peu probable qu’elles poursuivent un jour les défendeurs non désignés nommément* — *Il s’agissait de déterminer si l’injonction interlocutoire devait être refusée parce que le processus était inéquitable pour les tierces parties intimées* — *Le processus n’était pas inéquitable pour les tierces parties intimées et n’a pas entravé leur capacité de préparer une réponse exhaustive à la requête* — *La question de savoir si les demanderessees auraient pu suivre une approche différente n’était pas une question à laquelle la Cour devait répondre* — *La seule question consistait à déterminer si l’on devrait refuser d’accorder aux demanderessees une injonction interlocutoire mandatoire, car le processus était inéquitable dans les circonstances* — *Toutes les parties ont eu l’occasion de présenter leurs observations et de présenter d’autres arguments détaillés* — *Cela satisfaisait aux normes d’équité procédurale* — *Les moyens procéduraux supplémentaires, les coûts et les délais associés à la mise d’une affaire en état n’étaient pas nécessaires pour veiller à ce que le processus soit équitable* — *Les demanderessees ont satisfait au critère relatif à l’octroi d’une injonction interlocutoire mandatoire* — *Question sérieuse à juger : les demanderessees ont démontré une très forte probabilité qu’elles aient gain de cause au procès en établissant que les défendeurs ont porté atteinte à leur droit d’auteur* — *Préjudice irréparable : alors que le dommage découlant de la diffusion en continu non autorisée est principalement de nature financière, le préjudice causé aux demanderessees est survenu « dans le contexte d’un dossier solide prima facie de violation continue du droit d’auteur des demanderessees par des défendeurs inconnus »* — *Il s’agit d’un motif « tout à fait approprié » pour conclure à un préjudice irréparable* — *La prépondérance des inconvénients penchait en faveur d’accorder l’ordonnance* — *Entre autres choses, les tierces parties intimées ont la capacité de se livrer au blocage dynamique de sites demandé* — *La mise en œuvre de l’ordonnance n’imposerait ni complexité ni coûts excessifs aux tierces parties intimées.*

Droit constitutionnel — Charte de droits — Libertés fondamentales — *Les demanderessees ont demandé une injonction interlocutoire cherchant à empêcher les personnes au Canada d’accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey en direct portant atteinte au droit d’auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées* — *Elles ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites pour contrer la piraterie du droit d’auteur en ligne* — *Il s’agissait de savoir si la réparation constituait le juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties, des tiers et du grand public* — *La neutralité du Net ne devrait pas empêcher le blocage limité qui sera requis par l’ordonnance en l’espèce* — *Les mesures*

expression guaranteed under Canadian Charter of Rights and Freedoms limited, proportionate, justified.

This was a motion by the plaintiffs for an interlocutory injunction seeking to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League (NHL) games in Canada by requesting a “site blocking” order against the named third party respondents.

The plaintiffs are Canadian entities that own and operate a number of television stations and online subscription services in Canada. The order the plaintiffs sought built upon a recent decision by the Court in *Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz (GoldTV FC)*. *GoldTV FC* involved the same plaintiffs and third party respondents as the present matter, wherein the plaintiffs sought an interlocutory injunction to force the third party respondents to block customers from accessing copyrighted broadcasts of television programs. The *GoldTV FC* order can be described as a “static” site blocking order because it listed a specific number of sites to be blocked, and provided that new sites could only be added by order of the Court. In this case, the plaintiffs requested a “dynamic” site blocking order, which involves trying to follow and block the unlawful streaming as it moves. The plaintiffs stated that the type of order issued in *GoldTV FC* would not work here because pirates have adopted new measures to avoid detection and defeat site blocking, including moving their infringing content from site to site on a regular basis. The plaintiffs also stated that a dynamic site blocking order is needed to keep up with the evolution in how online copyright piracy operates. The third party respondents are Internet service providers (ISPs) that provide the vast majority of Internet access to Canadian households and businesses. None of them were accused of any wrongdoing in this case. While some of the third party respondents were prepared to consent to the order, others objected, stating that the process the plaintiffs followed was inappropriate and unfair. They argued that the order sought would impose undue risks, practical difficulties and costs on them. They submitted that if any order was to be imposed, the plaintiffs must be required to indemnify them completely for the costs associated with compliance, including any cost of upgrading their network infrastructure. The concerns expressed by the third party respondents and interveners about the scope, reach and implications of the dynamic site blocking order sought here were valid and merited serious attention. The broadcasters who hold the rights to particular NHL games film and produce them. Copyright in the live footage and production is then assigned from the broadcasters to the NHL or to the local NHL team playing the game; the NHL and the teams in turn licence these rights back to the broadcasters. The plaintiffs collectively hold the rights to all

de protection mises en place par l’ordonnance protégerait suffisamment la neutralité du Net — La liberté d’expression ne penchait pas en faveur de refuser la réparation — Toute violation éventuelle des garanties en matière de liberté d’expression prévues dans la Charte canadienne des droits et libertés serait limitée, proportionnelle et justifiée.

Il s’agissait d’une requête en injonction interlocutoire par les demanderesse cherchant à empêcher les personnes au Canada d’accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey (LNH) en direct portant atteinte au droit d’auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées.

Les demanderesse sont des entités canadiennes qui possèdent un certain nombre de stations de télévision et de services d’abonnement en ligne au Canada. L’ordonnance sollicitée par les demanderesse s’appuyait sur un précédent récent dans la décision *Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz (GoldTV CF)*, une affaire qui concernait les mêmes demanderesse et tierces parties intimées que la présente espèce, dans laquelle les demanderesse ont demandé une injonction interlocutoire afin d’obliger les tierces parties intimées à bloquer l’accès des clients à des diffusions d’émissions de télévision protégées par le droit d’auteur. L’ordonnance rendue dans l’affaire *GoldTV CF* était une ordonnance de blocage de sites « statique », car elle énumérait un nombre précis de sites à bloquer et elle prévoyait que de nouveaux sites pouvaient uniquement être ajoutés en vertu d’une ordonnance de la Cour. En l’espèce, les demanderesse ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites, qui comporte le fait de tenter de suivre et de bloquer la diffusion illégale au fur et à mesure qu’elle se déplace. Les demanderesse ont affirmé que le type d’ordonnance délivrée dans l’affaire *GoldTV CF* ne fonctionnerait pas en l’espèce, car les pirates ont adopté de nouvelles mesures pour éviter la détection et vaincre le blocage de sites, y compris en déplaçant leur contenu contrefait d’un site à l’autre de façon régulière. Les demanderesse ont aussi affirmé qu’une ordonnance de blocage de sites dynamique était nécessaire pour suivre le rythme de l’évolution dans le fonctionnement de la piraterie du droit d’auteur en ligne. Les tierces parties intimées sont des fournisseurs d’accès Internet (FAI) qui fournissent la grande majorité de l’accès Internet aux entreprises et aux ménages canadiens. Aucune d’entre elles n’était accusée d’un acte répréhensible quelconque dans la présente espèce. Alors que quelques-unes des tierces parties intimées étaient prêtes à consentir à l’ordonnance, d’autres se sont objectées, affirmant que le processus suivi par les demanderesse était inapproprié et inéquitable. Elles ont fait valoir que l’ordonnance sollicitée leur imposerait des risques indus, des difficultés pratiques et des coûts. Elles ont affirmé que si une ordonnance doit être imposée, les demanderesse doivent être tenues de les indemniser intégralement pour les coûts associés à la conformité, y compris tous les coûts de mise à niveau de leur infrastructure réseau. Les

national and regional games in Canada, which they sometimes sub-license to other broadcasters. A key element in this case was the ISPs' capacity to identify and block users' access to streaming platforms that are unlawfully streaming copyright-infringing content. The third party respondents' unfairness arguments involved three related claims. First, the third party respondents asserted that the procedure followed by the plaintiffs was a deliberate strategy designed to place the responding parties in an untenable position. Next, the third party respondents pointed out that the remedy the plaintiffs were seeking was, in effect, a final order because it is highly unlikely they will ever pursue the unnamed defendants. The third party respondents argued that the interlocutory injunction process denied them the usual discovery rights and other procedural safeguards that are part of the regular trial process. Related to this, the third party respondents submitted that the plaintiffs could have tested the technical systems they now sought to impose on them, to assess their ease of use and accuracy. They contended that this would have diminished the impact on them because it would have allowed for a period of testing and refinement of the dynamic blocking procedures.

The issues were whether the interlocutory injunction should be refused because the process was unfair to the third party respondents; whether the plaintiffs met the test to obtain a mandatory interlocutory injunction for a dynamic site-blocking order; if so, on what terms should the order be issued.

Held, the motion should be granted.

While the plaintiffs could have followed a different approach, the process—as it actually unfolded—was not unfair to the third party respondents and did not impair their ability to mount a full answer to the motion. Whether the plaintiffs could or should have followed a different, more collaborative,

préoccupations soulevées par les tierces parties intimées et les intervenants à propos de la portée, de l'étendue et des répercussions de l'ordonnance de blocage dynamique de sites sollicitée en l'espèce étaient valides et méritaient une attention sérieuse. Les radiodiffuseurs qui sont titulaires des droits à l'égard de matchs particuliers de la LNH les filment et les produisent. Le droit d'auteur à l'égard de l'enregistrement vidéo en direct et de la production est ensuite octroyé des diffuseurs à la LNH ou à l'équipe locale de la LNH jouant le match; la LNH et les équipes délivrent de nouveau à leur tour une licence à l'égard de ces droits à ces mêmes diffuseurs. Les demanderesse détiennent collectivement les droits à l'égard de tous les matchs nationaux et régionaux au Canada, pour lesquels ils délivrent une sous-licence à d'autres diffuseurs. Un élément clé dans la présente espèce est la capacité des FAI à identifier et à bloquer l'accès des utilisateurs aux plateformes de diffusion en continu qui diffusent en continu illégalement du contenu portant atteinte au droit d'auteur. Les arguments des tierces parties intimées liés à l'iniquité concernaient trois demandes liées. En premier lieu, les tierces parties intimées ont fait valoir que la procédure suivie par les demanderesse était une stratégie délibérée conçue pour placer les parties intimées dans une situation intenable. Ensuite, les tierces parties intimées ont signalé que le recours demandé par les demanderesse correspondait, en effet, à une ordonnance définitive, car il était très peu probable qu'elles poursuivent un jour les défendeurs non désignés nommément. Les tierces parties intimées ont prétendu que le processus de l'injonction interlocutoire leur refuse les droits habituels en matière de communication de la preuve et d'autres mesures de protection procédurales qui font partie de la procédure judiciaire habituelle. À cet égard, les tierces parties intimées ont fait valoir que les demanderesse auraient pu mettre à l'essai les systèmes techniques qu'elles cherchaient désormais à leur imposer, pour évaluer leur convivialité et leur précision. Elles ont soutenu qu'il se serait agi d'une procédure plus équitable qui aurait réduit l'impact sur elles, car cela aurait permis une période d'essai et de mise au point des procédures de blocage dynamique.

Il s'agissait de déterminer si l'injonction interlocutoire devait être refusée parce que le processus était inéquitable pour les tierces parties intimées; si les demanderesse ont satisfait au critère relatif à l'octroi d'une injonction interlocutoire mandatoire pour une ordonnance de blocage dynamique de sites; le cas échéant, quelles sont les modalités sous lesquelles l'ordonnance devrait être délivrée.

Ordonnance : la requête doit être accueillie.

Même si les demanderesse pouvaient avoir opté pour une approche différente, le processus — de la façon dont il s'est déroulé en réalité — n'était pas inéquitable pour les tierces parties intimées et n'a pas entravé leur capacité de préparer une réponse exhaustive à la requête. La question de savoir si

approach was not a question for the Court. Rather, the only issue was whether the plaintiffs should be denied a mandatory interlocutory injunction because the process was unfair in the circumstances. All parties had the chance to present their submissions, and to present further detailed arguments regarding their respective positions on the terms of the order that might be issued. By any measure, this meets the standards of procedural fairness. It is true that the interlocutory injunction procedure does not entail the full panoply of procedural rights that an action followed by a trial allows. On the other hand, that procedure also does not involve the delay and cost associated with a full trial of a matter. The additional procedural avenues, and costs and delay associated with bringing an action to trial were not needed to ensure the process was fair to the third party respondents.

The plaintiffs needed to meet the three-part test set out by the Supreme Court in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)* for an interlocutory injunction. The fundamental question was whether it was “just and equitable in all of the circumstances” that an injunction should issue. On the first stage of the test (serious issue to be tried), the plaintiffs demonstrated a very strong likelihood that they would be successful at trial in establishing that the defendants breached their copyright. The plaintiffs bore the onus of demonstrating that they had a “strong *prima facie* case”. There was no question that the various plaintiffs hold the copyright in respect of virtually all broadcast distribution of live NHL games in Canada, including TV broadcasting and online streaming services. The plaintiffs identified many instances where streaming servers provided unauthorized access to the live NHL games broadcast on the stations they monitored. The defendants’ actions did not fall within the statutory exception limiting the liability of those who only provide the “means” of telecommunication, set out in subsection 2.4(1) of the *Copyright Act*. The plaintiffs established irreparable harm (the second stage of the test), and that the order was necessary to stop or at least reduce the unlawful streaming of live NHL games over which they hold copyright. The crux of the plaintiffs’ argument on the ground of financial harm was that they were losing subscribers and potential advertising revenue because of the ongoing breach of their copyright due to the unauthorized streaming of their copyright content in live NHL games. In the circumstances here, the damage resulting from the unauthorized streaming is primarily financial, and ordinarily such damages cannot amount to irreparable harm because they are recoverable after trial. However, in this case, as in *GoldTV FC*, the harm to the plaintiffs arises “in a context where there is a strong *prima facie* case of an ongoing infringement of the plaintiffs’ copyright where the defendants are unknown”. This is an “entirely

les demandereses auraient pu ou auraient dû suivre une approche différente, plus collaborative, n’était pas une question à laquelle la Cour devait répondre. En revanche, la seule question consistait à déterminer si l’on devait refuser d’accorder aux demandereses une injonction interlocutoire mandatoire, car le processus était inéquitable dans les circonstances. Toutes les parties ont eu l’occasion de présenter leurs observations et de présenter d’autres arguments détaillés concernant leurs positions respectives sur les modalités de l’ordonnance qui pouvait être délivrée. À tous les points de vue, cela satisfaisait aux normes d’équité procédurale. Il est vrai que la procédure d’injonction interlocutoire n’englobe pas toute la panoplie des droits procéduraux permis par une action suivie d’un procès en première instance. D’autre part, cette procédure ne comporte pas non plus le délai et les coûts associés à la tenue d’un procès complet d’une affaire en première instance. Les moyens procéduraux supplémentaires, les coûts et les délais associés à la mise d’une affaire en état n’étaient pas nécessaires pour veiller à ce que le processus soit équitable pour les tierces parties intimées.

Les demandereses devaient satisfaire au critère à trois volets tel qu’établi par la Cour suprême dans l’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* relatif à l’octroi d’une injonction interlocutoire. La question fondamentale consistait à déterminer si l’octroi d’une injonction était « juste et équitable eu égard à l’ensemble des circonstances ». En ce qui concerne la première étape (une question sérieuse à juger), les demandereses ont démontré une très forte probabilité qu’elles auraient gain de cause au procès en établissant que les défendeurs ont porté atteinte à leur droit d’auteur. Il incombait aux demandereses de démontrer qu’elles avaient une « forte apparence de droit ». Il ne faisait aucun doute que les différentes demandereses sont titulaires du droit d’auteur à l’égard de pratiquement toute la distribution des diffusions de matchs de la LNH en direct au Canada, y compris les services de télédiffusion et de diffusion en continu en ligne. Les demandereses ont identifié plusieurs cas où des serveurs de diffusion en continu ont fourni un accès non autorisé à la diffusion de matchs de la LNH en direct sur les stations surveillées. Les actions des défendeurs n’étaient pas visées par l’exception prévue par la loi limitant la responsabilité de ceux qui ne font que fournir les « moyens » de télécommunication, énoncée au paragraphe 2.4(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Les demandereses ont établi l’existence d’un préjudice irréparable (la deuxième étape du critère) et que l’ordonnance était nécessaire pour mettre un terme ou, à tout le moins, pour réduire la diffusion en continu illégale de matchs de la LNH en direct à l’égard desquels elles sont titulaires d’un droit d’auteur. L’essentiel de l’argument des demandereses quant au motif du préjudice financier était qu’elles perdaient des abonnés et des revenus publicitaires éventuels en raison de la violation continue de leur droit d’auteur imputable à la diffusion en continu non autorisée de leur contenu protégé par le droit d’auteur dans les matchs de la LNH en direct. Dans les

appropriate” basis on which to find irreparable harm. The alternative measures proposed by the third party respondents were speculative and unproven. It was not possible to conclude that any of the proposed alternatives would be effective as a means of preventing the piracy. The balance of convenience (the third stage of the test) weighed in favour of granting an order of the type sought by the plaintiffs. As in *GoldTV FC*, the application of certain factors set out in *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd & Ors (Cartier)* in this stage of the test were adapted to take into account the Canadian context regarding the regulation of the Internet. The first *Cartier* factor examined was the complexity and cost of implementing the proposed dynamic blocking order. The third party respondents each have the capacity to engage in the type of dynamic site blocking that was sought within the current parameters of their network infrastructure. To mitigate risks, the third party respondents have implemented a number of internal business practices and processes, and it would be entirely appropriate for them to follow at least some of these in taking steps to implement the order here. The order must take into account the risks and challenges, as well as the practical capacity limits that each of the third party respondents face. However, in light of the situation at the time of the issuance of this decision, the order would not impose undue cost or complexity on any of the third party respondents. Based on the evidence in the record, the order would be effective in making the infringing activities more difficult and it would have the effect of discouraging users from accessing the infringing services. The order was likely to have at least some dissuasive effect and substitution would likely not undermine its effectiveness. Blocking access to unauthorized content was likely to have an impact on the individuals affected, and they would face costs and a degree of complexity in seeking to evade the effects of a blocking order. This may dissuade them from continuing, and it may persuade others who may be tempted that it is not worth the effort. Substitution would not be so easily done as to defeat the purpose of the order or to render it disproportional to the effort required by the third party respondents. While the terms of the order would result in a degree of under-blocking, the type of blocking order here would nevertheless significantly limit access to the unauthorized streaming of live NHL games. That is all that is required under this element of the test. The *Cartier* factor “Barriers to legitimate use or trade” involves consideration of whether the relief will create barriers to legitimate use by unduly affecting the ability of users of ISP services to access information lawfully. This factor’s purpose is to prevent over-blocking. The considerations relied on in *GoldTV FC* applied to some degree here. The terms of the order would include sufficient measures to mitigate the risk of over-blocking. The *Cartier* factor of “Fairness” calls for consideration of whether the relief strikes a fair balance between fundamental rights of the parties, including the third parties, and the general public. The principle of net neutrality, which generally means “that all traffic on the Internet should be given equal treatment by ISPs”, should

circstances de la présente affaire, le dommage découlant de la diffusion en continu non autorisée était principalement de nature financière et, habituellement, de tels dommages ne peuvent équivaloir à un préjudice irréparable, car ils sont recouvrables après le procès. Cependant, en l’espèce, comme dans l’affaire *GoldTV CF*, le préjudice causé aux demanderesse est survenu « dans le contexte d’un dossier solide *prima facie* de violation continue du droit d’auteur des demanderesse par des défendeurs inconnus ». Il s’agit d’un motif « tout à fait approprié » pour conclure à un préjudice irréparable. Les autres mesures proposées par les tierces parties intimées étaient conjecturales et non éprouvées. Il était impossible de conclure que l’une des solutions de rechange proposées constituerait un moyen d’empêcher le piratage. La prépondérance des inconvénients (la troisième étape du critère) penchait en faveur d’accorder une ordonnance du type demandé par les demanderesse. Comme dans l’affaire *GoldTV CF*, l’application de certains facteurs énoncés dans l’affaire *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd & Ors (Cartier)* a été adaptée à la troisième étape du critère afin de tenir compte du contexte canadien concernant la réglementation d’Internet. Le premier facteur énoncé dans l’affaire *Cartier* qui a été examiné était la complexité et le coût de la mise en œuvre du projet d’ordonnance de blocage dynamique. Les tierces parties intimées ont chacune la capacité de se livrer au type de blocage dynamique de sites demandé à l’intérieur des paramètres actuels de leur infrastructure réseau. Pour atténuer les risques, les tierces parties intimées ont mis en œuvre un certain nombre de pratiques et de processus opérationnels internes, et il était tout à fait approprié qu’elles suivent à tout le moins en partie quelques-uns de ceux-ci pour prendre des mesures afin de mettre en œuvre l’ordonnance en l’espèce. L’ordonnance devait tenir compte des risques et des difficultés ainsi que des limites relatives à la capacité pratique auxquels chacune des tierces parties intimées était confrontée. Cependant, compte tenu de la situation au moment de la délivrance de la présente ordonnance, la mise en œuvre de l’ordonnance n’imposerait ni complexité ni coûts excessifs à l’une ou l’autre des tierces parties intimées. D’après la preuve au dossier, l’ordonnance serait efficace pour ce qui est de rendre plus difficiles les activités portant atteinte au droit d’auteur et qu’elle aurait pour effet de décourager les utilisateurs d’accéder aux services portant atteinte au droit d’auteur. L’ordonnance était susceptible d’avoir à tout le moins un effet dissuasif et une substitution ne minerait pas son efficacité. Le blocage de l’accès au contenu autorisé serait susceptible d’avoir des répercussions sur les personnes touchées, et celles-ci seraient confrontées à des coûts et à un niveau de complexité supplémentaires en cherchant à éluder les effets d’une ordonnance de blocage. Cela pourrait les dissuader de continuer et en persuader d’autres qui pourraient être tentés que cela n’en vaut pas la peine. Une substitution permettant de faire échec à l’objet de l’ordonnance ou à la rendre disproportionnée par rapport à l’effort requis par les tierces parties intimées n’aurait pas lieu si facilement de sorte de faire échec à l’objet de l’ordonnance ou

not prevent the limited blocking that was to be required by the order here. The safeguards put in place by the order, including the specific requirements imposed on the plaintiffs regarding the selection of the services to be identified for blocking and the extent to which this will result in under-blocking rather than over-blocking, would sufficiently protect net neutrality. Freedom of expression—particularly the access to information aspect of the freedom—was an important consideration in assessing whether to grant or deny the remedy requested, but in the end it did not weigh in favour of denying the relief. On balance, any potential infringement of freedom of expression guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* would be limited, proportionate and justified.

In light of the current situation, it was just and equitable to grant the plaintiffs the type of injunction they sought. By the time the order was implemented, the NHL playoffs would have begun. This substantially reduced the overall burden on the third party respondents and meant that the order would only be in place for a very limited duration. The terms of the order also required, *inter alia*, the plaintiffs to retain an independent expert to observe the blocking efforts and to provide a report to the parties and the Court once the NHL playoffs ended. The combined effect of these elements and others of the order tipped the balance of convenience in favour of the plaintiffs.

à la rendre disproportionnée par rapport à l'effort requis par les tierces parties intimées. Bien que les modalités de l'ordonnance donnerait lieu à un certain niveau de sous-blocage, le type d'ordonnance de blocage en l'espèce aurait néanmoins pour effet de limiter considérablement l'accès à la diffusion en continu non autorisée de matchs de la LNH en direct. C'est tout ce qui est demandé au titre de cet élément du critère. Le facteur « Obstacles à l'utilisation ou au commerce légitimes » porte sur l'examen de la question de savoir si la réparation créera des obstacles à l'utilisation ou au commerce légitimes en nuisant indûment à la capacité des utilisateurs des services des FAI d'accéder légalement à de l'information. L'objet de ce facteur est d'empêcher un surblocage. Les considérations sur lesquelles s'est appuyé la Cour dans la décision *GoldTV CF* s'appliquaient également, dans une certaine mesure, en l'espèce. Les modalités de l'ordonnance comprendraient des mesures suffisantes pour atténuer le risque de surblocage. Le facteur « Équité » appelle examen de la question de savoir si la réparation constitue le juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties, des tiers et du grand public. Le principe de la neutralité du Net, lequel signifie généralement « que tout le trafic sur Internet devrait être traité également par les [FAI] », ne devrait pas empêcher le blocage limité qui était requis par l'ordonnance en l'espèce. Les mesures de protection mises en place par l'ordonnance, y compris les exigences particulières imposées aux demandesses concernant la sélection des services à identifier à des fins de blocage et l'étendue selon laquelle cela donnera lieu à un sous-blocage plutôt qu'à un surblocage, protégeraient suffisamment la neutralité du Net. La liberté d'expression — notamment l'aspect de la liberté lié à l'accès à l'information — était une considération importante dans l'évaluation de la question de savoir s'il convenait d'accorder ou de refuser le recours demandé; mais, en fin de compte, elle ne penchait pas en faveur de refuser la réparation. Dans l'ensemble, toute violation éventuelle des garanties en matière de liberté d'expression prévues dans la *Charte canadienne des droits et libertés* serait limitée, proportionnelle et justifiée.

Il était juste et équitable d'accorder aux demandesses le type d'injonction demandée. Au moment où l'ordonnance allait être mise en œuvre, les séries éliminatoires de la LNH auraient commencé. Cela réduisait considérablement le fardeau général imposé aux tierces parties intimées. L'ordonnance ne serait en place que pour une période très limitée. Les modalités de l'ordonnance exigeaient également, entre autres choses, que les demandesses retiennent les services d'un expert indépendant pour observer les efforts de blocage et de présenter un rapport aux parties et à la Cour une fois les séries éliminatoires de la LNH terminées. L'effet combiné de ces éléments de l'ordonnance a fait pencher la prépondérance des inconvénients en faveur des demandesses.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 2.4(1), 3, 27(1), 34(1).
Copyright Modernization Act, S.C. 2012, c. 20.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 4, 44.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 400.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 27(2), 36.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

European Parliament and Council Directive 2004/48/EC of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, [2004] O.J. L 157/61, Art. 3(1),(2).

CASES CITED

APPLIED:

Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz, 2019 FC 1432, [2020] 3 F.C.R. D-2, affd *sub nom. Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2021 FCA 100, [2021] 4 F.C.R. 112, leave to appeal to S.C.C. refused March 24, 2022, S.C.C. File No. 39876, [2022] 1 S.C.R. viii; *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824; *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd. & Ors*, [2016] EWCA Civ. 658 (BAILII); *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, 2018 SCC 5, [2018] 1 S.C.R. 196; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

CONSIDERED:

The Football Association Premier League Ltd. v. British Telecommunications Plc & Ors, [2017] EWHC 480 (BAILII) (Ch.D.); *Twentieth Century Fox Film Corp & Ors v. British Telecommunications Plc*, [2011] EWHC 1981 (BAILII) (Ch.D.); *Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC*, 2018 SCC 38, [2018] 2 S.C.R. 643; *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75.

REFERRED TO:

Rogers Media Inc. v. John Doe 1, 2021 CanLII 107613 (F.C.); *Asian Television Network International Limited, on behalf of the FairPlay Coalition – Application to disable online access to piracy websites* (2 October 2018), Telecom Decision CRTC 2018-384; *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, [2016] 4 F.C.R. D-10, affd

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur la modernisation du droit d'auteur, L.C. 2012, ch. 20.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2.4(1), 3, 27(1), 34(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 4, 44.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 27(2), 36.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 400.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Directive 2004/48/EC du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, [2004] J.O. L 157/61, art. 3(1),(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz, 2019 CF 1432, [2020] 3 R.C.F. F-2, conf. par *sub nom. Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.*, 2021 CAF 100, [2021] 4 R.C.F. 112, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mars 2022, C.S.C. dossier n° 39876, [2022] 1 S.C.R. viii; *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824; *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd. & Ors*, [2016] EWCA Civ. 658 (BAILII); *R. c. Société Radio-Canada*, 2018 CSC 5, [2018] 1 R.C.S. 196; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

The Football Association Premier League Ltd v. British Telecommunications Plc & Ors, [2017] EWHC 480 (BAILII) (Ch.D.); *Twentieth Century Fox Film Corp & Ors v. British Telecommunications Plc*, [2011] EWHC 1981 (BAILII) (Ch.D.); *Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, 2018 CSC 38, [2018] 2 R.C.S. 643; *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Rogers Media Inc. c. Jean Untel 1, 2021 CanLII 107613 (C.F.); *Asian Television Network International Limited, au nom de la coalition Franc-Jeu Canada – Demande en vue de désactiver l'accès en ligne des sites de piratage* (2 octobre 2018), Décision de télécom CRTC 2018-384; *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612,

sub nom. Wesley (Mtlfreetv.com) v. Bell Canada, 2017 FCA 55; *Bell Canada v. Vincent Wesley dba MtlFreeTV.com*, 2016 FC 1379, T-759-16, LeBlanc J., order dated December 16, 2016 (F.C.) (unreported); *Bell Canada v. Vincent Wesley (MTL FreeTv.com)*, 2018 FC 66; *Bell Canada v. Vincent Wesley (MTLFreeTv.com)*, 2018 FC 861, T-759-16, Roy J., order dated August 18, 2018 (F.C.) (unreported); *Bell Canada v. Red Rhino Entertainment Inc.*, 2019 FC 1460; *Bell Canada v. Lackman*, 2018 FCA 42, [2018] 4 F.C.R. 199; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Glooscap Heritage Society v. Canada (National Revenue)*, 2012 FCA 255; *Gateway City Church v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 126; *Newbould v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 106, [2018] 1 F.C.R. 590; *Letnes v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 636; *Vancouver Aquarium Marine Science Centre v. Charbonneau*, 2017 BCCA 395 (CanLII), 154 C.P.R. (4th) 32; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard)*, 2019 FC 1116; *Bell Canada v. Lackman*, 2017 FC 634; *Warner Bros. Entertainment Inc. v. White (Beast IPTV)*, 2021 FC 53, affd 2022 FCA 34; *Warner Bros. Entertainment Inc. v. White (Beast IPTV)*, 2021 FC 989; *Scarlet Extended SA Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs Scrl (SABAM)*, [2011] ECR I-11959; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *Union Des Associations Europeenes De Football v. Eircom Ltd T/A Eir & Ors*, [2020] IEHC 488 (Ireland); *Public Interest Advocacy Centre – Application for relief regarding section 12 of the Quebec Budget Act* (December 9, 2016), Telecom Decision CRTC 2016-479.

AUTHORS CITED

- Canada. House of Commons. Standing Committee on Industry, Science and Technology. *Statutory Review of the Copyright Act: Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology*, 42nd Parl., 1st Sess. (June 3, 2019).
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Framework for assessing the differential pricing practices of Internet service providers*, Telecom Regulatory Policy 2017-104, 20 April 2017., online: <<https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-104.htm>>.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Navigating Convergence: Charting Canadian Communications Change and Regulatory Implications*, February 2010, online: <<https://crtc.gc.ca/eng/publications/reports/rp1002.htm>>.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Review of the Internet traffic management*

[2016] 4 R.C.F. F-15, conf. par *sub nom. Wesley (Mtlfreetv.com) c. Bell Canada*, 2017 CAF 55; *Bell Canada c. Vincent Wesley (MtlFreeTV.com)*, 2016 CF 1379, T-759-16, le juge LeBlanc, ordonnance en date du 16 décembre 2016 (C.F.) (non publiée); *Bell Canada c. Vincent Wesley (MTLFreeTv.com)*, 2018 CF 66; *Bell Canada c. Vincent Wesley (MTLFreeTv.com)*, 2018 CF 861, T-759-16, le juge Roy, ordonnance en date du 18 août 2018 (C.F.) (non publiée); *Bell Canada c. Red Rhino Entertainment Inc.*, 2019 CF 1460; *Bell Canada c. Lackman*, 2018 CAF 42, [2018] 4 R.C.F. 199; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Glooscap Heritage Society c. Canada (Revenu national)*, 2012 CAF 255; *Gateway City Church c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 126; *Newbould c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 106, [2018] 1 R.C.F. 590; *Letnes c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 636; *Vancouver Aquarium Marine Science Centre v. Charbonneau*, 2017 BCCA 395 (CanLII), 154 C.P.R. (4th) 32; *Première Nation de Ahousaht c. Canada (Pêches, Océans et Garde côtière)*, 2019 CF 1116; *Bell Canada c. Lackman*, 2017 CF 634; *Warner Bros. Entertainment Inc. c. White (Beast IPTV)*, 2021 CF 53, conf. par 2022 CAF 34; *Warner Bros. Entertainment Inc. c. White (Beast IPTV)*, 2021 CF 989; *Scarlet Extended SA Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs Scrl (SABAM)*, [2011] ECR I-11959; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182; *Union Des Associations Europeenes De Football v. Eircom Ltd T/A Eir & Ors*, [2020] IEHC 488 (Irlande); *Centre pour la défense de l'intérêt public – Demande de redressement concernant l'article 12 de la loi budgétaire du Québec* (9 décembre 2016), Décision de télécom CRTC 2016-479.

DOCTRINE CITÉE

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie. *Examen prévu par la loi de la Loi sur le droit d'auteur : Rapport du Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie*, 42^e lég., 1^{re} sess. (3 juin 2019).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Cadre d'évaluation des pratiques de différenciation des prix des fournisseurs de services Internet*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2017-104, 20 avril 2017, en ligne: <<https://crtc.gc.ca/fra/archive/2017/2017-104.htm>>.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Examen des pratiques de gestion du trafic Internet des fournisseurs de services Internet*, Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-657, 21 octobre 2009.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Naviguer dans les eaux de la convergence:*

practices of Internet service providers, Telecom Regulatory Policy CRTC 2009-657, 21 October 2009.

European Union Intellectual Property Office. Frosio, G. and Bulayenko, O. *Study on Dynamic Blocking Injunctions in the European Union*, European Union Intellectual Property Office, 2021, online: <<https://data.europa.eu/doi/10.2814/301088>>.

MOTION by the plaintiffs for an interlocutory injunction seeking to stop people in Canada from accessing copyright-infringing broadcasts of live National Hockey League games in Canada by requesting a site blocking order against the named third party respondents. Motion granted.

APPEARANCES

François Guay, Jean-Sébastien Dupont, Olivier Jean-Lévesque, Guillaume Lavoie Ste-Marie, Kristina Milbourn, Daniel Pink, Patrice Sterkenburg, Mark Graham, Florence Chan and Zoé Foustokjian for plaintiffs and third party respondents Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Inc., Videotron Ltd.

Timothy M. Lowman and Stephen Zolf for third party respondent Distributel Communications Limited.

Bob H. Sotiriadis and Cara Parisien for third party respondent Cogeco Connexion Inc.

Cynthia Rathwell, Cynthia Wallace and Julien Frigon for third party respondent Shaw Communications Inc.

Jessica Rutledge and Andy Kaplan-Myrth for third party respondent Teksavvy Solutions Inc.

Christopher Naudie and Sydney Young for third party respondent Telus Communications Inc.

Tamir Israel for intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

SOLICITORS OF RECORD

Smart & Biggar LLP, Montréal, for plaintiffs and third party respondents Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Inc., Videotron Ltd.

Tableau des changements au sein de l'industrie des communications canadiennes et des répercussions sur la réglementation, février 2010, en ligne : <<https://crtc.gc.ca/fra/publications/reports/rp1002.htm>>.

Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, Frosio, G. et Bulayenko, O. *Study on Dynamic Blocking Injunctions in the European Union*, European Union Intellectual Property Office, 2021, en ligne: <<https://data.europa.eu/doi/10.2814/301088>>.

REQUÊTE en injonction interlocutoire par les demandereses cherchant à empêcher les personnes au Canada d'accéder les diffusions de matchs de la Ligue nationale de hockey en direct portant atteinte au droit d'auteur en demandant une ordonnance « de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées. Requête accordée.

ONT COMPARU :

François Guay, Jean-Sébastien Dupont, Olivier Jean-Lévesque, Guillaume Lavoie Ste-Marie, Kristina Milbourn, Daniel Pink, Patrice Sterkenburg, Mark Graham, Florence Chan et Zoé Foustokjian pour les demanderesses et pour les tierces parties intimées Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Inc., Vidéotron Ltée.

Timothy M. Lowman et Stephen Zolf pour la tierce partie intimée Distributel Communications Limited.

Bob H. Sotiriadis et Cara Parisien pour la tierce partie intimée Cogeco Connexion Inc.

Cynthia Rathwell, Cynthia Wallace et Julien Frigon pour la tierce partie intimée Shaw Communications Inc.

Jessica Rutledge et Andy Kaplan-Myrth pour la tierce partie intimée Teksavvy Solutions Inc.

Christopher Naudie et Sydney Young pour la tierce partie intimée Telus Communications Inc.

Tamir Israel pour l'intervenante Clinique d'intérêt publique et de politique d'Internet Samuelson-Glushko.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Smart & Biggar S.E.N.C.R.L., Montréal, pour les demanderesses et pour les tierces parties intimées Bell Canada, Fido Solutions Inc., Rogers Communications Inc., Vidéotron Ltée.

Aird & Berlis LLP, Toronto, for third party respondent Distributel Communications Limited.

Robic LLP, Montréal, for third party respondent Cogeco Connexion Inc.

Shaw Communications, Ottawa, for third party respondent Shaw Communications Inc.

TekSavvy Solutions Inc., Ottawa, for third party respondent Teksavvy Solutions Inc.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Toronto, for third party respondent Telus Communications Inc.

University of Ottawa, Ottawa, for intervener Samuelson-Glushko Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic.

The following are the public reasons for order and order rendered in English by

PENTNEY J.:

I. Introduction

[1] The plaintiffs own copyright for live broadcasts of National Hockey League (NHL) games in Canada. They claim that certain unknown defendants are unlawfully distributing these broadcasts to individuals in Canada, in breach of their copyright.

[2] The plaintiffs say that despite the steps they have taken thus far, the piracy continues and there are not any further remedies that are likely to be effective to stop it. That is because these defendants hide their identities, the vast majority of their activities occur in other countries, and they have adopted business practices, which make it unrealistic to stop them using the traditional legal processes intended to deal with copyright infringement. Because of this, the plaintiffs say they cannot realistically enforce their copyright by cutting off the source of the unlawfully distributed copyright material.

[3] Instead, the plaintiffs seek to stop people in Canada from accessing the infringing content. In order to do that, they request a “site blocking” order against the named

Aird & Berlis LLP, Toronto, pour la tierce partie intimée Distributel Communications Limited.

Robic s.e.n.c.r.l., Montréal, pour la tierce partie intimée Cogeco Connexion Inc.

Shaw Communications, Ottawa, pour la tierce partie intimée Shaw Communications Inc.

TekSavvy Solutions Inc., Ottawa, pour la tierce partie intimée Teksavvy Solutions Inc.

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l., Toronto, pour la tierce partie intimée Telus Communications Inc.

Université d’Ottawa, Ottawa, pour l’intervenante Clinique d’intérêt publique et de politique d’Internet Samuelson-Glushko.

Ce qui suit est la version française des motifs publics de l’ordonnance et de l’ordonnance rendus par

LE JUGE PENTNEY :

I. Introduction

[1] Les demanderesse détiennent le droit d’auteur pour les diffusions en direct des matchs de la Ligue nationale de hockey (LNH) au Canada. Elles allèguent que certains défendeurs inconnus distribuent illégalement ces diffusions à des personnes au Canada, violant ainsi leur droit d’auteur.

[2] Les demanderesse affirment que malgré les mesures qui ont été prises jusqu’à présent, la piraterie se poursuit et il n’y a pas d’autres recours qui sont susceptibles d’être efficaces pour y mettre fin. La raison est que ces défendeurs dissimulent leurs identités, la grande majorité de leurs activités se déroulent dans d’autres pays et ils ont adopté des pratiques commerciales, ce qui fait en sorte qu’il devient irréaliste de les freiner en ayant recours aux voies judiciaires traditionnelles conçues pour composer avec une atteinte au droit d’auteur. Pour cette raison, les demanderesse affirment qu’elles ne peuvent pas, de façon réaliste, faire respecter leur droit d’auteur en coupant la source des contenus protégés par le droit d’auteur distribués illégalement.

[3] Au lieu de cela, les demanderesse cherchent à empêcher les personnes au Canada d’accéder au contenu contrefait. Pour ce faire, elles demandent une ordonnance

third party respondents, who control the vast majority of access to the Internet in Canada. The purpose of the order they seek is to stop Canadian customers from viewing the copyright-infringing broadcasts of live NHL games.

[4] This case is about whether such a remedy should be granted, and if so, how to balance the interests involved. The relevant interests are those of the plaintiffs, who own copyright in these broadcasts, the legitimate concerns of the innocent third party respondents, the Internet service providers (ISPs) that will have to implement the order, as well as the interests of their customers, whose access to legitimate content might be inadvertently cut off. The remedy here is also of interest to the wider public in Canada, because of its potential scope, reach and impact.

[5] The order the plaintiffs seek builds upon a recent precedent, in which this Court approved a different type of site blocking order against a business that provided access to programming content over the Internet (*Bell Media Inc. v. GoldTV.Biz*, 2019 FC 1432, [2020] 3 F.C.R. D-2 (*GoldTV FC*)). This order was upheld on appeal by the Federal Court of Appeal (*Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.*, 2021 FCA 100, [2021] 4 F.C.R. 112 (*GoldTV FCA*)), and on March 24, 2022, leave to appeal to the Supreme Court of Canada was denied (S.C.C. File No. 39876)). The *GoldTV FC* order can be described as a “static” site blocking order because it listed a specific number of sites to be blocked, and provided that new sites could only be added by order of the Court.

[6] In this case, the plaintiffs have requested a “dynamic” site blocking order, which involves trying to follow and block the unlawful streaming as it moves. The plaintiffs say that the type of order issued in *GoldTV FC* would not work here because the pirates have adopted new measures to avoid detection and defeat site blocking, including moving their infringing content from site to site on a regular basis. Court approval would be impossible

« de blocage de sites » contre les tierces parties intimées désignées nommément, qui contrôle la grande majorité de l'accès à Internet au Canada. L'objet de l'ordonnance qu'elles demandent consiste à empêcher les clients canadiens de visionner les diffusions de matchs de la LNH en direct portant atteinte au droit d'auteur.

[4] La présente espèce porte sur la question de savoir si un tel recours devrait être accordé et, le cas échéant, la façon de mettre en balance les intérêts concernés. Les intérêts pertinents sont ceux des demandresses, qui détiennent le droit d'auteur à l'égard de ces diffusions, les préoccupations légitimes de tierces parties intimées innocentes, de fournisseurs d'accès Internet (FAI) qui devront mettre en œuvre l'ordonnance, ainsi que les intérêts de leurs clients, dont l'accès à du contenu légitime pourrait être coupé par inadvertance. La réparation en l'espèce est également d'intérêt pour le grand public au Canada, en raison de la portée, de l'étendue et des répercussions éventuelles.

[5] L'ordonnance sollicitée par les demandresses s'appuie sur un précédent récent, dans lequel notre Cour a approuvé un type différent d'ordonnance de blocage de sites à l'encontre d'une entreprise qui fournissait accès à des émissions sur Internet (*Bell Média Inc. c. GoldTV.Biz*, 2019 CF 1432, [2020] 3 R.C.F. F-2 (*GoldTV CF*)). Cette ordonnance a été confirmée en appel par la Cour d'appel fédérale (*Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.*, 2021 CAF 100, [2021] 4 R.C.F. 112 (*GoldTV CAF*)), et, le 24 mars 2022, l'autorisation d'interjeter appel auprès de la Cour suprême du Canada a été rejetée (dossier de la C.S.C. n° 39876). On peut décrire l'ordonnance rendue dans l'affaire *GoldTV CF* comme une ordonnance de blocage de sites « statique », car elle énumérait un nombre précis de sites à bloquer et elle prévoyait que de nouveaux sites pouvaient uniquement être ajoutés en vertu d'une ordonnance de la Cour.

[6] En l'espèce, les demandresses ont demandé une ordonnance de blocage « dynamique » de sites, qui comporte le fait de tenter de suivre et de bloquer la diffusion illégale au fur et à mesure qu'elle se déplace. Les demandresses affirment que le type d'ordonnance délivrée dans l'affaire *GoldTV CF* ne fonctionnerait pas en l'espèce, car les pirates ont adopté de nouvelles mesures pour éviter la détection et vaincre le blocage de sites,

prior to each new blocking step because these efforts need to happen in real time in order to be effective.

[7] The plaintiffs say this is of particular relevance here, because most fans watch hockey games live, rather than recording them to watch later. This combination of factors means that blocking of unlawful streaming of live NHL broadcasts must happen while the broadcast is underway. Based on the evidence they have gathered, and experience in other countries where similar site-blocking orders have been issued, the plaintiffs say that a dynamic site blocking order is needed to keep up with the evolution in how online copyright piracy operates. For example, in this case the sites to be blocked could shift during the course of a single hockey broadcast. This type of dynamic blocking order has never been granted in Canada or in the United States. However, similar orders have been granted in the United Kingdom and Ireland, as well as in some European countries.

[8] Some of the third party respondents are prepared to consent to the order. Others object on multiple grounds, opposing the grant of the injunction or objecting to the terms of the order, or both. Although the objecting third party respondents do not adopt identical positions, they advance broadly similar arguments. They say the process the plaintiffs followed has been inappropriate and unfair. They contend that the plaintiffs have failed to prove their case. They argue that the order sought would impose undue risks, practical difficulties and costs on them, noting that they are not accused of any wrongdoing in this matter. Finally, they submit that if any order is to be imposed, the plaintiffs must be required to indemnify them completely for the costs associated with compliance, including (for those that would be required to do so) any cost of upgrading their network infrastructure.

y compris en déplaçant leur contenu contrefait d'un site à l'autre de façon régulière. Il serait impossible d'obtenir l'approbation de la Cour avant chaque nouvelle étape de blocage, car ces efforts doivent se dérouler en temps réel pour être efficaces.

[7] Les demandresses affirment que cela est particulièrement pertinent en l'espèce, car la plupart des partisans regardent les matchs de hockey en direct, plutôt que de les enregistrer et de les regarder ultérieurement. Cette combinaison de facteurs signifie que le blocage d'une diffusion en continu illégale des diffusions en direct de la LNH doit survenir pendant que la diffusion de la LNH est en cours. D'après les éléments de preuve qu'elles ont réunis ainsi que l'expérience dans d'autres pays où des ordonnances de blocage de sites ont été délivrées, les demandresses affirment qu'une ordonnance de blocage de sites dynamique est nécessaire pour suivre le rythme de l'évolution dans le fonctionnement de la piraterie du droit d'auteur en ligne. Par exemple, dans la présente espèce, les sites à bloquer pourraient changer pendant la diffusion d'un seul match de hockey. Ce type d'ordonnance de blocage dynamique n'a jamais été accordée au Canada ou aux États-Unis. Cependant, des ordonnances similaires ont été accordées au Royaume-Uni et en Irlande, ainsi que dans certains pays européens.

[8] Quelques-unes des tierces parties intimées sont prêtes à consentir à l'ordonnance. D'autres s'y opposent pour des motifs multiples, s'opposant à l'octroi de l'injonction ou s'opposant aux modalités de l'ordonnance, ou les deux. Même si les tierces parties intimées en cause n'adoptent pas des positions identiques, elles avancent des arguments largement similaires. Elles affirment que le processus suivi par les demandresses a été inapproprié et inéquitable. Elles font valoir que les demandresses ne sont pas parvenues à prouver le bien-fondé de leurs allégations. Elles font valoir que l'ordonnance sollicitée leur imposerait des risques indus, des difficultés pratiques et des coûts, tout en observant qu'elles ne sont accusées d'aucun acte répréhensible en l'espèce. Enfin, elles affirment que si une ordonnance doit être imposée, les demandresses doivent être tenues de les indemniser intégralement pour les coûts associés à la conformité, y compris (pour celles qui seraient tenues de le faire) tous les coûts de mise à niveau de leur infrastructure réseau.

[9] I am granting a mandatory interlocutory injunction to the plaintiffs, although not on the terms they had proposed. I am satisfied that they have established a very strong *prima facie* case that the unknown defendants are engaging in ongoing breach of their copyright in the broadcasts of live NHL games. I am also satisfied that the plaintiffs will suffer irreparable harm if this is allowed to continue. Finally, I find that appropriate conditions can be imposed to minimize the risk of over-blocking of legitimate content and to reduce the burdens imposed on the innocent third party respondents.

[10] The concerns expressed by the third party respondents and interveners about the scope, reach and implications of the dynamic site blocking order sought here are valid and merit serious attention. In the particular circumstances of this case, however, these concerns do not tip the balance in favour of denying the plaintiffs' the relief they seek. First, by the time this decision is issued, the NHL playoffs will be underway, and so the number of games being played—and broadcast—is significantly reduced, and will continue to decline until only two teams are playing in the Stanley Cup final. Second, the third party respondents will only have to block to the limits of their current technical capacity to do so, and they will be indemnified (to a capped amount) by the plaintiffs for the costs they incur in complying with the order. Third, the plaintiffs will retain and pay for an independent expert to verify that the IP addresses identified for blocking fit within the strict criteria defined in the order, and to monitor the third party respondent's implementation to identify any practical difficulties they encounter. This expert will provide a confidential report to the Court and the parties, and later a public report will be released and posted on the parties' websites.

[11] The dynamic blocking order granted in this case is unprecedented in Canada. I am satisfied that, in the circumstances of this case, it is just and equitable to grant

[9] J'accorde une injonction interlocutoire mandatoire aux demandresses, bien qu'elle ne soit pas conforme aux modalités proposées par ces dernières. Je suis convaincu qu'elles ont établi une preuve *prima facie* très solide selon laquelle les défendeurs inconnus se livrent à une violation continue de leur droit d'auteur à l'égard des diffusions de matchs en direct de la LNH. Je suis également convaincu que les demandresses subiront un préjudice irréparable si cela est autorisé à se poursuivre. Enfin, j'estime que les conditions appropriées peuvent être imposées afin de réduire au minimum le risque de bloquer de façon excessive le contenu légitime et de réduire les fardeaux imposés aux tierces parties intimées innocentes.

[10] Les préoccupations soulevées par les tierces parties intimées et les intervenants à propos de la portée, de l'étendue et des répercussions de l'ordonnance de blocage dynamique de sites sollicitée en l'espèce sont valides et méritent une attention sérieuse. Dans les circonstances particulières de la présente espèce, toutefois, ces préoccupations ne font pas pencher la balance en faveur du rejet de la réparation demandée par les demandresses. D'abord, au moment où la présente décision sera rendue, les séries éliminatoires de la LNH seront en cours et par conséquent le nombre de matchs joués — et télédiffusés — est considérablement réduit, et continuera à diminuer jusqu'à ce qu'il ne reste que deux équipes à jouer pendant la finale de la Coupe Stanley. Ensuite, les tierces parties intimées n'auront qu'à bloquer aux limites de leur capacité technique actuelle pour ce faire, et elles seront indemnisées (jusqu'à concurrence d'un montant plafonné) par les demandresses pour les coûts engagés par celles-ci pour se conformer à l'ordonnance. Troisièmement, les demandeurs retiendront, à leurs frais, les services d'un expert indépendant pour vérifier que les adresses IP identifiées aux fins de blocage correspondent aux critères stricts définis dans l'ordonnance, ainsi que pour surveiller la mise en œuvre par les tierces parties intimées pour relever toutes les difficultés pratiques éprouvées par celles-ci. Cet expert fournira un rapport confidentiel à la Cour et aux parties, et un rapport public sera publié ultérieurement et affiché dans les sites Web des parties.

[11] L'ordonnance de blocage dynamique accordée en l'espèce est sans précédent au Canada. Je suis convaincu que, dans les circonstances de la présente espèce, il est

this relief, subject to the very specific terms and restrictions set out in the order.

[12] This case raises novel and complex legal issues. Adding to the complexity is the fact that the parties do not neatly line up on both sides of the question. It will be useful, therefore, to set out the background to the case before entering into the analysis.

II. Background

[13] To put this case into its proper context it is necessary to review several matters: (a) the parties and their roles in this case; (b) the NHL broadcasting rights that are the subject of the copyright claim; (c) the Internet and online piracy; (d) how site blocking works; and (e) the *GoldTV* decisions that set the foundation for this motion.

A. *The Parties*

(1) The Plaintiffs

[14] The plaintiffs are Canadian entities that own and operate a number of television stations and online subscription services in Canada. While they broadcast a wide variety of television programs, the focus of this case is on live NHL games.

[15] Rogers Media Inc. (Rogers), a fully owned subsidiary of Rogers Communications Inc. (Rogers Communications), owns and operates a number of television stations, which are distributed in Canada through broadcasting distribution undertakings (BDUs) such as Rogers' affiliate Rogers Communications Canada Inc. (Rogers Cable), to which Canadian customers subscribe for a fee.

[16] BCE Inc. is Canada's largest communications company. Bell Media Inc. (Bell Media) is a wholly owned subsidiary of BCE. Bell Media is a Canadian company

juste et équitable d'accorder cette réparation, sous réserve des modalités et des restrictions très précises énoncées dans l'ordonnance.

[12] La présente affaire soulève des questions juridiques nouvelles et complexes. Le fait que les parties ne s'alignent pas de façon nette des deux côtés de la question ajoutée à la complexité de celle-ci. Par conséquent, il sera utile d'établir le fondement de l'affaire avant de passer à l'analyse.

II. Contexte

[13] Pour situer la présente espèce dans son contexte, il est nécessaire de passer en revue plusieurs questions : a) les parties et leurs rôles dans la présente espèce; b) les droits de diffusion de la LNH qui sont visés par la revendication de droit d'auteur; c) Internet et la piraterie en ligne; d) le fonctionnement du blocage de sites; et e) les décisions dans l'affaire *GoldTV* qui établissent le fondement de la requête en l'espèce.

A. *Les parties*

1) Les demandereses

[14] Les demandereses sont des entités canadiennes qui possèdent un certain nombre de stations de télévision et de services d'abonnement en ligne au Canada. Bien qu'elles diffusent une grande variété d'émissions de télévision, la présente espèce est axée sur les matchs en direct de la LNH.

[15] Rogers Media Inc. (Rogers), une filiale en propriété exclusive de Rogers Communications Inc. (Rogers Communications), détient et exploite un certain nombre de stations de télévision, qui sont distribuées au Canada par l'intermédiaire d'entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR), telles que la société affiliée de Rogers, Rogers Communications Canada Inc. (Rogers Cable), auxquelles les consommateurs canadiens s'abonnent moyennant des frais.

[16] BCE Inc. est la plus grande société de communications du Canada. Bell Media Inc. (Bell Media) est une filiale en propriété exclusive de BCE. Bell Media est une

that engages in broadcasting, among other activities. CTV Specialty Television Enterprises (CTV Television) is a subsidiary of Bell Media, while the specialty television stations The Sports Network (TSN) and Le Réseau des sports (RDS) Inc. (RDS) are subsidiaries of CTV Television.

[17] Bell Media owns and/or operates TSN, RDS and other television stations that it distributes through BDUs, such as its parent Bell Canada and its affiliate BellExpressVu (which together do business as Bell TV) and others. Some of its stations are also broadcast over the air for free.

[18] Groupe TVA Inc. (Groupe TVA) is a broadcaster that owns and/or operates numerous television stations that it distributes through several BDUs, including Groupe TVA's affiliate Videotron Ltd. (Vidéotron). Some of its stations are also broadcast over the air for free.

(2) The Third Party Respondents

[19] The third party respondents are ISPs that have two things in common. First, they provide the vast majority of Internet access to Canadian households and businesses. Second, none of them are accused of any wrongdoing in this case. They are simply conduits through which unlawful breach of copyright is occurring.

[20] In other respects, however, the third party respondents are not a homogenous group, and it is important to draw distinctions both in respect of their relationship with the plaintiffs and their positions in regard to this litigation. It will be convenient to distinguish between three groups of third party respondents.

(a) “Tied” ISPs

[21] A number of the Third Party Respondents are affiliates or wholly owned subsidiaries of the plaintiffs. Another way of describing this is that these ISPs are, or have made arrangements to seek to become, integrated vertically with the plaintiff rights holders. This includes

société canadienne qui, entre autres activités, se livre à la radiodiffusion. CTV Specialty Television Enterprises (CTV Television) est une filiale de Bell Media, alors que les stations de télévision spécialisées The Sports Network (TSN) et Le Réseau des sports (RDS) Inc. (RDS) sont des filiales de CTV Television.

[17] Bell Media détient ou exploite TSN, RDS et d'autres stations de télévision qu'elle distribue par l'intermédiaire d'EDR, par exemple sa société mère Bell Canada et sa société affiliée BellExpressVu (qui font affaire sous le nom de Bell TV) et d'autres. Certaines de ses stations sont également diffusées sur les ondes gratuitement.

[18] Groupe TVA inc. (Groupe TVA) est un diffuseur qui détient ou exploite de nombreuses stations de télévision qu'elle distribue par l'intermédiaire de plusieurs EDR, dont la société affiliée du Groupe TVA, Vidéotron Ltée (Vidéotron). Certaines de ses stations sont également diffusées sur les ondes gratuitement.

2) Les tierces parties intimées

[19] Les tierces parties intimées sont des fournisseurs d'accès Internet (FAI) qui ont deux choses en commun. D'abord, ils fournissent la grande majorité de l'accès Internet aux entreprises et aux ménages canadiens. Ensuite, aucune d'entre elles n'est accusée d'un acte répréhensible quelconque dans la présente espèce. Elles sont simplement les conduits par l'intermédiaire desquels une violation illégale du droit d'auteur survient.

[20] À d'autres égards, toutefois, les tierces parties intimées ne forment pas un groupe homogène et il est important de tirer des distinctions par rapport à leur relation avec les demandresses et leurs positions concernant le présent litige. Il sera commode d'établir une distinction entre trois groupes de tierces parties intimées.

a) FAI « liés »

[21] Un certain nombre des tierces parties intimées sont des sociétés affiliées ou des filiales en propriété exclusive des demandresses. Une autre façon de décrire cette situation est que ces FAI sont, ou ont conclu des ententes pour devenir, intégrés verticalement avec les titulaires

Rogers Cable and Fido Solutions Inc., both affiliates of Rogers; Bell Canada, an affiliate of the other Bell plaintiffs; and Videotron Ltd., an affiliate of Groupe TVA Inc. and a wholly owned subsidiary of Quebecor Media Inc.

[22] Each of these “tied” ISPs is also linked with BDUs that distribute the content of their respective affiliate plaintiff corporations. In general terms, this reflects the phenomenon of “convergence” in the Canadian telecommunications industry (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), *Navigating Convergence: Charting Canadian Communications Change and Regulatory Implications*, February 2010).

[23] As noted above, these ISPs have indicated their consent to the order sought by the plaintiffs. They need a court order in order to undertake the site blocking, because section 36 of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 requires ISPs to obtain the approval of the CRTC before taking steps to “control the content or influence the meaning or purpose of telecommunications carried by it for the public.” Absent CRTC approval or a court order, the ISPs would contravene section 36 of the *Telecommunications Act* by engaging in site blocking.

[24] Shaw Communications Inc. (Shaw) is in a different position than the “tied” ISPs, because it has entered into an agreement for Rogers Communications to purchase its shares, but this agreement is subject to the approval of regulators. Shaw did not contest the matter at the hearing, and it maintains that position, and so for the moment, Shaw is best included in the category of “non-contesting ISPs” set out below.

(b) *Non-Contesting ISPs*

[25] Several of the ISPs did not actively participate in these proceedings, although some of them registered concerns with the terms of the proposed order that are broadly

de droit demandereses. Cela comprend Rogers Cable et Fido Solutions inc., deux sociétés affiliées de Rogers; Bell Canada, une société affiliée des autres demandereses Bell, et Vidéotron ltée, une société affiliée du Groupe TVA inc. et une filiale en propriété exclusive de Québecor Média inc.

[22] Chacun de ces FAI « liés » est également lié avec des EDR qui distribuent le contenu de leurs sociétés demandereses affiliées respectives. En termes généraux, cela tient compte du phénomène de « convergence » dans l’industrie des télécommunications canadienne (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), *Naviguer dans les eaux de la convergence : Tableau des changements au sein de l’industrie des communications canadiennes et des répercussions sur la réglementation*, février 2010).

[23] Comme il est indiqué ci-dessus, ces FAI ont indiqué leur consentement à l’ordonnance sollicitée par les demandereses. Ils ont besoin d’une ordonnance de la cour afin d’entreprendre le blocage des sites, car l’article 36 de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 exige que les FAI obtiennent l’approbation du CRTC avant de prendre des mesures afin « de régir le contenu ou d’influencer le sens ou l’objet des télécommunications qu’elle achemine pour le public ». Sans l’approbation du CRTC ou une ordonnance du tribunal, les FAI contreviendraient à l’article 36 de la *Loi sur les télécommunications* en se livrant au blocage de sites.

[24] Shaw Communications Inc. (Shaw) se trouve dans une situation différente de celle des FAI « liés », car elle a conclu une entente avec Rogers Communications pour acheter ses parts, mais cette entente est assujettie à l’approbation des organismes de réglementation. Shaw n’a pas contesté la question à l’audience, elle maintient en outre cette position, et ainsi, pour le moment, Shaw s’inclut le mieux dans la catégorie des « FAI non contestants » établie ci-après.

b) *FAI non contestants*

[25] Plusieurs des FAI n’ont pas participé activement à ces procédures, bien que certains d’entre eux aient fait part de préoccupations à l’égard des modalités du projet

similar to those expressed by the contesting ISPs. This includes Shaw, Bragg Communications Inc. (Eastlink), Saskatchewan Telecommunications [SaskTel], and TekSavvy Solutions Inc.

(c) *Contesting ISPs*

[26] Several of the ISPs contest the plaintiff's motion, arguing that:

1. the procedure followed by the plaintiffs was unfair;
2. the plaintiffs have not established their case, and
3. the terms of the order sought do not reflect the appropriate consideration of their interests or those of their customers.

[27] This group of ISPs includes Cogeco Connexion Inc. (Cogeco), Distributel Communications Ltd. (Distributel) and Telus Communications Inc. (Telus). Telus did not take a position on the procedure followed by the plaintiffs or whether the plaintiffs had met their case for an injunction. Rather, Telus focused on the difficulty that it would face in implementing the order and the particular form of order. The position advanced by these ISPs will be discussed in more detail below. In the discussion that follows, references to the arguments of the third party respondents refer to the positions advanced by Cogeco, Distributel and/or Telus (in regard to the difficulty implementing the order and its particular form), unless otherwise specified.

(3) The Interveners

[28] The Samuelson-Guusko Canadian Internet Policy & Public Interest Clinic (CIPPIC) and Beanfield Technologies Inc. (Beanfield) were granted leave to intervene in this proceeding by order dated October 13, 2021 (2021 CanLII 107613). Both received leave to file written submissions, although Beanfield was limited to making submissions only in respect of the order. CIPPIC also made oral submissions during the hearing of the motion.

d'ordonnance qui sont largement similaires à celles exprimées par les FAI contestants. Cela comprend Shaw, Bragg Communications Inc. (Eastlink), Saskatchewan Telecommunications [SaskTel] et TekSavvy Solutions Inc.

c) *FAI contestants*

[26] Plusieurs des FAI contestent la requête des défenderesses, en faisant valoir ce qui suit :

1. la procédure suivie par les demandresses était inéquitable;
2. les demandresses n'ont pas établi leur preuve;
3. les modalités de l'ordonnance sollicitée ne tiennent pas compte de la considération appropriée de leurs intérêts ou de ceux de leurs clients.

[27] Ce groupe de FAI comprend Cogeco Connexion inc. (Cogeco), Distributel Communications Ltée (Distributel) et Telus Communications Inc. (Telus). Telus n'a adopté aucune position à l'égard de la procédure suivie par les demandresses ou à savoir si les demandresses avaient établi le bien-fondé de leurs allégations aux fins d'une injonction. En revanche, Telus a mis l'accent sur la difficulté à laquelle elle serait confrontée relativement à la mise en œuvre de l'ordonnance et de la forme particulière de celle-ci. La position avancée par ces FAI fera l'objet d'une discussion plus détaillée ci-après. Dans la discussion qui suit, les références aux arguments des tierces parties intimées renvoient aux positions avancées par Cogeco, Distributel ou Telus (concernant la difficulté liée à la mise en œuvre de l'ordonnance et la forme particulière de celle-ci), sauf indication contraire.

3) Les intervenants

[28] La Clinique d'Intérêt public et de politique d'Internet du Canada Samuelson-Guusko (CIPPIC) et Beanfield Technologies Inc. (Beanfield) ont été autorisées à intervenir dans la procédure en l'espèce en vertu d'une ordonnance datée du 13 octobre 2021 (2021 CanLII 107613). Les deux ont reçu l'autorisation de déposer des observations écrites, bien que Beanfield ait été limitée à présenter des observations à l'égard de l'ordonnance uniquement. La

[29] CIPPIC sought to situate the case in its wider context by highlighting the interests and issues associated with site blocking orders within the framework of Canada's approach to regulating the Internet.

[30] Beanfield is an ISP, but it is different from the third party respondents because it delivers its services through an independent, facility-based network. Beanfield's submissions focused on ensuring that any order granted in this case took into account the fact that not all ISPs operate in the same way, and that the order was limited to the situation of the ISPs directly subject to it.

[31] The arguments of the interveners are discussed in more detail below.

[32] We turn now to the copyright claim that underlies this proceeding. For all of the complexities of the case, the copyright claim is rather straightforward. The gravamen of copyright protection is control over the right to produce or reproduce the work, here the broadcasts of live NHL games. The plaintiffs assert that the defendants are infringing their rights by arranging for and facilitating the streaming of unauthorized copies of these works to viewers in Canada. To set this in its proper context, it is worthwhile examining how NHL broadcasting rights are allocated.

B. *NHL Broadcasting Rights in Canada*

[33] The NHL is a professional ice hockey league that operates in Canada and the United States. It is comprised of 32 teams, including seven teams based in Canada: the Montreal Canadiens, the Ottawa Senators, the Toronto Maple Leafs, the Winnipeg Jets, the Calgary Flames, the Edmonton Oilers, and the Vancouver Canucks.

CIPPIC a également présenté des observations orales pendant l'audition de la requête.

[29] La CIPPIC a cherché à situer l'affaire dans son contexte général en mettant en évidence les intérêts et les enjeux associés aux ordonnances de blocage de sites dans le cadre de l'approche du Canada en matière de réglementation d'Internet.

[30] Beanfield est un FAI, mais se distingue des tierces parties intimées, car elle assure la prestation de ses services par l'intermédiaire d'un réseau indépendant doté d'installations. Les observations de Beanfield étaient axées sur le fait de s'assurer que toute ordonnance accordée en l'espèce tenait compte du fait que tous les FAI ne sont pas exploités de la même façon et que l'ordonnance était limitée à la situation des FAI directement assujettis à celle-ci.

[31] Les arguments des intervenants font l'objet d'une discussion plus détaillée ci-après.

[32] Penchons-nous maintenant sur la revendication de droit d'auteur qui sous-tend la présente procédure. Compte tenu de l'ensemble des complexités de l'affaire, la revendication de droit d'auteur est plutôt simple. Le fondement de la protection du droit d'auteur est le contrôle sur le droit de produire ou de reproduire l'œuvre, en l'espèce les diffusions de matchs en direct de la LNH. Les demanderesse affirment que les défendeurs portent atteinte à leurs droits en organisant et en facilitant la diffusion en continu de copies non autorisées de ces œuvres à des téléspectateurs au Canada. Pour situer cette affirmation dans son contexte, il convient d'examiner la façon dont les droits de diffusion de la LNH sont octroyés.

B. *Droits de diffusion de la LNH au Canada*

[33] La LNH est une ligue professionnelle de hockey sur glace qui est exploitée au Canada et aux États-Unis. Elle est composée de 32 équipes, dont sept équipes établies au Canada : les Canadiens de Montréal, les Sénateurs d'Ottawa, les Maple Leafs de Toronto, les Jets de Winnipeg, les Flames de Calgary, les Oilers d'Edmonton et les Canucks de Vancouver.

[34] The NHL season is divided into three phases. These are the pre-season, which usually runs over two weeks, involving six to eight exhibition games; the regular season, which typically runs from early October to early April, consisting of 82 games per team; and the Stanley Cup playoffs and final, which usually run from mid-April until mid-June, and can involve between 60 and 105 games in total. Together, these constitute the NHL season.

[35] The broadcasters who hold the rights to particular NHL games film and produce them (by adding elements such as text, images, videos, and commentaries to the footage). Copyright in the live footage and production is then assigned from the broadcaster(s) to the NHL or to the local NHL team playing the game; the NHL and the teams in turn licence these rights back to the broadcasters.

[36] The rights to broadcast NHL games depend on whether games are designated “National Games” or “Regional Games”.

[37] Some NHL games between Canadian teams are designated as National Games, as are the Stanley Cup Playoffs and Final as well as select other events such as NHL All-Star games. All other games are Regional Games.

[38] It is not necessary to describe in great detail the specific rights held by the various plaintiffs. The plaintiffs collectively hold the rights to all National and Regional Games in Canada, which they sometimes sub-license to other broadcasters.

[39] Rogers holds the rights to distribute, through television broadcast and online streaming, all live NHL National Games broadcast in the English language in Canada. It also holds the rights to distribute all the Regional Games of some Canadian teams. Rogers Media sub-licenses select

[34] La saison de la LNH est divisée en trois phases. Il y a la pré-saison, qui se déroule habituellement sur deux semaines, comportant de six à huit matchs d'exhibition; la saison régulière, qui a lieu habituellement du début octobre jusqu'au début avril, consistant en 82 matchs par équipe; et les séries éliminatoires et la finale de la Coupe Stanley, qui se déroulent habituellement de la mi-avril à la mi-juin, et qui peuvent comporter entre 60 et 105 matchs au total. Ensemble, ces phases constituent la saison de la LNH.

[35] Les radiodiffuseurs qui sont titulaires des droits à l'égard de matchs particuliers de la LNH les filment et les produisent (en ajoutant des éléments, tels que du texte, des images, des vidéos et des commentaires à l'enregistrement vidéo). Le droit d'auteur à l'égard de l'enregistrement vidéo en direct et de la production est ensuite octroyé des diffuseurs à la LNH ou à l'équipe locale de la LNH jouant le match; la LNH et les équipes délivrent de nouveau à leur tour une licence à l'égard de ces droits à ces mêmes diffuseurs.

[36] Les droits de diffuser les matchs de la LNH dépendent de la question de savoir si les matchs sont désignés comme des « matchs nationaux » ou des « matchs régionaux ».

[37] Certains matchs de la LNH entre des équipes canadiennes sont désignés comme des matchs nationaux, de même que les séries éliminatoires et la finale de la Coupe Stanley ainsi que certains autres événements, comme le Match des étoiles de la LNH. Tous les autres matchs sont des matchs régionaux.

[38] Il n'est pas nécessaire de décrire en profondeur les droits particuliers détenus par les différentes demanderes. Les demanderes détiennent collectivement les droits à l'égard de tous les matchs nationaux et régionaux au Canada, pour lesquels ils délivrent une sous-licence à d'autres diffuseurs.

[39] Rogers est titulaire des droits de distribution, par l'intermédiaire d'une télédiffusion et d'une diffusion en continu en ligne, de toutes les diffusions de matchs nationaux de la LNH en langue anglaise au Canada. Elle est également titulaire des droits de distribution de tous

National Games it produces for broadcast by the Canadian Broadcasting Corporation as well as the Aboriginal Peoples Television Network (APTN).

[40] Rogers broadcasts the games to which it holds rights through a number of television stations, including the Sportsnet branded stations (Sportsnet East, Sportsnet Ontario, Sportsnet West and Sportsnet Pacific), as well as several conventional stations, and NHL Centre Ice (which provides access to out-of-market regional games). Rogers provides access to certain broadcasts through online services, including Sportsnet NOW and NHL Live, which Rogers operates. Rogers also produces several NHL-related programs, generally involving commentary that precedes and follows live NHL games, which it broadcasts in a similar manner.

[41] Bell holds the exclusive rights to distribute all the Regional Games of several Canadian teams. It broadcasts live NHL games through its TSN-branded stations (which include TSN1, TSN2, TSN3, TSN4 and TSN5), as well as through its RDS-branded stations (including RDS and RDS2), and through their corresponding online services (TSN DIRECT and RDS DIRECT). Bell also produces and broadcasts several NHL-related programs, in both English and French.

[42] Groupe TVA holds the exclusive rights to distribute select National Games in the French language.

C. The Internet and Online Piracy

[43] The Internet is a global network that is composed of a collection of “nodes” that are directly or indirectly connected. Devices, including computers, smart phones and tablets, each constitute a separate node. Each node has a unique Internet Protocol (IP) address attached to it, expressed in digital form (e.g. 172.217.164.228).

les matchs régionaux de certaines équipes canadiennes. Rogers Media délivre des sous-licences à l’égard de certains matchs nationaux qu’elle produit aux fins de diffusion par la Société Radio-Canada ainsi que par le Réseau de télévision des peuples autochtones (APTN).

[40] Rogers diffuse les matchs à l’égard desquels elle est titulaire des droits par l’intermédiaire d’un certain nombre de stations de télévision, y compris les stations de la marque Sportsnet (Sportsnet East, Sportsnet Ontario, Sportsnet West et Sportsnet Pacific), ainsi que plusieurs stations conventionnelles et NHL Centre Ice (qui fournit un accès aux matchs régionaux hors marché). Rogers fournit un accès à certaines diffusions par l’intermédiaire de services en ligne, dont Sportsnet NOW et NHL Live, qui sont exploités par Rogers. Rogers produit également plusieurs émissions relatives à la LNH, comportant généralement des commentaires qui précèdent et qui suivent les matchs en direct de la LNH, qu’elle diffuse d’une manière similaire.

[41] Bell est titulaire des droits exclusifs de distribuer tous les matchs régionaux de plusieurs équipes canadiennes. Elle diffuse les matchs de la LNH en direct par l’intermédiaire de ses stations de la marque TSN (qui comprennent TSN1, TSN2, TSN3, TSN4 et TSN5), de même que par ses stations de la marque RDS (incluant RDS et RDS2) ainsi que par leurs services en ligne correspondants (TSN DIRECT et RDS DIRECT). Bell produit et diffuse également plusieurs émissions relatives à la LNH, en français et en anglais.

[42] Le Groupe TVA est titulaire des droits exclusifs de distribution de certains matchs nationaux en français.

C. Internet et la piraterie en ligne

[43] Internet est un réseau mondial composé d’une collection de « nœuds » qui sont directement ou indirectement connectés. Les appareils, incluant les ordinateurs, les téléphones intelligents et les tablettes, chacun constituant un nœud distinct. Une adresse de protocole Internet (IP) est attribuée à chaque nœud, exprimée dans une forme numérique (p. ex. 172.217.164.228).

[44] Nodes that Internet consumers typically use tend to focus on accessing content on the Internet. Other nodes, used by the operators of various Internet services, host and provide access to content. Anyone who has used the Internet to find or to share information has engaged with the process, but users are generally not aware of the complex routing system that connects their device to the source of the information and that manages the traffic between the two. Several components of this system, described below, are key to understanding the remedy sought here.

[45] Users typically do not use the IP address associated with any particular node. Instead, they rely on the Domain Name System (DNS) that bridges the gap between IP addresses and domains (e.g. www.NHL.com) or subdomains (e.g. www.NHL.com/scores). The DNS system is essentially the Internet's phonebook; it matches each domain name with its corresponding IP address. When a user attempts to connect to a recognized domain, the DNS will automatically point that request to the appropriate node associated with the relevant IP address. The DNS is not hosted on a single repository; instead, ISPs and other entities host DNS servers that store the IP addresses used to route the traffic.

[46] The transfer of data on the Internet always involves two mirror acts: downloading, which involves the first node obtaining a copy of the data from a second node connected to the Internet, and (simultaneously) uploading, which involves the second node transmitting the data to the first node connected to the Internet.

[47] The relevant type of download for this case is "streaming": successive portions of a temporary copy of a video broadcast are downloaded, played as the download progresses, and subsequently or progressively deleted from the device. The plaintiffs provided an apt analogy: streaming is akin to someone reading a book by being handed a few pages at a time, with these being discarded as the next pages are handed to the reader. At the end of the process, the reader has finished the book without the actual

[44] Les nœuds habituellement utilisés par les clients Internet ont tendance à être axés sur l'accès à du contenu sur Internet. D'autres nœuds, utilisés par les exploitants de différents services Internet, hébergent et fournissent un accès à du contenu. Toute personne ayant utilisé Internet pour trouver ou partager de l'information a participé au processus, mais les utilisateurs ne sont généralement pas conscients du système de routage complexe qui connecte leur appareil à la source d'information et qui gère le trafic entre les deux. Plusieurs éléments de ce système, décrit ci-dessous, sont essentiels à la compréhension de la réparation demandée en l'espèce.

[45] Les utilisateurs n'utilisent habituellement pas l'adresse IP associée à un nœud en particulier. En revanche, ils s'appuient sur le système de noms de domaine (DNS) qui comble l'écart entre les adresses IP et les domaines (p. ex. www.NHL.com/fr) ou les sous-domaines (p. ex. www.NHL.com/fr/scores). Essentiellement, le système DNS est l'annuaire téléphonique d'Internet; il jumelle chaque nom de domaine à son adresse IP correspondante. Lorsqu'un utilisateur tente de se connecter à un domaine reconnu, le DNS signalera automatiquement cette demande au nœud approprié associé à l'adresse IP pertinente. Le DNS n'est pas hébergé dans un seul référentiel; au lieu de cela, les FAI et les autres entités hébergent des serveurs DNS qui stockent les adresses IP utilisées pour acheminer le trafic.

[46] Le transfert de données sur Internet comporte toujours deux actes miroirs : le téléchargement en aval, dans lequel le premier nœud obtient une copie des données d'un deuxième nœud connecté à Internet et (simultanément), le téléchargement en amont, dans lequel le deuxième nœud qui transmet les données au premier nœud connecté à Internet.

[47] Le type de téléchargement en aval pour la présente espèce est la « diffusion en continu » : des portions successives d'une copie temporaire d'une diffusion vidéo sont téléchargées en aval, lues au fur et à mesure que le téléchargement en aval progresse, et qui sont subséquemment ou progressivement supprimées de l'appareil. Les demanderesse ont fourni une analogie pertinente : la diffusion en continu est similaire à une personne qui lit un livre à qui on remet quelques pages à la fois, celles-ci

hard copy of the book taking up space on their bookshelf. One of the reasons streamed content can be viewed so quickly on a user's device is that the entire broadcast is not downloaded all at once; instead, the first few segments are downloaded, and then the rest follow in sequence.

[48] Unlawful streaming services require several technological components. First, a “source feed” is needed—in this case, the live broadcast is captured and uploaded to be ready for streaming. Second, “streaming infrastructure” is required to distribute the pirated material to viewers. This involves both hardware and software components, including one or more “streaming servers” and a “streaming platform”.

[49] Many legal streaming services provide subscribers access to copyright material that the streaming service has obtained under licence. Netflix is an example. However, many illegal streaming sites or platforms provide access to pirated material.

[50] Two types of illegal streaming platforms are commonly available: (i) open web piracy sites that are typically free and publicly available, which derive their revenues from advertising, and (ii) unauthorized subscription services that typically provide a higher quality copy of the pirated material as well as easier access to subscribers. Subscriptions to unauthorized subscription services are generally much cheaper than the fees for the services provided by the ISPs, because the pirates do not pay any licensing fees or incur any production costs.

[51] As discussed above, streaming involves breaking a video (or audio) file down into small media files, referred to as segments (the “pages” referred to in the plaintiffs’ analogy). All of these segments can be located on a single

étant jetées au fur et à mesure que les pages suivantes sont remises au lecteur. À la fin du processus, le lecteur a terminé le livre sans qu’une copie papier du livre réel prenne de l’espace dans sa bibliothèque. L’une des raisons pour lesquelles le contenu diffusé en continu peut être visionné aussi rapidement sur l’appareil d’un utilisateur est que la diffusion n’est pas téléchargée intégralement d’un seul coup; en revanche, les quelques premiers segments sont téléchargés, puis le reste suit de manière séquentielle.

[48] Les services illégaux de diffusion en continu nécessitent plusieurs composantes technologiques. D’abord, un « flux source » est nécessaire — en l’espèce, la diffusion en direct est capturée et téléchargée en amont pour être prête aux fins de diffusion en continu. Ensuite, une « infrastructure de diffusion en continu » est requise pour distribuer le contenu piraté aux téléspectateurs. Cela comprend à la fois des composantes matérielles et logicielles, y compris un ou plusieurs « serveurs de diffusion en continu » et une « plateforme de diffusion en continu ».

[49] De nombreux services de diffusion en continu légitimes donnent accès aux abonnés à du contenu protégé par le droit d’auteur que le service de diffusion en continu a obtenu en vertu d’une licence. Netflix en est un exemple. Cependant, de nombreux sites ou de nombreuses plateformes de diffusion en continu illégaux offrent un accès à du contenu piraté.

[50] Deux types de plateformes de diffusion en continu illégales sont couramment disponibles : (i) les sites de piraterie sur le Web ouvert qui sont habituellement gratuits et publics, qui tirent leurs revenus de la publicité, et (ii) les services d’abonnement non autorisés qui fournissent habituellement une copie de plus grande qualité du contenu piraté ainsi qu’un accès plus facile aux abonnés. Les abonnements aux services d’abonnement non autorisés sont généralement beaucoup moins chers que les frais pour les services fournis par les FAI, car les pirates ne paient pas de droits de licence ou n’engagent pas de coûts de production.

[51] Comme je l’ai déjà indiqué, la diffusion en continu comporte la division d’un fichier vidéo (ou audio) en petits fichiers médias, que l’on appelle des segments (les « pages » mentionnées dans l’analogie des demandresses).

streaming server or duplicated and distributed across multiple different streaming servers within the streaming infrastructure. One advantage of distributing pirated material in this way is that segments can be provided to the end user in the most efficient means possible, to avoid overloading one component which could cause delays or interruptions.

[52] The evidence shows that while a streaming platform can be operated by the same pirate as the streaming infrastructure, in most cases they are not. A single streaming infrastructure, however, can be accessed by a number of different streaming platforms.

[53] The end user—whether seeking legitimate access or unlawful streaming content—is typically unaware of how the information is routed between the source and their device. However, a key element in this case is the ISPs’ capacity to identify and block users’ access to streaming platforms that are unlawfully streaming copyright-infringing content, and thus a brief description of how site-blocking works is in order. This requires, first, a further description of how traffic is routed from the customer through the ISP to the Internet.

[54] ISPs provide access to the Internet over several different types of connections. The section of the infrastructure that connects to the residential customer is referred to as the “last-mile” connection. In Canada, there are generally two types of ISPs: those that own the last-mile infrastructure (referred to as “facilities-based providers” or “common carriers”), and those that lease the last-mile infrastructure (known as “resellers”).

[55] At a high level, the infrastructure ISPs use to connect customers to the Internet involves four elements:

Tous les segments peuvent être situés sur un seul serveur de diffusion en continu, ou ils peuvent être dupliqués et distribués à l’échelle de plusieurs serveurs de diffusion en continu différents à l’intérieur de l’infrastructure de diffusion en continu. Un avantage associé à la distribution du contenu piraté de cette façon est que les segments peuvent être fournis à l’utilisateur final à l’aide des moyens les plus efficaces possibles, pour éviter de surcharger un élément, ce qui pourrait causer des retards ou des interruptions.

[52] La preuve montre que, bien qu’une plateforme de diffusion en continu puisse être exploitée par le même pirate que l’infrastructure de diffusion en continu, dans la plupart des cas, ce n’est pas ce qui se passe. Cependant, un certain nombre de plateformes de diffusion en continu différentes peuvent accéder à une seule infrastructure de diffusion en continu.

[53] L’utilisateur final — qu’il recherche un accès légitime ou du contenu de diffusion en continu illégal — n’est habituellement pas conscient de la façon dont l’information est acheminée entre la source et son appareil. Cependant, un élément clé dans la présente espèce est la capacité des FAI à identifier et à bloquer l’accès des utilisateurs aux plateformes de diffusion en continu qui diffusent en continu illégalement du contenu portant atteinte au droit d’auteur et, par conséquent, une brève description de la façon dont le blocage des sites fonctionne s’impose. Cela exige, d’abord, une description plus détaillée de la façon dont le trafic est acheminé du client par l’intermédiaire du FAI jusqu’à Internet.

[54] Les FAI donnent accès à Internet en ayant recours à plusieurs types différents de connexions. On appelle la section de l’infrastructure qui connecte le client résidentiel la connexion du « dernier kilomètre ». Au Canada, il y a habituellement deux types de FAI : ceux qui possèdent l’infrastructure du dernier kilomètre (appelés « fournisseurs dotés d’installations » ou « entreprises de télécommunications »), et ceux qui louent l’infrastructure du dernier kilomètre (appelés « revendeurs »).

[55] À un niveau élevé, l’infrastructure utilisée par les FAI utilisées pour connecter les clients à Internet comporte quatre éléments :

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Customer equipment</i>—often a home router, that connects various devices in the home to the network; 2. <i>Last-mile/access loop</i>—the last-mile connection from the customer’s residence to the access/transportation network owned or leased by the ISP; 3. <i>The access/transportation network</i>—the system of routers that aggregate and route the traffic received from the last-mile/access loops and transport that traffic onwards to the core network; 4. <i>The core network</i>—which contains a further set of routers that aggregate and route the traffic to and from multiple access/transportation networks. This network includes the DNS servers and other high-level service infrastructures that are essential to the functioning of the Internet as a system of systems. | <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>équipement du client</i> — souvent un routeur domestique, qui connecte différents appareils dans la maison au réseau; 2. <i>dernier kilomètre/boucle d’accès</i> — la connexion du dernier kilomètre à partir de la résidence du client au réseau d’accès/de transport détenu ou loué par le FAI; 3. <i>le réseau d’accès/de transport</i> — le système de routeurs qui regroupe et achemine le trafic reçu par les boucles du dernier kilomètre/d’accès et qui transporte le trafic vers le réseau central; 4. <i>le réseau central</i> — qui contient un autre ensemble de routeurs qui regroupe et achemine le trafic en provenance et à destination de réseaux d’accès/de transport multiples. Ce réseau comprend les serveurs DNS et d’autres infrastructures de services de haut niveau qui sont essentielles au fonctionnement d’Internet en tant que système de systèmes. |
|--|--|

[56] An ISP’s core network then connects to the Internet, which itself is a system comprised of a series of other networks through which traffic is routed to enable the simultaneous downloading and uploading of information. An ISP’s infrastructure will include both aggregating routers and core routers. This is key because these are the focal points of the site blocking efforts. Although the technical process is somewhat different as between common carrier ISPs and reseller ISPs, the differences are not significant for the purposes of this case, because both types of ISPs can and do engage in blocking of certain traffic.

D. Site Blocking

[57] As stated above, site blocking is a method used to deter or prevent access to streaming platforms that provide access to copyright-infringing and other types of material, and to prevent incoming traffic from causing problems for users or affecting the ISPs network. There are three main types of site-blocking approaches for ISPs:

[56] Un réseau central de FAI se connecte ensuite à Internet, qui constitue en soi un système composé d’une série d’autres réseaux par l’intermédiaire duquel le trafic est acheminé afin de permettre le téléchargement en aval et en amont simultanément d’information. L’infrastructure d’un FAI comprendra des routeurs d’agrégation et des routeurs de cœur. Cela est important, car il s’agit des points centraux des efforts de blocage de sites. Même si le processus technique est quelque peu différent entre les FAI qui sont des entreprises de télécommunications et des FAI qui sont des revendeurs, les différences ne sont pas importantes aux fins de la présente espèce, car les deux types de FAI peuvent se livrer et se livrent effectivement au blocage d’un certain trafic.

D. Blocage de sites

[57] Comme il est indiqué ci-dessus, le blocage de sites est une méthode utilisée pour dissuader ou empêcher l’accès aux plateformes de diffusion en continu qui offrent un accès à un contenu portant atteinte au droit d’auteur ou autre, et pour empêcher le trafic entrant de causer des problèmes pour les utilisateurs ou d’avoir une incidence sur le réseau des FAI. Trois types principaux d’approches en matière de blocage de sites s’offrent aux FAI :

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>DNS blocking</i>—which disconnects the link between a domain (or subdomain) and its corresponding IP address in the DNS service; 2. <i>IP address blocking</i>—which blocks traffic to and from a specified IP address; and 3. <i>URL (Uniform Resource Locator) path blocking</i>—which prevents traffic to and from very specific locations on a website or other Internet service. | <ol style="list-style-type: none"> 1. le <i>blocage de DNS</i> — qui déconnecte le lien entre un domaine (ou sous-domaine) et son adresse IP correspondante dans le service DNS; 2. le <i>blocage d’adresses IP</i> — qui bloque le trafic à destination et en provenance d’une adresse IP précise; 3. le <i>blocage du chemin URL (localisateur de ressources uniforme)</i> — qui empêche le trafic à destination et en provenance d’emplacements très précis dans un site Web ou un autre service Internet. |
|---|--|

(1) DNS Blocking

[58] The DNS (domain name system) acts as a necessary bridge between a domain name and the corresponding IP address, and it is therefore possible for an ISP that hosts DNS servers to block its subscribers from accessing a particular website. Canadian common carriers and resellers that have DNS servers already possess the capacity to carry out this sort of blocking.

[59] However, it is important to note that while a domain or subdomain typically points to a single IP address at any given time, many domains or subdomains can point to the same IP address because a single server can host multiple websites.

(2) IP Address Blocking

[60] This technique focuses on the problematic IP address rather than the domain name. This method can be implemented at the core outer layer of an ISP’s infrastructure. It involves configuring the core router(s) so that they will not route the users’ traffic to a particular IP address. Instead, when a subscriber tries to access that address, the router will send the query to “nowhere” rather than routing it to its original destination. This is referred to as “blackholing” because the request is sent into a “black-hole” rather than the IP address. The process also works in reverse, to prevent malicious content from reaching a particular subscriber’s IP address.

1) Blocage de DNS

[58] Le DNS (système de noms de domaine) agit comme un pont nécessaire entre un nom de domaine et l’adresse IP correspondante, il est par conséquent possible pour un FAI hébergeant des serveurs DNS de bloquer l’accès de ses abonnés à un site Web particulier. Les entreprises de télécommunications et les revendeurs canadiens qui ont des serveurs DNS possèdent déjà la capacité de procéder à ce type de blocage.

[59] Cependant, il est important de souligner que même si un domaine ou un sous-domaine signalent habituellement une seule adresse IP à n’importe quel moment, de nombreux domaines ou sous-domaines peuvent signaler la même adresse IP, car un seul serveur peut héberger plusieurs sites Web.

2) Blocage d’adresses IP

[60] Cette technique est axée sur l’adresse IP problématique, plutôt que le nom de domaine. Cette méthode peut être mise en œuvre dans la couche externe du cœur de l’infrastructure d’un FAI. Cela comprend la configuration des routeurs de cœur de façon à ce qu’ils n’acheminent pas le trafic d’utilisateurs vers une adresse IP particulière. Au lieu de cela, lorsqu’un abonné tente d’accéder à cette adresse, le routeur enverra la requête « nulle part » plutôt que de l’acheminer à sa destination originale. On appelle cela le « blackholing », car la requête est envoyée dans un « trou noir » plutôt qu’à l’adresse IP. Le processus fonctionne également à l’inverse, pour empêcher le contenu malveillant d’atteindre l’adresse IP d’un abonné donné.

[61] The evidence shows that all of the third party ISPs regularly use this method to secure their network from malicious content or activity linked with particular IP addresses. This can involve blocking data transfers and attacks from these IP addresses for periods of up to a few hours. All of the ISPs monitor their networks on a continuous basis to detect problematic traffic and to try to prevent them from affecting the service to other customers. One typical situation is known as a “Distributed Denial of Service” (DDOS) attack. A DDOS attack involves a systematic effort to overwhelm a particular customer’s Internet service in order to deny them access. ISPs deal with such incoming attacks on a daily basis, and in some cases, this requires disabling a customer’s access in order to prevent the DDOS attack from taking down an entire node on an ISP’s system.

[62] As will be discussed in more detail below, ISP core routers can only block a certain number of IP addresses at one time, due to capacity limits. [***]

(3) URL Path Blocking

[63] URL path blocking allows for more specific traffic blocking than the other two methods; it allows an ISP to deny a specific path within a domain without blocking access to other pages within the same domain. To return to an example used earlier, this would allow an ISP to block customers’ access to www.NHL.com/scores, without cutting off access to www.NHL.com or any other pages within that domain.

[64] ISPs that are part of Project Cleanfeed Canada use URL blocking to prevent subscribers in Canada from accessing non-Canadian websites associated with child pornography. This group of ISPs includes Bell, Rogers, SaskTel, Shaw, Telus and Videotron. The evidence shows that Bell updates the list of URLs that are blocked as part of Project Cleanfeed on a daily basis.

[65] At the time of the hearing, not all third party ISPs had the capacity to implement URL path blocking.

[61] La preuve montre que l’ensemble des FAI tiers ont régulièrement recours à cette méthode pour protéger leur réseau contre une activité ou du contenu malveillants liés à des adresses IP données. Cela peut comprendre le blocage des transferts de données pendant des périodes pouvant atteindre quelques heures. Tous les FAI surveillent leurs réseaux d’une façon continue pour détecter le trafic problématique et tenter de les empêcher d’affecter le service des autres clients. Une situation typique est connue sous le nom d’attaque par « déni de service distribué » (DDOS). Une attaque DDOS comporte un effort systématique pour submerger le service Internet d’un client particulier afin de lui refuser l’accès. Les FAI doivent gérer des telles attaques au quotidien et, dans certains cas, cela exige la désactivation de l’accès d’un client pour empêcher l’attaque DDOS d’éliminer intégralement un nœud dans le système d’un FAI.

[62] Comme nous en discuterons d’une manière plus détaillée ci-après, les routeurs de cœur du FAI peuvent uniquement bloquer un certain nombre d’adresses IP en même temps en raison des limites de capacité. [***]

3) Blocage du chemin URL

[63] Le blocage de chemins URL permet un blocage du trafic plus précis que les deux autres méthodes; cette méthode permet à un FAI de refuser un chemin particulier à l’intérieur d’un domaine sans bloquer l’accès à d’autres pages dans le même domaine. Pour revenir à un exemple utilisé plus tôt, cela permettrait à un FAI de bloquer l’accès des clients à www.NHL.com/fr/scores, sans couper l’accès à www.NHL.com/fr ou à toute autre page à l’intérieur de ce domaine.

[64] Les FAI qui font partie du projet CleanFeed Canada utilisent le blocage d’URL pour empêcher les abonnés au Canada d’accéder à des sites Web non canadiens associés à la pornographie juvénile. Ce groupe de FAI comprend Bell, Rogers, SaskTel, Shaw, Telus et Vidéotron. La preuve montre que Bell met à jour quotidiennement la liste des URL qui sont bloquées dans le cadre du projet Cleanfeed.

[65] Au moment de l’audience, les FAI tiers n’avaient pas tous la capacité de mettre en œuvre le blocage des chemins URL.

E. *The GoldTV Decisions*

(1) *GoldTV FC*

[66] As noted earlier, the plaintiffs seek to build upon the order granted in the *GoldTV FC* case, and it will be useful to summarize that decision as well as the Court of Appeal's ruling that upheld the order. Both decisions are discussed in more detail below, in the context of the analysis of the current parties' specific arguments.

[67] In *GoldTV FC*, a case involving the same plaintiffs and third party respondents as the present matter, the plaintiffs sought an interlocutory injunction to force the third party respondents to block customers from accessing copyrighted broadcasts of television programs. The plaintiffs filed a statement of claim against two unnamed defendants doing business as "goldtv.biz" and "goldtv.ca" (GoldTV). In view of the steps taken by these defendants to remain anonymous and avoid legal processes, the plaintiffs also sought an interim injunction for 14 days, as well as an interlocutory injunction. Both were granted.

[68] Despite the issuance of these orders, some of the GoldTV services remained in operation. The unnamed defendants had not filed any statement of defence or otherwise participated in the underlying action. As a result, the plaintiffs then sought an interlocutory mandatory injunction aimed at the third party respondents' ISPs, requiring them to block Canadian customers from gaining access to the unauthorized broadcasts through the GoldTV services, at a specific list of IP addresses and Web domain names.

[69] Several of the third party respondents consented to the order, but TekSavvy and Distributel objected, and both filed records before the Court. Telus also made submissions at the hearing. TekSavvy argued that the Court should not exercise its jurisdiction to grant the injunction for a number of reasons, including that Parliament had deliberately not adopted a site-blocking regime when

E. *Les décisions dans l'affaire GoldTV*

1) *GoldTV CF*

[66] Comme je l'ai souligné plus tôt, les demanderesse cherchent à miser sur l'ordonnance accordée dans l'affaire *GoldTV CF* et il sera utile de résumer cette décision à propos de l'arrêt de la Cour d'appel qui a confirmé l'ordonnance. Les deux discussions font l'objet d'une discussion plus détaillée ci-après, dans le contexte de l'analyse des arguments particuliers des parties.

[67] Dans l'affaire *GoldTV CF*, une affaire qui concerne les mêmes demanderesse et tierces parties intimées que la présente espèce, les demanderesse ont demandé une injonction interlocutoire afin d'obliger les tierces parties intimées à bloquer l'accès des clients à des diffusions d'émissions de télévision protégées par le droit d'auteur. Les demanderesse ont déposé une déclaration contre deux défendeurs non désignés nommément faisant affaire sous le nom de « goldtv.biz » et « goldtv.ca » (GoldTV). Compte tenu des mesures prises par ces défendeurs pour rester anonymes et pour éviter les procédures judiciaires, les demanderesse ont également demandé une injonction provisoire de 14 jours ainsi qu'une injonction interlocutoire. Les deux injonctions ont été accordées.

[68] Malgré la délivrance de ces ordonnances, on a continué d'exploiter certains des services de GoldTV. Les défendeurs non désignés nommément n'avaient présenté aucune défense ou par ailleurs n'avaient pas participé à l'action sous-jacente. Par conséquent, les demanderesse ont demandé une injonction interlocutoire mandatoire visant les FAI qui sont des tierces parties intimées, exigeant qu'elles bloquent l'accès des clients canadiens à des diffusions non autorisées par l'intermédiaire des services de GoldTV, à une liste précise d'adresses IP et de noms de domaine Web.

[69] Plusieurs des tierces parties intimées ont consenti à l'ordonnance, mais TekSavvy et Distributel s'y sont opposées et ont toutes deux déposé des dossiers devant la Cour. Telus a également présenté des observations lors de l'audience. TekSavvy a fait valoir que la Cour ne devrait pas exercer sa compétence pour accorder l'injonction pour un certain nombre de raisons, y compris le fait

it amended the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 in 2012. It also argued that site-blocking fell within the specialized expertise of the CRTC, which had indicated that such measures should only be available in extraordinary circumstances.

[70] TekSavvy noted that in a 2018 decision, the CRTC had rejected a request from the FairPlay Coalition to require ISPs to block access to websites and services engaged in copyright piracy ([*Asian Television Network International Limited, on behalf of the FairPlay Coalition – Application to disable online access to piracy websites* (2 October 2018)] Telecom Decision CRTC 2018-384). TekSavvy’s general position was that the plaintiffs’ request had to be considered in the broader context of the Canadian debate on site blocking then underway both in Parliament and before the CRTC. It urged the Court to leave it to those bodies to address the question.

[71] In addition, TekSavvy argued that the plaintiffs had not met the test to obtain a mandatory interlocutory injunction. A very brief summary of this aspect of the decision will suffice here. The Court found that it had jurisdiction to grant the requested injunction, noting that orders against third parties were sometimes available in Canadian law. It also noted that courts in the U.K. had granted similar orders based on both a specific legislative provision relating to online piracy and their more general jurisdiction to grant interlocutory relief—a grant of jurisdiction that was broadly similar to that of the Federal Court.

[72] The Court concluded that the plaintiffs had met the usual three-part test for an interlocutory injunction.

[73] On the first element, the Court found that the plaintiffs had demonstrated a strong *prima facie* case of copyright infringement. Turning to the next two elements, whether the plaintiffs had established irreparable

que le législateur n’avait délibérément pas adopté un régime de blocage de sites lorsqu’il a modifié la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 en 2012. Elle a également fait valoir que le blocage de sites relevait de l’expertise spécialisée du CRTC, qui avait indiqué que de telles mesures ne devraient être disponibles que dans des circonstances extraordinaires.

[70] TekSavvy a souligné que, dans une décision de 2018, le CRTC avait rejeté une demande de la coalition Franc-Jeu pour exiger des FAI qu’ils bloquent l’accès aux sites Web et aux services impliqués dans le piratage de droits d’auteur ([*Asian Television Network International Limited, au nom de la coalition Franc-Jeu Canada – Demande en vue de désactiver l’accès en ligne des sites de piratage* (2 octobre 2018)] Décision de télécom CRTC 2018-384). La position générale de TekSavvy était que la demande des demanderesse devait être examinée dans le contexte plus vaste du débat canadien sur le blocage de sites en cours à l’époque au Parlement et devant le CRTC. Elle a exhorté la Cour à laisser ces organismes trancher la question.

[71] En outre, TekSavvy a fait valoir que les demanderesse n’avaient pas respecté le critère relatif à l’octroi d’une injonction interlocutoire mandatoire. Un très bref résumé de cet aspect de la décision suffira ici. La Cour a conclu qu’elle avait compétence pour accorder l’injonction demandée en soulignant que les ordonnances contre des tiers étaient parfois disponibles en droit canadien. Elle a aussi souligné que des tribunaux au Royaume-Uni (R.-U.) avaient accordé des ordonnances similaires fondées sur une disposition législative particulière liée au piratage en ligne et sur leur compétence plus générale pour accorder un redressement interlocutoire — une compétence conférée largement similaire à celle de la Cour fédérale.

[72] La Cour a conclu que les demanderesse avaient respecté le critère en trois parties habituel en matière d’injonction interlocutoire.

[73] En ce qui concerne le premier élément, la Cour a conclu que les demanderesse avaient démontré une forte apparence de droit d’atteinte au droit d’auteur. En se penchant sur les deux éléments suivants, la question

harm, and where the balance of convenience lies, the Court applied the guidance from the U.K. jurisprudence in identifying and assessing the relevant considerations.

[74] The Court found that the plaintiffs had established irreparable harm. First, the copyright infringement had continued even after the interim and interlocutory injunctions were granted, and the evidence did not show that less intrusive means of addressing it were likely to be effective. Second, there was a strong *prima facie* case of ongoing copyright infringement and the defendants were unknown. The Court found that the financial impact on the plaintiffs therefore constituted irreparable harm.

[75] Turning to the third element, the Court found that the balance of convenience favoured the plaintiffs. Applying the factors set out in the U.K. jurisprudence, described in more detail below, the Court was satisfied that the site-blocking order would be effective without interfering in customers' access to lawful content, and that it would not impose an undue burden on the third party respondents. The Court was also satisfied that adequate safeguards could be put in place to prevent abuse of the order.

[76] The Court therefore granted the order, although it made certain amendments to the version proposed by the plaintiffs. In essence, the terms of the order directed the third party respondents to take steps to block access to a specific list that included two website domain names, ten subdomains and eleven IP addresses. The order could be amended on motion by any party, and any individual whose access was blocked could apply to vary it. Other technical details included in this order are discussed below in connection with the analysis of the order presently requested.

[77] Since the initial *GoldTV FC* decision, the order has been amended three times, by orders dated December 20,

de savoir si les demandresses avaient établi un préjudice irréparable et l'endroit où repose la prépondérance des inconvénients, la Cour a appliqué l'orientation de la jurisprudence du R.-U. pour déterminer et évaluer les considérations importantes.

[74] La Cour a conclu que les demandresses avaient établi un préjudice irréparable. En premier lieu, l'atteinte au droit d'auteur s'est poursuivie même après la délivrance des injonctions provisoires et interlocutoires, et la preuve n'a pas montré que des moyens moins intrusifs de réparer le préjudice étaient susceptibles d'être efficaces. En deuxièmement lieu, il y avait une apparence de droit d'atteinte continue au droit d'auteur et les défendeurs étaient inconnus. La Cour a conclu que les répercussions financières sur les demandresses constituaient par conséquent un préjudice irréparable.

[75] En examinant le troisième élément, la Cour a jugé que la prépondérance des inconvénients penchait en faveur des demandresses. En appliquant les facteurs énoncés dans la jurisprudence du R.-U., décrit de manière plus détaillée ci-après, la Cour était convaincue que l'ordonnance de blocage de sites serait efficace sans nuire à l'accès des clients au contenu licite, et qu'elle n'imposerait aucun fardeau excessif aux tierces parties intimées. La Cour était également convaincue que des mesures de protection adéquates pouvaient être mises en place pour empêcher un abus de l'ordonnance.

[76] En conséquence, la Cour a accordé l'ordonnance, même si elle a apporté quelques modifications à la version proposée par les demandresses. Essentiellement, selon les modalités de l'ordonnance, les tierces parties intimées étaient tenues de prendre des mesures afin de bloquer l'accès à une liste précise qui comprend deux noms de domaine de site Web, dix sous-domaines et onze adresses IP. L'ordonnance pourrait être modifiée à la requête de toute partie, et toute personne dont l'accès a été bloqué pourrait présenter une demande en vue de la modifier. Les autres détails techniques inclus dans cette ordonnance font l'objet d'une discussion ci-après en lien avec l'analyse de l'ordonnance sollicitée en l'espèce.

[77] Depuis la décision initiale dans l'affaire *GoldTV CF*, l'ordonnance a été modifiée à trois reprises, par des

2019, July 10, 2020, and November 13, 2020. When the present case was argued, the plaintiffs had brought a motion to seek a further amendment, but the matter had not been heard.

(2) *GoldTV FCA*

[78] In a decision issued on May 26, 2021, the Federal Court of Appeal dismissed the appeal and affirmed the order granted by Justice Gleeson. The Court of Appeal acknowledged that the order was unprecedented in Canada, but found that it was validly issued and should be upheld.

[79] The Court of Appeal addressed the three main issues TekSavvy raised on the appeal, namely that: the Federal Court did not have the jurisdiction to award a site-blocking injunction; the decision below failed to grapple with the issue that the order violated freedom of expression; and the Federal Court should not have granted the order on the facts of the case.

[80] On the first point, the Court of Appeal found that sections 4 and 44 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, granted the Federal Court the jurisdiction to award a site-blocking injunction, and this was reinforced by subsection 34(1) of the *Copyright Act*, which includes injunctive relief among the panoply of remedies for copyright infringement. In support of this conclusion, it cited the following passage from *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824 (*Google*), at paragraph 23: “[t]he powers of courts with equitable jurisdiction to grant injunctions are, subject to any relevant statutory restrictions, unlimited”.

[81] The Court of Appeal rejected TekSavvy’s arguments that the rights and remedies under the *Copyright Act* are exhaustive and that Parliament’s choice to adopt a “notice and notice” regime instead of the “notice and take-down” approach adopted in the United States indicated that it did not wish to grant copyright owners the more powerful remedy of site-blocking order against ISPs. The

ordonnances datées du 20 décembre 2019, du 10 juillet 2020 et du 13 novembre 2020. Lorsque la présente affaire a été débattue, les demanderessees avaient présenté une requête pour demander une autre modification, mais la question n’avait pas été entendue.

2) *GoldTV CAF*

[78] Dans une décision rendue le 26 mai 2021, la Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel et a confirmé l’ordonnance accordée par le juge Gleeson. La Cour d’appel a reconnu que l’ordonnance était sans précédent au Canada, mais a conclu qu’elle avait été validement délivrée et qu’elle devrait être confirmée.

[79] La Cour d’appel a répondu aux trois principales questions soulevées par TekSavvy dans l’appel, à savoir : la Cour fédérale n’avait pas compétence pour octroyer une injonction de blocage de sites; la décision ci-après omettait de s’attaquer à la question selon laquelle l’ordonnance portait atteinte à la liberté d’expression; et la Cour fédérale n’aurait pas dû accorder l’ordonnance d’après les faits de l’affaire.

[80] Sur le premier point, la Cour d’appel a conclu que les articles 4 et 44 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, conféraient à la Cour fédérale compétence pour octroyer une injonction de blocage de sites, laquelle était renforcée par le paragraphe 34(1) de la *Loi sur le droit d’auteur*, qui comprend, parmi une panoplie d’autres recours pour violation du droit d’auteur, une réparation par voie d’injonction. À l’appui de cette conclusion, elle a cité le passage suivant de l’arrêt *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824 (*Google*), au paragraphe 23 : « [l]es pouvoirs des tribunaux ayant compétence en equity pour accorder des injonctions sont, sous réserve de toute restriction législative pertinente, illimités ».

[81] La Cour d’appel a rejeté les arguments de TekSavvy voulant que les droits et réparations en vertu de la *Loi sur le droit d’auteur* soient exhaustifs et que le choix du législateur d’adopter un régime [TRADUCTION] d’ « avis et avis » plutôt que l’approche [TRADUCTION] d’ « avis et retrait » adoptée aux États-Unis indiquait qu’il ne souhaitait pas accorder aux titulaires de droit d’auteur le recours

Court of Appeal also rejected the claim that such orders were foreclosed by section 36 of the *Telecommunications Act* because that provision guarantees net neutrality and bars ISPs from blocking access to websites without an order from the CRTC. The Court of Appeal found that “the general wording of section 36... does not displace the Federal Court’s equitable powers of injunction, including the power to impose a site-blocking order” (paragraph 36).

[82] On the second question, the Court of Appeal rejected the argument that the order should be set aside because the Federal Court failed to address the freedom of expression issues raised by the case. Applying the approach adopted in *Google*, the Court of Appeal found that it was “not necessary for the Judge to engage in a detailed Charter rights analysis separate and distinct from the balance of convenience analysis that is already to be considered” (paragraph 53). The Court of Appeal found that the decision under appeal adequately considered the freedom of expression considerations.

[83] Turning to the question of whether it was just and equitable to grant the injunction in the circumstances of the case, the Court of Appeal found that there was no reversible error and thus upheld the decision. Once again, the details of this analysis are discussed in the next sections, and so it is not necessary to review them here.

III. Issues

[84] The issues in this case can be distilled to three questions:

1. Should the interlocutory injunction be refused because the process was unfair to the third party respondents?

le plus puissant de l’ordonnance de blocage de sites contre les FAI. La Cour d’appel a également rejeté l’allégation selon laquelle de telles ordonnances étaient interdites par l’article 36 de la *Loi sur les télécommunications*, car cette disposition garantit la neutralité du Net et interdit aux FAI de bloquer l’accès à des sites Web sans une ordonnance du CRTC. La Cour d’appel a conclu que « le libellé général de l’article 36 [...] ne l’emporte pas sur les pouvoirs en equity de la Cour fédérale lui permettant d’accorder des injonctions, y compris le pouvoir de rendre une ordonnance de blocage de sites » (paragraphe 36).

[82] En ce qui concerne la deuxième question, la Cour d’appel a rejeté l’argument selon lequel l’ordonnance devrait être annulée, car la Cour fédérale a omis de se pencher sur les questions relatives à la liberté d’expression soulevées par l’affaire. En appliquant l’approche adoptée dans l’arrêt *Google*, la Cour d’appel a jugé qu’il n’était « pas nécessaire que le juge [...] procède à une analyse détaillée des droits garantis par la Charte distincte de l’analyse de la prépondérance des inconvénients à laquelle il fallait procéder » (paragraphe 53). La Cour d’appel a conclu que la décision visée par l’appel avait adéquatement pris en compte les considérations en matière de liberté d’expression.

[83] Pour ce qui est de la question de savoir s’il était juste et équitable d’accorder l’injonction dans les circonstances de l’espèce, la Cour d’appel a tranché qu’il n’y avait aucune erreur justifiant l’infirmité de la décision et, par conséquent, l’a confirmée. Une fois de plus, les détails de cette analyse font l’objet d’une discussion dans les prochaines sections, il n’est donc pas nécessaire de les passer en revue ici.

III. Questions en litige

[84] Les questions dans la présente espèce peuvent être distillées en trois questions :

1. Devrait-on refuser l’injonction interlocutoire parce que le processus était inéquitable pour les tierces parties intimées?

2. Have the plaintiffs met the test to obtain a mandatory interlocutory injunction for a dynamic site-blocking order?
3. If so, on what terms should the order be issued?

[85] A number of other issues are nested within the second and third questions, and these will be discussed below.

IV. Analysis

A. *The Procedure was Fair to the Third Party Respondents*

[86] The third party respondents argued that the plaintiffs pursued a deliberate strategy to place them at a disadvantage in responding to the motion, and urged the Court not to reward such behaviour. They say that there were several alternatives available to the plaintiffs, including obtaining a consent order that would have applied only to the “tied” ISPs, or seeking the agreement of all of the ISPs to undertake a test of the proposed blocking system in order to assess its feasibility and effectiveness. The third party respondents urged the Court to refuse to grant the relief in the absence of a good faith pre-litigation effort to pursue a commercially reasonable business process before involving innocent third party ISPs in costly, ostensibly urgent litigation.

[87] The discussion of this point begins with a brief review of the procedural history of the case, followed by a summary of the arguments and then an analysis of the merits of this claim.

(1) Procedural History

[88] The plaintiffs filed a notice of motion seeking an interlocutory injunction that would be binding on the third party respondents on July 7, 2021. Their motion

2. Les demanderesse ont-elles satisfait au critère relatif à l’octroi d’une injonction interlocutoire mandatoire pour une ordonnance de blocage dynamique de sites?
3. Le cas échéant, selon quelles modalités l’ordonnance devrait-elle être délivrée?

[85] Un certain nombre d’autres questions sont imbriquées dans les deuxième et troisième questions, et celles-ci feront l’objet d’une discussion ci-après.

IV. Analyse

A. *La procédure était équitable pour les tierces parties intimées*

[86] Les tierces parties intimées ont fait valoir que les demanderesse ont délibérément eu recours à une stratégie pour les placer en situation désavantageuse pour répondre à la requête, elles ont donc exhorté la Cour à ne pas récompenser un tel comportement. Elles affirment que plusieurs solutions de rechange s’offrent aux demanderesse, y compris l’obtention d’une ordonnance sur consentement qui se serait exclusivement appliquée aux FAI « liés », ou demander l’accord de tous les FAI pour entreprendre un essai du système de blocage proposé afin d’évaluer la faisabilité et l’efficacité. Les tierces parties intimées ont exhorté la Cour à refuser d’accorder la réparation en l’absence d’un effort de bonne foi avant le litige afin de poursuivre un processus opérationnel raisonnable sur le plan commercial avant d’impliquer des FAI tiers innocents dans un litige onéreux et manifestement urgent.

[87] La discussion portant sur ce point commence par un bref examen de l’historique procédural de l’affaire, suivi par un résumé des arguments, puis une analyse du bien-fondé de la demande en l’espèce.

1) Historique des procédures

[88] Les demanderesse ont présenté le 7 juillet 2021 un avis de requête demandant une injonction interlocutoire qui serait contraignante à l’égard des tierces

record was voluminous, including public and confidential material, and several affidavits.

[89] On August 17, 2021, the Court held a Case Management Conference to discuss a schedule and timing with the parties. The plaintiff noted that their materials had been duly served on the parties, and that because the NHL season was scheduled to commence on October 2, 2021, they said the hearing should be convened without delay.

[90] Several of the third party respondents objected, arguing that the plaintiffs had chosen a strategy of serving a huge motion record during the summer holidays, and then seeking an urgent hearing, because that would prejudice the third party respondents who sought to oppose the request. The parties were directed to discuss the issue and to return to the Court with specific scheduling proposals. That was done by late August, and following consideration of the parties' respective proposals, the Court issued a scheduling order on September 14, 2021, setting out a timeline for the motions for leave to intervene, for filing evidence and submissions by the parties, and setting the matter down for hearing. The scheduling order was subsequently amended and two other Case Management Conferences were convened to address several other matters in advance of the hearing.

[91] The matter was heard over three days commencing on November 23, 2021. At the end of the hearing, submissions were received from the plaintiffs and several of the third party respondents regarding the specific terms of a possible order. The parties were asked to discuss the various proposed changes to determine whether they could reach agreement on some points (as had been done in *GoldTV FC*); failing that, the third party ISPs were asked to return with a consolidated version of their proposed order, showing where they agreed and diverged. That was done and a continuation of the hearing was held on January 7, 2022, to hear from the parties regarding their proposed changes to the order.

parties intimées. Leur dossier de requête était volumineux, comprenant des documents publics et confidentiels, ainsi que plusieurs affidavits.

[89] Le 17 août 2021, la Cour a tenu une conférence sur la gestion de l'instance afin de discuter d'un calendrier et d'un horaire avec les parties. Les demandresses ont souligné que leurs documents avaient dûment été signifiés aux parties et que, parce que la saison de la LNH devait commencer le 2 octobre 2021, elles ont affirmé que l'audience devait avoir lieu sans tarder.

[90] Plusieurs des tierces parties intimées s'y sont opposées, faisant valoir que les demandresses avaient choisi une stratégie relative à la signification d'un énorme dossier de requête pendant les vacances d'été, puis en demandant une audience urgente, car cela porterait atteinte aux tierces parties intimées qui cherchaient à s'opposer à la demande. On a ordonné aux parties de discuter de la question et de se représenter devant la Cour pour énoncer leurs propositions particulières relatives à l'établissement du calendrier. Cela a été fait à la fin août et, après avoir examiné les propositions respectives des parties, la Cour a délivré une ordonnance d'établissement du calendrier le 14 septembre 2021, établissant un échéancier pour les requêtes en autorisation d'intervenir, pour le dépôt d'éléments de preuve et d'observations par les parties, et mettant l'affaire au rôle pour audition. L'ordonnance d'établissement a ensuite été modifiée et deux autres conférences de gestion de l'instance ont été organisées afin de traiter plusieurs autres questions avant l'audience.

[91] L'affaire a été entendue sur trois jours, commençant le 23 novembre 2021. À la fin de l'audience, les demandresses et plusieurs tierces parties intimées ont présenté des observations concernant les modalités particulières d'une ordonnance éventuelle. On a demandé aux parties de discuter des différentes modifications proposées pour déterminer si elles pouvaient s'entendre sur certains points (comme on l'a fait dans *GoldTV CF*); faute de quoi, on a demandé aux FAI tiers de se présenter de nouveau avec une version consolidée de leur projet d'ordonnance, montrant les points sur lesquels elles s'entendent et sur lesquels elles ne s'entendent pas. Cela a été fait et l'audience s'est poursuivie le 7 janvier 2022, pour entendre les parties à propos des modifications qu'elles proposaient d'apporter à l'ordonnance.

(2) The Parties' Arguments

[92] The unfairness arguments involve three related claims, connected to the strategy adopted by the plaintiffs, the fact that the relief they seek will, in reality, be a final remedy, and the alternatives that were available to the plaintiffs.

[93] First, the third party respondents repeat their arguments made at the August 17, 2021, Case Management Conference: they assert that the procedure followed by the plaintiffs was a deliberate strategy designed to place the responding parties in an untenable position. They argue that the plaintiffs had taken many months to assemble a significant documentary record, as evidenced by the fact that Rogers retained a company which began to monitor for copyright infringement as of January 30, 2021. The plaintiffs' record was then served and filed in early summer, with a request for an urgent hearing. The third party respondents note that this mirrors the approach the plaintiffs followed in the *GoldTV FC* case, and they urge the Court not to sanction it.

[94] Next, the third party respondents point out that the remedy the plaintiffs are seeking is, in effect, a final order because it is highly unlikely they will ever pursue the unnamed defendants. This is another similarity with the *GoldTV FC* case, where at the time of the hearing in this matter, the plaintiffs were seeking to extend and make permanent the interlocutory injunction, while at the same time staying the underlying proceedings against the defendants in that matter. The third party respondents argue that this reality makes the interlocutory injunction process unsuitable, because it denies them the usual discovery rights and other procedural safeguards that are part of the regular trial process.

[95] Related to this, the third party respondents submit that the novel remedy sought by the plaintiffs could have been obtained, on consent, from the "tied ISPs" who

2) Les arguments des parties

[92] Les arguments liés à l'iniquité concernent trois demandes liées, associées à la stratégie adoptée par les demanderesse, le fait que la réparation demandée constituera, en réalité, un recours définitif ainsi que les solutions de rechange qui étaient à la disposition des demanderesse.

[93] En premier lieu, les tierces parties intimées répètent les arguments formulés lors de la conférence sur la gestion de l'instance du 17 août 2021 : elles font valoir que la procédure suivie par les demanderesse était une stratégie délibérée conçue pour placer les parties intimées dans une situation intenable. Elles font valoir qu'il avait fallu de nombreux mois aux demanderesse pour réunir un dossier documentaire important, comme le prouve le fait que Rogers avait retenu les services d'une société qui a commencé à assurer une surveillance en matière d'atteinte au droit d'auteur à compter du 30 janvier 2021. Le dossier des demanderesse a ensuite été signifié et déposé au début de l'été, de même qu'une demande d'audience urgente. Les tierces parties intimées soulignent que cela reproduit l'approche adoptée par les demanderesse dans l'affaire *GoldTV CF* et elles exhortent la Cour à ne pas la sanctionner.

[94] Ensuite, les tierces parties intimées signalent que le recours demandé par les demanderesse correspond, en effet, à une ordonnance définitive, car il est très peu probable qu'elles poursuivent un jour les défendeurs non désignés nommément. Il s'agit d'une autre similitude avec l'affaire *GoldTV CF*, dans laquelle, au moment de l'audition de cette affaire, les demanderesse demandaient de proroger l'injonction interlocutoire et de la rendre permanente, tout en suspendant les procédures sous-jacentes à l'encontre des défendeurs dans cette affaire. Les tierces parties intimées prétendent que cette réalité rend le processus de l'injonction interlocutoire inapproprié, car il leur refuse les droits habituels en matière de communication de la preuve et d'autres mesures de protection procédurales qui font partie de la procédure judiciaire habituelle.

[95] À cet égard, les tierces parties intimées font valoir que le nouveau recours demandé par les demanderesse aurait pu être obtenu, sur consentement, auprès des « FAI

represent approximately 70 percent of the residential retail Internet connection market in Canada. If the plaintiffs had followed this approach, they could have tested the technical systems they now seek to impose on the third party respondents, to assess their ease of use and accuracy. This would have also enabled the plaintiffs to gather evidence about the effectiveness of a dynamic site blocking order. The third party respondents contend that this would have been a fairer procedure that would have diminished the impact on them because it would have allowed for a period of testing and refinement of the dynamic blocking procedures.

[96] Building on the last submission, the third party respondents also say that the plaintiffs should have proposed that the parties work together to identify feasible ways of implementing the novel order sought by the plaintiffs, including by jointly developing technical solutions and engaging in a period of testing and validation. This approach would have enabled many of the third party respondents' concerns to be addressed, and would have allowed the parties to present a robust evidentiary record to the Court.

[97] The third party respondents ask the Court to deny the plaintiffs the relief they seek, to discourage their strategy of filing voluminous materials and then pressing for an urgent hearing. They also assert there were effective alternative approaches available that would have enabled to plaintiffs to obtain most of what they seek without imposing such undue burdens on the innocent third party respondents.

[98] In a related but separate submission, Distributel argued that the plaintiffs had known about the problem of copyright piracy for years but it waited until now to bring this motion. Distributel argued that this delay should be sufficient to disentitle the plaintiffs to the extraordinary interlocutory relief they seek.

liés », qui représentent environ 70 p. cent du marché des services Internet résidentiels au détail au Canada. Si les demandresses avaient suivi cette approche, elles auraient pu mettre à l'essai les systèmes techniques qu'elles cherchent désormais à imposer aux tierces parties intimées, pour évaluer leur convivialité et leur précision. Cela aurait également permis aux demandresses de recueillir des éléments de preuve à propos de l'efficacité d'une ordonnance de blocage dynamique de sites. Les tierces parties intimées soutiennent qu'il se serait agi d'une procédure plus équitable qui aurait réduit l'impact sur celles-ci, car cela aurait permis une période d'essai et de mise au point des procédures de blocage dynamique.

[96] En s'appuyant sur cette dernière observation, les tierces parties intimées affirment aussi que les demandresses auraient dû proposer aux parties de travailler en collaboration afin de cerner des façons possibles de mettre en œuvre l'ordonnance nouvelle sollicitée par les demandresses, y compris en élaborant des solutions techniques et en se livrant à une période d'essais et de validation. Cette approche aurait permis de répondre à un grand nombre de préoccupations des tierces parties intimées, en plus de permettre aux parties de présenter un dossier de preuve solide à la Cour.

[97] Les tierces parties intimées demandent à la Cour de rejeter le recours demandé par les demandresses, afin de décourager leur stratégie relative à la production de documents volumineux, puis de réclamer la tenue d'une audience urgente. Elles font également valoir que d'autres approches efficaces étaient disponibles, lesquelles auraient permis aux demandresses d'obtenir plus que ce qu'elles demandent sans imposer de fardeaux indus sur les tierces parties intimées innocentes.

[98] Dans un argument connexe, mais distinct, Distributel a prétendu que les demandresses étaient informées du problème de piratage de droits d'auteur depuis des années, mais qu'elles avaient attendu jusqu'à maintenant pour présenter la requête en l'espèce. Distributel a soutenu que ce délai devrait suffire à priver les demandresses du droit au recours interlocutoire extraordinaire qu'elles demandent.

[99] The plaintiffs deny that they have followed an unfair procedure. They argue that the question must be understood in light of the rapidly evolving context, in particular the changes in the way online piracy of copyright content operates in the real world. The fact that the context has changed so rapidly has meant that the plaintiffs' approach to protecting their copyright must evolve to keep pace. In this case, that has meant going from earlier efforts to enforce their rights (see, for example: *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612, [2016] 4 F.C.R. D-10, aff'd [sub nom. *Wesley (Mtlfreetv.com) v. Bell Canada*] 2017 FCA 55; *Bell Canada v. Vincent Wesley dba MtlFreeTV.com*, 2016 FC 1379 [T-759-16, LeBlanc J., order dated December 16, 2016 (F.C.) (unreported)], and see also [*Bell Canada v. Vincent Wesley (MTL FreeTv.com)*] 2018 FC 66; [*Bell Canada v. Vincent Wesley (MTL FreeTv.com)*] 2018 FC 861 [T-759-16, Roy J., order dated August 18, 2018 (F.C.) (unreported)]; *Bell Canada v. Red Rhino Entertainment Inc.*, 2019 FC 1460; *Bell Canada v. Lackman*, 2018 FCA 42, [2018] 4 F.C.R. 199), to seeking and obtaining a static site blocking order in 2019, and now seeking a dynamic site blocking order in 2021.

[100] In response to the third party respondents' arguments, the plaintiffs acknowledge that the preparation of their motion record took some time, but they say that is appropriate in light of the technical nature of the evidence, and the novelty of the remedy they seek. Their record was served in early July, and the third party respondents had months to prepare their cases. The plaintiffs note that several of the third party respondents cross-examined the plaintiff's witnesses, and that they also filed extensive evidence about their businesses and the difficulties associated with implementing the type of order being sought.

[101] The plaintiffs also argue that the alternative procedures proposed by the third party respondents are not realistic, because an action seeking default judgment against the John Doe defendants would have no practical impact on anonymous offshore Internet pirates who have taken such elaborate steps to hide their identities

[99] Les demanderss nient avoir suivi une procédure inéquitable. Elles prétendent que la question doit être interprétée à la lumière du contexte en rapide évolution, notamment les changements dans la façon dont le piratage en ligne de contenu protégé par le droit d'auteur fonctionne dans le monde réel. Le fait que le contexte ait changé aussi rapidement a signifié que l'approche des demanderss à l'égard de la protection de leur droit d'auteur doit évoluer pour suivre le rythme. En l'espèce, cela a voulu dire partir des efforts antérieurs en vue de faire respecter leurs droits (voir, par exemple : *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612, [2016] 4 R.C.F. F-15, confirmée par [sub nom. *Wesley (Mtlfreetv.com) c. Bell Canada*] 2017 CAF 55; *Bell Canada c. Vincent Wesley (MtlFreeTV.com)*, 2016 CF 1379 [T-759-16, le juge LeBlanc, ordonnance en date du 16 décembre 2016 (C.F.) (non publiée)], voir aussi [*Bell Canada c. Vincent Wesley (MTL FreeTv.com)*] 2018 CF 66, [*Bell Canada c. Vincent Wesley (MtlFreeTV.com)*] 2018 CF 861 [T-759-16, le juge Roy, ordonnance en date du 18 août 2018 (C.F.) (non publiée)] 2018 CF 861; *Bell Canada c. Red Rhino Entertainment Inc.*, 2019 CF 1460; *Bell Canada c. Lackman*, 2018 CAF 42, [2018] 4 R.C.F. 199) pour demander et obtenir une ordonnance de blocage de sites statique en 2019, et demander maintenant une ordonnance de blocage de sites en 2021.

[100] En réponse aux arguments des tierces parties intimées, les demanderss reconnaissent qu'il a fallu un certain temps pour préparer leur dossier de requête, mais affirment que cela est approprié compte tenu de la nature technique de la preuve et du caractère nouveau du recours demandé. Leur dossier a été signifié au début juillet et les tierces parties intimées ont eu des mois pour préparer leurs dossiers. Les demanderss soulignent que plusieurs des tierces parties intimées ont contre-interrogé les témoins des demanderss, et qu'elles ont aussi produit une preuve très détaillée à propos de leurs entreprises et des difficultés associées à la mise en œuvre du type d'ordonnance sollicitée.

[101] Les demanderss font aussi valoir que les autres procédures proposées par les tierces parties intimées ne sont pas réalistes, car une action demandant un jugement par défaut contre les défendeurs Jean Untel n'aurait aucune incidence pratique sur des pirates Internet anonymes à l'étranger ayant pris de telles mesures élaborées pour

and evade legal processes. The plaintiffs submit that they have followed the accepted procedure for seeking an interlocutory injunction, which is a legal remedy that is undoubtedly available to them in Canadian law.

(3) Discussion

[102] While I agree with the third party ISPs that the plaintiffs could have followed a different approach, in the end I am not persuaded that the process—as it actually unfolded—was unfair to any of the third party respondents or that it impaired their ability to mount a full answer to the motion.

[103] The procedural history outlined above is a full answer to the third party ISPs' arguments. Whether the plaintiffs could or should have followed a different, more collaborative, approach is not a question for the Court. Rather, the only issue is whether the plaintiffs should be denied a mandatory interlocutory injunction because the process was unfair in the circumstances (*Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121, at paragraphs 54 and 56).

[104] In this case, the plaintiffs filed a substantial record in early July 2021. The matter was not heard until late November 2021, and in the intervening period, the third party ISPs had the opportunity to gather and present their own evidence, and all parties had the opportunity to conduct cross-examination on the affidavits that were filed. All parties subsequently had the chance to present their submissions to the Court, and to present further detailed arguments regarding their respective positions on the terms of the order that might be issued. By any measure, this meets the standards of procedural fairness.

[105] It is true that the interlocutory injunction procedure does not entail the full panoply of procedural rights that an action followed by a trial allows. On the other

dissimuler leurs identités et éluder des procédures judiciaires. Les demanderesse font valoir qu'elles ont suivi la procédure acceptée pour demander une injonction interlocutoire, un recours juridique dont elles peuvent certainement se prévaloir en droit canadien.

3) Discussion

[102] Même si je conviens avec les FAI tiers que les demanderesse pourraient avoir opté pour une approche différente, en fin de compte, je ne suis pas convaincu que le processus — de la façon dont il s'est déroulé en réalité — était inéquitable pour l'une des tierces parties intimées ou qu'il a entravé leur capacité de préparer une réponse exhaustive à la requête.

[103] L'historique des procédures décrit ci-dessus constitue une réponse exhaustive aux arguments des FAI tiers. La question de savoir si les demanderesse auraient pu ou auraient dû suivre une approche différente, plus collaborative, n'est pas une question à laquelle la Cour doit répondre. En revanche, la seule question consiste à déterminer si l'on devrait refuser d'accorder aux demanderesse une injonction interlocutoire mandatoire, car le processus était inéquitable dans les circonstances (*Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121, aux paragraphes 54 et 56).

[104] En l'espèce, les demanderesse ont présenté un dossier volumineux au début de juillet 2021. L'affaire n'a pas été entendue avant la fin novembre 2021 et, entretemps, les FAI tiers ont eu l'occasion de recueillir et de présenter leurs propres éléments de preuve, et toutes les parties ont eu l'occasion de procéder à un contre-interrogatoire à l'égard des affidavits qui avaient été déposés. Toutes les parties ont ensuite eu l'occasion de présenter leurs observations à la Cour et de présenter d'autres arguments détaillés concernant leurs positions respectives sur les modalités de l'ordonnance qui pourrait être délivrée. À tous les points de vue, cela satisfait aux normes d'équité procédurale.

[105] Il est vrai que la procédure d'injonction interlocutoire n'englobe pas toute la panoplie des droits procéduraux permis par une action suivie d'un procès

hand, that procedure also does not involve the delay and cost associated with a full trial of a matter. In addition, none of the third party respondents explained how the plaintiffs could realistically have pursued the unnamed defendants. As noted by Justice Locke in *GoldTV FCA*, at paragraph 42:

.... Where, in an action against an anonymous defendant, a court can be convinced that said defendant has and will maintain its anonymity and ignore an injunction against it, it would seem pointless and unfair to require that the plaintiff jump through certain hoops and wait a certain time to confirm what it already knows, and the court already accepts, before seeking an injunction against a third party.

[106] In my view, on the evidence before the Court, these comments apply to the situation facing the plaintiffs. The additional procedural avenues, and costs and delay associated with bringing an action to trial were not needed to ensure the process was fair to the third party respondents. The actual proceeding in this case, as it unfolded, allowed them almost six months to obtain and present evidence and arguments and to test the plaintiffs' evidence.

[107] Given that this case is about unlawful streaming of live NHL games, it made sense to time the matter so that the matter could be heard and decided during the current NHL season.

[108] As a final note, I observe that several of the third party respondents commented on the terms of the proposed draft order, and included in these submissions was a request that they be given a minimum of three months' notice of any motion to extend any order granted. This is an indication of the time these parties thought would be needed to mount an adequate reply to such a request, and it is further confirmation that they were not unfairly prejudiced by the procedure followed in this case.

en première instance. D'autre part, cette procédure ne comporte pas non plus le délai et les coûts associés à la tenue d'un procès complet d'une affaire en première instance. En outre, aucune des tierces parties intimées n'a expliqué la façon dont les demanderessees pouvaient avoir poursuivi de manière réaliste les défendeurs non désignés nommément. Comme l'a souligné le juge Locke dans l'arrêt *GoldTV CAF*, au paragraphe 42 :

... Lorsque, dans une action intentée contre un défendeur anonyme, le tribunal peut être convaincu que ce défendeur est et demeurera anonyme et qu'il ne tiendra aucun compte de l'injonction prononcée contre lui, il serait inutile et injuste d'exiger que le demandeur franchisse certaines épreuves pour la forme et patiente un certain temps pour confirmer ce qu'il sait, et ce que le tribunal reconnaît déjà, avant de demander une injonction à l'encontre d'un tiers.

[106] À mon avis, d'après la preuve dont la Cour est saisie, ces commentaires s'appliquent à la situation à laquelle sont confrontées les demanderessees. Les moyens procéduraux supplémentaires, les coûts et les délais associés à la mise d'une affaire en état n'étaient pas nécessaires pour veiller à ce que le processus soit équitable pour les tierces parties intimées. La procédure réelle en l'espèce, de la façon dont elle s'est déroulée, leur a donné presque six mois pour obtenir et présenter des éléments de preuve et des arguments ainsi que pour mettre à l'essai la preuve des demanderessees.

[107] Étant donné que la présente affaire porte sur la diffusion en continu illégale de matchs en direct de la LNH, il était censé d'instruire l'affaire à un moment où elle pouvait être entendue et tranchée pendant la saison de la LNH actuelle.

[108] Enfin, je constate que plusieurs des tierces parties intimées ont formulé des commentaires sur les modalités du projet d'ordonnance provisoire et, en outre, dans ces commentaires, elles demandaient un préavis minimal de trois mois relativement à toute requête de prorogation de l'ordonnance accordée. Il s'agit d'une indication du temps que les parties estimaient nécessaire afin de préparer une réplique adéquate à une telle demande, il s'agit d'une autre confirmation qu'elles n'avaient pas été injustement lésées par la procédure suivie en l'espèce.

[109] For all of these reasons, I cannot accept the argument of the third party respondents that the injunction should be refused because the process was unfair to them. We turn next to the merits of the plaintiff's case.

B. The Plaintiffs have Met the Test for an Interlocutory Injunction

[110] The legal test that applies to this case was confirmed in *GoldTV FCA* [at paragraphs 60–61]:

The legal test applicable in a case like this was discussed in *Google* at paragraph 25:

RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994 CanLII 117 (SCC),] [1994] 1 S.C.R. 311 [*RJR — MacDonald*], sets out a three-part test for determining whether a court should exercise its discretion to grant an interlocutory injunction: is there a serious issue to be tried; would the person applying for the injunction suffer irreparable harm if the injunction were not granted; and is the balance of convenience in favour of granting the interlocutory injunction or denying it. The fundamental question is whether the granting of an injunction is just and equitable in all of the circumstances of the case. This will necessarily be context-specific.

It is relevant here to reproduce the following comments from the Supreme Court in *R. v. Canadian Broadcasting Corp.*, 2018 SCC 5, [2018] 1 S.C.R. 196, at para. 13 (*CBC*), after it described the test in *RJR — MacDonald*:

This general framework is, however, just that — general. (Indeed, in *RJR — MacDonald*, the Court identified two exceptions which may call for “an extensive review of the merits” at the first stage of the analysis.) In this case, the parties have at every level of court agreed that, where a *mandatory* interlocutory injunction is sought, the appropriate inquiry at the first stage of the *RJR — MacDonald* test is into whether the applicants have shown a strong *prima facie* case. I note that this heightened threshold was not applied by this Court in upholding such an injunction in *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.* In *Google*, however, the appellant did not argue that the first stage of the *RJR — MacDonald* test should be modified. Rather,

[109] Pour l'ensemble de ces motifs, je ne peux retenir l'argument des tierces parties intimées selon lequel la demande d'injonction devrait être rejetée parce que le processus était inéquitable à leur égard. Passons maintenant au bien-fondé de l'affaire des demanderesse.

B. Les demanderesse ont satisfait au critère relatif à l'octroi d'une injonction interlocutoire

[110] Le critère juridique qui s'applique à la présente espèce a été confirmé dans l'arrêt *GoldTV CAF* [aux paragraphes 60 et 61]:

Le critère juridique applicable dans une affaire comme celle en l'espèce a été examiné dans l'arrêt *Google* au paragraphe 25 :

L'arrêt RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994 CanLII 117 (CSC),] [1994] 1 R.C.S. 311 [*RJR — MacDonald*], établit le critère à trois volets suivant pour déterminer si un tribunal devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'octroyer une injonction interlocutoire : existe-t-il une question sérieuse à juger, la personne sollicitant l'injonction subirait-elle un préjudice irréparable si cette mesure n'était pas accordée et la prépondérance des inconvénients favorise-t-elle l'octroi ou le refus de l'injonction interlocutoire? Il s'agit essentiellement de savoir si l'octroi d'une injonction est juste et équitable eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire. La réponse à cette question dépendra nécessairement du contexte.

En l'espèce, il est pertinent de reproduire les observations suivantes formulées par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Société Radio-Canada*, 2018 CSC 5, [2018] 1 R.C.S. 196, au para. 13 (*SRC*), après qu'elle eut présenté le critère énoncé dans l'arrêt *RJR — MacDonald* :

Ce cadre d'analyse n'est toutefois que général. (En effet, dans *RJR — MacDonald*, la Cour a cerné deux exceptions qui pourraient commander un « examen plus approfondi du fond d'une affaire » à la première étape de l'analyse.) Dans le présent litige, les parties ont convenu à chaque palier judiciaire que, lorsqu'une injonction interlocutoire *mandatoire* est sollicitée, la question à trancher à la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* était celle de savoir si les demandeurs ont établi une forte apparence de droit. J'observe que ce seuil plus exigeant n'a pas été appliqué par la Cour lorsqu'elle a maintenu une telle injonction dans *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.* Dans cet arrêt, l'appelante n'avait toutefois pas

the appellant agreed that only a “serious issue to be tried” needed to be shown and therefore the Court was not asked to consider whether a heightened threshold should apply. By contrast, in this case, the application by the courts below of a heightened threshold raises for the first time the question of just what threshold ought to be applied at the first stage where the applicant seeks a mandatory interlocutory injunction. [Footnotes omitted by the F.C.A. in *GoldTV FCA*.]

[111] The fundamental question is whether it is “just and equitable in all of the circumstances” that an injunction should issue. This is necessarily context-specific (*Google*, at paragraph 25).

[112] In *GoldTV FC*, the Court accepted that it was appropriate to seek guidance from relevant United Kingdom jurisprudence on site-blocking orders, in particular the factors set out in *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd. & Ors*, [2016] EWCA Civ. 658 (BAILII) (*Cartier*). This was endorsed by the Federal Court of Appeal in *GoldTV FCA* (at paragraphs 76–77), and so I will consider these principles in the analysis that follows.

[113] The following summary of the *Cartier* factors borrows from *GoldTV FC* at paragraph 52 and *GoldTV FCA* at paragraph 74. The factors to be considered are:

- A. *Necessity* – ... the extent to which the relief is necessary to protect the plaintiff’s rights. The relief need not be indispensable but the court may consider whether alternative and less onerous measures are available;
- B. *Effectiveness* – ... whether the relief sought will make infringing activities more difficult to achieve and discourage Internet users from accessing the infringing service;
- C. *Dissuasiveness* – ... whether others not currently accessing the infringing service will be dissuaded from doing so;
- D. *Complexity and Cost* – ... the complexity and cost of implementing the relief sought;

plaidé que la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* devait être modifiée. Elle avait plutôt reconnu qu’il suffisait de prouver l’existence d’une « question sérieuse à juger », de sorte que la Cour n’a pas été appelée à se pencher sur l’opportunité d’appliquer un seuil plus élevé. En revanche, en l’espèce, l’application par les tribunaux d’instances inférieures d’un seuil plus élevé pose pour la première fois la question du seuil qui devrait être effectivement appliqué à la première étape, lorsque le demandeur sollicite une injonction interlocutoire mandatoire. [Notes en bas de page omises par la C.A.F. dans *GoldTV CAF*.]

[111] La question fondamentale consiste à déterminer si l’octroi d’une injonction est « juste et équitable eu égard à l’ensemble des circonstances ». La question dépendra nécessairement du contexte (*Google*, au paragraphe 25).

[112] Dans *GoldTV CF*, la Cour a accepté qu’il était approprié d’avoir recours à la jurisprudence du Royaume-Uni pertinente en matière d’ordonnances de blocage de sites, notamment les facteurs énoncés dans l’affaire *Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd. & Ors*, [2016] EWCA Civ. 658 (BAILII) (*Cartier*). Ce recours a été endossé par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *GoldTV CAF* (aux paragraphes 76 et 77) et, ainsi, je me pencherai sur ces principes dans l’analyse qui suit.

[113] Le résumé suivant des facteurs énoncés dans l’arrêt *Cartier* s’inspire de la décision rendue dans l’affaire *GoldTV CF* au paragraphe 52 ainsi que de l’arrêt *GoldTV CAF*, au paragraphe 74. Les facteurs à considérer sont :

- A. *Nécessité* : [...] la mesure dans laquelle la réparation est nécessaire pour protéger les droits d’un demandeur. La réparation n’a pas à être indispensable, mais la cour peut déterminer s’il existe d’autres mesures moins onéreuses.
- B. *Efficacité* : [...] la question de savoir si la mesure de redressement demandée compliquera la contrefaçon et découragera les utilisateurs d’Internet d’accéder au service contrefait.
- C. *Effet dissuasif* : [...] la question de savoir si d’autres parties, qui n’utilisent pas actuellement le service contrefait, seront dissuadées de le faire.
- D. *Complexité et coût* : [...] la complexité et le coût de la mise en œuvre de la mesure de redressement demandée.

- | | |
|---|--|
| <p>E. <i>Barriers to legitimate use or trade</i> – ... whether the relief will create barriers to legitimate use by unduly affecting the ability of users of ISP services to access information lawfully;</p> | <p>E. <i>Obstacles à l'utilisation ou au commerce légitimes</i> : [...] la question de savoir si la réparation crée des obstacles à l'utilisation ou au commerce légitimes en nuisant indûment à la capacité des utilisateurs des services des FAI d'accéder légalement à l'information.</p> |
| <p>F. <i>Fairness</i> – ... whether the relief strikes a fair balance between fundamental rights of the parties, the third parties and the general public;</p> | <p>F. <i>Équité</i> : [...] la question de savoir si la réparation constitue le juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties, des tiers et du grand public.</p> |
| <p>G. <i>Substitution</i> – ... the extent to which blocked websites may be replaced or substituted and whether a blocked website may be substituted for another infringing website; and</p> | <p>G. <i>Substitution</i> : la mesure dans laquelle les sites bloqués pourraient être remplacés ou substitués et la question de savoir si un site bloqué pourrait être remplacé par un autre site contrefait.</p> |
| <p>H. <i>Safeguards</i> – ... whether the relief sought includes measures that safeguard against abuse. [Emphasis added.]</p> | <p>H. <i>Mesures de sauvegarde</i> : [...] la question de savoir si la mesure de redressement demandée comprend des mesures de sauvegarde contre les abus. [Italiques ajoutés.]</p> |

[114] In the circumstances of this case and in light of the wider public policy issues raised by the order sought, I find that the application of certain of these factors must be adapted to take into account the Canadian context regarding the regulation of the Internet.

[114] Dans les circonstances de la présente espèce et à la lumière des questions générales de politique publique soulevée par l'ordonnance sollicitée, je conclus que l'application de certains de ces facteurs doit être adaptée afin de tenir compte du contexte canadien concernant la réglementation d'Internet.

[115] Because of the *GoldTV* decisions, the parties largely agree that this is the legal framework that applies. They disagree, however, about whether the test has been met. In addition, the third party ISPs and CIPPIC urge caution in any reliance on jurisprudence developed elsewhere in light of the different legislative and policy contexts and because in several of these other cases the ISPs either consented to, or did not oppose, the granting of the order.

[115] En raison des décisions dans l'affaire *GoldTV*, les parties conviennent essentiellement qu'il s'agit du cadre juridique qui s'applique. Elles sont toutefois en désaccord sur la question de savoir si le critère a été satisfait. En outre, les FAI tiers et la CIPPIC préconisent la prudence à l'égard d'un appui sur toute jurisprudence élaborée ailleurs à la lumière des contextes législatif et politique différents, et parce que dans plusieurs de ces autres affaires, les FAI ont soit consenti à l'octroi de l'ordonnance, soit ne s'y sont pas opposés.

[116] An introductory comment regarding the discussion that follows is necessary. Some of the evidence presented by the parties involves highly confidential matters, relating both to the means by which the plaintiffs identified the piracy and determined that blocking could be done, and also to the business operations and plans of the third party ISPs. Although I have carefully reviewed all of the evidence in the record, the discussion that follows will not delve into many of the specific details on either point, because it is not necessary to do so. This will

[116] Une observation préliminaire concernant la discussion ci-après s'avère nécessaire. Certains des éléments de preuve présentés par les parties portent sur des affaires hautement confidentielles, se rapportant à la fois aux moyens par lesquels les demandresses ont reconnu le piratage et ont déterminé que le blocage pouvait être fait, de même qu'aux opérations et plans commerciaux des FAI tiers. Même si j'ai attentivement examiné l'ensemble des éléments de preuve au dossier, la discussion ci-après n'examinera pas un grand nombre des détails précis sur

protect commercially sensitive information and avoid providing a roadmap for individuals who are currently or who may wish to become involved in unauthorized streaming activity.

[117] I now return to the elements of the test for interlocutory relief.

(1) Serious Issue

[118] The plaintiffs bear the onus of demonstrating that they have a “strong *prima facie* case”. This involves a more extensive review of the merits of the case than is usual in an interlocutory injunction proceeding. In the words of the Supreme Court of Canada in *CBC [R. v. Canadian Broadcasting Corp., 2018 SCC 5, [2018] 1 S.C.R. 196]*: “the application judge must be satisfied there is a *strong likelihood* on the law and the evidence presented that, at trial, the applicant will be ultimately successful in proving the allegations set out in the originating notice” [emphasis in original.] (paragraph 17).

[119] There is substantial evidence regarding the claim by Rogers Media that the unnamed defendants are breaching its copyright in live NHL broadcasts. The third party ISPs dispute this, however, and submit that even if Rogers is found to meet the test for serious issue, the other plaintiffs have not filed any evidence to support their claims of copyright infringement. They argue that there is no basis to extrapolate from the data demonstrating infringements of Rogers’ rights to conclude that any of the other plaintiffs are experiencing similar infringements, and thus there is no basis to find that the other plaintiffs have established a serious issue.

[120] The plaintiffs’ evidence shows that they hold copyright in the broadcasts of live NHL games, as described in the summary set out earlier. The details of the rights that each of the plaintiffs hold in the live NHL broadcasts is set out in the affidavits and exhibits of their corporate

l’un ou l’autre de ces points, car il n’est pas nécessaire de le faire. Cela permettra de protéger les renseignements sensibles sur le plan commercial ou d’éviter de fournir une feuille de route pour des personnes qui sont actuellement des acteurs dans l’activité de la diffusion en continu non autorisée, ou qui souhaitent le devenir.

[117] Je reviens maintenant sur les éléments du critère relatif à l’octroi d’une mesure interlocutoire.

1) Question sérieuse

[118] Il incombe aux demanderessees de démontrer qu’elles ont une « forte apparence de droit ». Cela comporte un examen plus exhaustif du bien-fondé de l’affaire qu’à l’habitude dans une procédure d’injonction interlocutoire. Selon les mots de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *SRC [R. c. Société Radio-Canada, 2018 CSC 5, [2018] 1 R.C.S. 196]* : « le juge de première instance doit être convaincu qu’il y a une *forte chance* au regard du droit et de la preuve présentée que, au procès, le demandeur réussira ultimement à prouver les allégations énoncées dans l’acte introductif d’instance » [italique dans l’original] (paragraphe 17).

[119] Il existe une preuve considérable concernant l’allégation de Rogers Media selon laquelle les défendeurs non désignés nommément portent atteinte à son droit d’auteur à l’égard des diffusions en direct de la LNH. Les FAI tiers contestent cependant cela et font valoir que même si on conclut que Rogers a satisfait au critère de l’existence d’une question sérieuse, les autres demanderessees n’ont présenté aucun élément de preuve pour étayer leurs allégations d’atteinte au droit d’auteur. Elles font valoir qu’il n’y a aucun fondement pour extrapoler à partir des données démontrant les atteintes aux droits de Rogers pour conclure qu’une autre des demanderessees est victime d’atteintes similaires et que, par conséquent, il n’y a aucun fondement pour conclure que les autres demanderessees ont établi l’existence d’une question sérieuse.

[120] La preuve des demanderessees montre qu’elles sont titulaires d’un droit d’auteur à l’égard des diffusions de matchs de la LNH en direct, conformément à la description figurant dans le résumé présenté plus tôt. Les détails concernant les droits dont chacune des demanderessees est

representatives, and this issue is not in dispute, so it is not necessary to describe the distribution of copyright in the various broadcasts in greater detail. Having reviewed the evidence, I find there is no question that the various plaintiffs hold the copyright in respect of virtually all broadcast distribution of live NHL games in Canada, including TV broadcasting and online streaming services. With this established, we turn to the evidence of copyright infringement.

[121] Rogers Cable, on behalf of Rogers Communications, retained a company called Friend MTS Limited (FMTS) to monitor the Internet and identify sites and services providing unauthorized access to live streams of certain NHL live broadcasts. FMTS has provided evidence about similar monitoring in previous site-blocking cases in the United Kingdom, Ireland and Argentina. FMTS offers various technological solutions to television broadcasters and copyright holders to protect and enforce their rights against pirates. Its services include monitoring and reporting on unauthorized streams, as well as sending takedown notices and providing site blocking solutions.

[122] In this case, Rogers Communications asked FMTS to monitor unauthorized streams of live broadcasts on four television stations owned by Rogers, namely Sportsnet One, Sportsnet Ontario, Sportsnet West and Sportsnet Pacific, starting on or around January 30, 2021.

[123] FMTS used various proprietary tools to identify, capture and analyze Streaming Servers providing unauthorized access to the monitored live NHL broadcasts in Canada in real time. Between January 30, 2021, and May 30, 2021, FMTS identified a total of 53,433 instances (referred to as “incidents”) where streaming servers provided unauthorized access to the live NHL games broadcast on the stations they monitored. Almost [***] of these instances originated from streaming servers known to be associated with copyright piracy.

titulaire à l’égard des diffusions de la LNH en direct sont énoncés dans les affidavits et les pièces de leurs représentants, et cette question n’est pas en litige, il n’est donc pas nécessaire de décrire de manière détaillée la distribution du droit d’auteur à l’égard des différentes diffusions. Après avoir examiné la preuve, je conclus qu’il ne fait aucun doute que les différentes demanderesse sont titulaires du droit d’auteur à l’égard de pratiquement toute la distribution des diffusions de matchs de la LNH en direct au Canada, y compris les services de télédiffusion et de diffusion en continu en ligne. Cela étant établi, passons à la preuve d’atteinte au droit d’auteur.

[121] Rogers Cable, au nom de Rogers Communications, a retenu les services d’une société appelée Friend MTS Limited (FMTS) pour surveiller Internet et identifier les sites et les services offrant un accès non autorisé à des diffusions en continu en direct de certaines des diffusions en direct de la LNH. FMTS a présenté des éléments de preuve concernant une surveillance similaire dans des affaires antérieures de blocage de sites au Royaume-Uni, en Irlande et en Argentine. FMTS offre différentes solutions technologiques aux télédiffuseurs et aux titulaires de droit d’auteur afin de protéger et de faire respecter leurs droits par les pirates. Ses services comprennent la surveillance et l’établissement de rapports sur les diffusions en continu non autorisées, ainsi que l’envoi d’avis de retrait et la fourniture de solutions de blocage de sites.

[122] Dans la présente espèce, Rogers Communications a demandé à FMTS de surveiller les diffusions en continu non autorisées de diffusions en direct pour quatre stations de télévision appartenant à Rogers, à savoir Sportsnet One, Sportsnet Ontario, Sportsnet West et Sportsnet Pacific, à compter du 30 janvier 2021 ou aux environs de cette date.

[123] FMTS a utilisé différents outils exclusifs pour identifier, capturer et analyser les serveurs de diffusion en continu offrant un accès non autorisé aux diffusions de la LNH en direct surveillées au Canada en temps réel. Entre le 30 janvier 2021 et le 30 mai 2021, FMTS a identifié un total de 53 433 cas (ci-après appelés « incidents ») où des serveurs de diffusion en continu ont fourni un accès non autorisé à la diffusion de matchs de la LNH en direct sur les stations qu’elle surveillait. Presque [***] de ces cas provenaient de serveurs de diffusion en continu associés au piratage de droits d’auteur.

[124] These incidents originated from 3,957 distinct unauthorized streaming servers, with a mean of 822 distinct IP addresses per week. The monitoring showed that the IP addresses of the unauthorized streaming servers change on average every three and a half weeks, with approximately half of the IP addresses appearing for only a single week. Approximately 95 percent of the Streaming Servers were physically located outside of Canada.

[125] This is persuasive evidence that the unidentified defendants are engaged in infringement of Rogers' copyright in its broadcast of these live NHL games.

[126] Bell and TVA filed additional evidence, including the affidavit of Steven Rogers, a former police officer who now provides Internet investigation and digital forensic analysis services. Mr. Rogers' affidavit details his efforts to obtain access to pirated broadcasts of live NHL games, and to compare these with live broadcasts on one of the plaintiff's specialty sports channels. Although this evidence does not cover as long a time frame nor as many incidents of unlawful streaming as that of FMTS in regard to Rogers, it does demonstrate that unlawful streaming services are providing access to Bell and TVA (as well as Rogers) content. Mr. Rogers confirms that he was able to gain access to streaming services that provided access to unauthorized versions of the live broadcasts. He explains how easy it was for him to do this, and describes the quality of the pirated content, noting that there was either a very short or no delay in the pirated stream (as compared with the legitimate feed) and that some of the content was available in the same high-definition format as the authorized broadcast.

[127] In addition, affidavits were filed by senior employees of Rogers, Bell and Videotron that confirmed that their respective customers were accessing content on one or more of the unauthorized streaming platforms corresponding to the IP addresses identified by FMTS during its monitoring of unauthorized streaming of live NHL games. To be clear, the monitoring done by the plaintiffs

[124] Ces incidents provenaient de 3 957 serveurs de diffusion en continu non autorisée distincts, avec une moyenne de 822 adresses IP distinctes par semaine. La surveillance montrait que les adresses IP des serveurs de diffusion en continu non autorisée changent en moyenne toutes les trois semaines et demie, avec environ la moitié des adresses IP n'apparaissant que pour une seule semaine. Environ 95 p. cent des serveurs de diffusion en continu étaient situés physiquement à l'extérieur du Canada.

[125] Il s'agit d'une preuve convaincante que les défendeurs non désignés nommément portent atteinte au droit d'auteur de Rogers à l'égard de la diffusion de ces matchs de la LNH en direct.

[126] Bell et TVA ont déposé des éléments de preuve supplémentaires, y compris l'affidavit de Steven Rogers, un ancien policier offrant aujourd'hui des services d'enquête sur Internet et d'analyses judiciaires numériques. L'affidavit de M. Rogers présente de façon détaillée ses efforts en vue d'obtenir un accès aux diffusions de matchs de la LNH en direct piratées et de les comparer avec les diffusions en direct sur l'une des chaînes de sports spécialisées de la demanderesse. Bien que cette preuve ne couvre ni une période aussi longue ni autant d'incidents de diffusion en continu illégale que celle de FMTS en ce qui concerne Rogers, elle démontre effectivement que des services de diffusion en continu illégaux donnent accès au contenu de Bell et de TVA (ainsi qu'à celui de Rogers). M. Rogers confirme qu'il a été en mesure d'avoir accès à des services de diffusion en continu qui donnaient accès à des versions non autorisées des diffusions en direct. Il explique à quel point il lui a été facile de le faire et il décrit la qualité du contenu piraté, soulignant qu'il n'y avait qu'un court délai, voire aucun, dans le flux piraté (comparativement au flux légitime) et qu'une partie du contenu était accessible dans le même format haute définition que la diffusion autorisée.

[127] En outre, de hauts dirigeants de Rogers, de Bell et de Vidéotron ont déposé des affidavits qui confirmaient que leurs clients respectifs accédaient à du contenu sur une ou plusieurs des plateformes de diffusion en continu non autorisées correspondant aux adresses IP relevées par FMTS pendant sa surveillance de la diffusion en continu non autorisée de matchs de la LNH en direct. Pour être

did not identify specific customers, but rather confirmed that at the relevant periods identified by FMTS, thousands of their regular Internet customers were accessing unauthorized streams of live NHL games. Although the evidence is not entirely clear on this point, presumably these customers resorted to the unauthorized streaming services because their subscription did not give them access to the game(s) they wanted to watch.

[128] To give a sense of the scale of the problem, Rogers' evidence shows that between March 16 and April 24, 2021, an average of over 20,000 Rogers Cable Internet subscribers accessed known illegal IPTV services on a daily basis. Between May 10 and May 23, 2021, over 43,000 Rogers Internet subscribers accessed the unauthorized IPTV services on a daily basis. Bell Canada's witness reported that during one evening when a playoff game between Montreal and Toronto was broadcast (a highly popular event) at least 25,000 Bell Canada Internet subscribers accessed the unauthorized streaming services identified in the FMTS reports. Similarly, Videotron reports that its monitoring showed that during the broadcast of NHL live games between May 14, 2021, and June 1, 2021, a large number of its subscribers relied on the unauthorized streaming servers identified by FMTS, generating a high volume of traffic on their system.

[129] Taken together, this evidence demonstrates each of the respective plaintiffs are experiencing unlawful streaming of their broadcasts of live NHL games. There is no question that this amounts to a breach of their copyright.

[130] As noted above, the plaintiffs hold the exclusive right to communicate to the public all live NHL games through TV broadcast and online streaming. Pursuant to section 3 of the *Copyright Act*, the plaintiffs have the sole right to broadcast this content, or to authorize its communication to the public. Under subsection 27(1) of the *Copyright Act*, any person who communicates this content to the public without the owners' consent is infringing the plaintiff's copyright.

clair, la surveillance assurée par les demandresses n'a pas permis d'identifier des clients particuliers, mais a plutôt confirmé que pendant les périodes pertinentes déterminées par FMTS, des milliers de leurs clients Internet réguliers accédaient à des flux non autorisés de matchs de la LNH en direct. Même si la preuve n'est pas entièrement claire sur ce point, on présume que ces clients ont eu recours à des services de diffusion en continu non autorisés, car leur abonnement ne leur donnait pas accès aux matchs qu'ils voulaient regarder.

[128] Pour donner une idée de l'ampleur du problème, la preuve de Rogers montre que, entre le 16 mars et le 24 avril 2021, une moyenne de plus de 20 000 abonnés à Internet par câble de Rogers a eu accès à des services de télévision par IP (TVIP) illégaux connus au quotidien. Entre le 10 mai et le 23 mai 2021, plus de 43 000 abonnés aux services Internet de Rogers ont accédé à des services de TVIP non autorisés au quotidien. Le témoin de Bell Canada a signalé que pendant une soirée où un match des séries éliminatoires entre Montréal et Toronto était diffusé (un événement très populaire), au moins 25 000 abonnés aux services Internet de Bell Canada avaient accédé aux services de diffusion en continu non autorisés relevés dans les rapports de FMTS. De manière similaire, Vidéotron signale que sa surveillance a démontré que pendant la diffusion de matchs de la LNH en direct entre le 14 mai 2021 et le 1^{er} juin 2021, un grand nombre de ses abonnés ont eu recours aux serveurs de diffusion en continu non autorisés relevés par FMTS, ce qui a généré un important volume de trafic sur son système.

[129] Ensemble, cette preuve démontre que chacune des demandresses respectives éprouve une diffusion en continu illégale de ses diffusions de matchs de la LNH en direct. Il ne fait aucun doute que cela équivaut à une violation de leur droit d'auteur.

[130] Comme il est indiqué ci-dessus, les demandresses sont les titulaires du droit exclusif de communiquer au public tous les matchs de la LNH en direct par l'intermédiaire d'une télédiffusion et d'une diffusion en continu en ligne. En vertu de l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, les demandresses sont titulaires du droit exclusif de diffuser ce contenu ou d'autoriser sa communication au public. Selon le paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*, toute personne qui communique

[131] The evidence shows that the unnamed defendants are responsible for the unauthorized communication to the public in Canada of the plaintiffs' broadcasts of live NHL games. I agree with the plaintiffs that the defendants' actions do not fall within the statutory exception limiting the liability of those who only provide the "means" of telecommunication, set out in subsection 2.4(1) of the *Copyright Act*. The evidence shows that the defendants are not merely the conduit of the transmission of the copyright material; rather, they have pirated it and arranged for members of the public in Canada to gain access to it through the infrastructure that the defendants have set up. This involves deliberate and elaborate efforts—involving substantial investments—to capture and stream the plaintiffs' copyright material.

[132] In summary on this point, and going back to the governing test, I am satisfied, based on a careful and detailed review of the evidence, that the plaintiffs have demonstrated a very strong likelihood that they would be successful at trial in establishing that the defendants have breached their copyright. Indeed, the evidence demonstrates that the defendants are breaching the plaintiffs' copyright in an ongoing and flagrant fashion.

[133] It bears repeating that the third party ISPs are mere conduits and are not in any way involved in the activities that amount to copyright infringement. Their only involvement is that the unlawful streaming flows to viewers in Canada through the services they provide.

(2) Irreparable Harm

[134] The term "irreparable harm" refers to the nature of the harm rather than its scope or reach; it is generally described as a harm that cannot adequately be compensated in damages or cured (*RJR — MacDonald [Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at page 341). It has often been stated that this harm cannot be based on mere speculation; it must be established through evidence

ce contenu au public sans le consentement des titulaires viole le droit d'auteur de la demanderesse.

[131] La preuve montre que les défendeurs non désignés nommément sont responsables de la communication non autorisée au public au Canada des diffusions des matchs de la LNH en direct des demanderesse. Je conviens avec les demanderesse que les actions des défendeurs ne sont pas visées par l'exception prévue par la loi limitant la responsabilité de ceux qui ne font que fournir les « moyens » de télécommunication, énoncée au paragraphe 2.4(1) de la *Loi sur le droit d'auteur*. La preuve montre que les défendeurs ne sont pas que le conduit de la transmission du contenu protégé par le droit d'auteur; ils l'ont plutôt piraté et ont pris des dispositions pour que des membres du public au Canada y aient accès par l'intermédiaire de l'infrastructure que les défendeurs ont installée. Cela comporte des efforts délibérés et élaborés — nécessitant des investissements importants — pour capturer et diffuser en continu le contenu protégé par le droit d'auteur des demanderesse.

[132] En résumé sur ce point, et revenant sur le critère déterminant, je suis convaincu, en m'appuyant sur un examen attentif et détaillé de la preuve, que les demanderesse ont démontré une très forte probabilité qu'elles aient gain de cause au procès en établissant que les défendeurs ont porté atteinte à leur droit d'auteur. Certes, la preuve démontre que les défendeurs violent le droit d'auteur des demanderesse d'une façon continue et flagrante.

[133] Il convient de répéter que les FAI tiers ne sont que des conduits et qu'ils ne participent aucunement aux activités assimilables à une violation du droit d'auteur. Leur seule participation est que la diffusion en continu illégale est acheminée aux téléspectateurs au Canada par l'intermédiaire des services qu'ils offrent.

2) Préjudice irréparable

[134] L'expression « préjudice irréparable » a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue; ce préjudice est généralement décrit comme celui auquel il ne peut être remédié ou pour lequel un dédommagement adéquat ne peut être obtenu (*RJR — MacDonald [Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, à la page 341). Il a souvent été affirmé que ce préjudice

at a convincing level of particularity (see *Glooscap Heritage Society v. Canada (National Revenue)*, 2012 FCA 255, at paragraph 31; *Gateway City Church v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 126, at paragraphs 15–16; *Newbould v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 106, [2018] 1 F.C.R. 590, at paragraphs 28–29). In addition, the evidence must demonstrate a high likelihood that the harm will occur, not that it is merely possible. This will obviously depend on the circumstances of each case (see the discussion in *Letnes v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 636, at paragraphs 49–58).

[135] However, equitable relief must retain its necessary flexibility and it must be admitted that some forms of harm do not readily admit of proof, especially in interlocutory proceedings where speed is of the essence and the ability to prepare a complete evidentiary record is necessarily somewhat limited. What is required, at the end of the day, is a “sound evidentiary foundation” for the assessment of the harm; mere assertions or speculation by an applicant will never be sufficient (see *Vancouver Aquarium Marine Science Centre v. Charbonneau*, 2017 BCCA 395 (CanLII), 154 C.P.R. (4th) 32, at paragraph 60; *Ahousaht First Nation v. Canada (Fisheries, Oceans and Coast Guard)*, 2019 FC 1116, at paragraphs 87–88).

[136] In *GoldTV FC*, Justice Gleeson analyzed the necessity factor from *Cartier* under this branch, and this was not found to be an error by the Federal Court of Appeal. I will therefore follow this approach, although I acknowledge there is a degree of overlap between the consideration of this element and the broader balance of convenience factors.

[137] I will review the parties’ submissions on financial harms and necessity, and then discuss whether the plaintiffs have met the test for irreparable harm.

ne peut pas être fondé sur une simple hypothèse, il doit être établi au moyen d’éléments de preuve suffisamment probants (voir *Glooscap Heritage Society c. Canada (Revenu national)*, 2012 CAF 255, au paragraphe 31; *Gateway City Church c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 126, aux paragraphes 15 et 16; *Newbould c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 106, [2018] 1 R.C.F. 590, aux paragraphes 28 et 29). De plus, les éléments de preuve doivent démontrer une forte probabilité qu’un préjudice irréparable soit causé, pas qu’il est simplement possible. Cela dépendra évidemment des circonstances de chaque affaire (voir l’analyse faite dans la décision *Letnes c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 636, aux paragraphes 49 à 58).

[135] Cependant, une réparation équitable doit conserver sa souplesse nécessaire et il doit être admis que certaines formes de préjudice n’admettent pas facilement la preuve, notamment dans le cadre de procédures interlocutoires où il est essentiel d’agir rapidement et où la capacité de préparer un dossier de preuve complet est nécessairement limitée. Ce dont on a besoin, en fin de compte, c’est d’une « preuve solide » pour l’évaluation du préjudice; de simples affirmations ou conjectures d’un demandeur ne seront jamais suffisantes (voir *Vancouver Aquarium Marine Science Centre v. Charbonneau*, 2017 BCCA 395 (CanLII), 154 C.P.R. (4th) 32, au paragraphe 60; *Première Nation de Ahousaht c. Canada (Pêches, Océans et Garde côtière)*, 2019 CF 1116, aux paragraphes 87 et 88).

[136] Dans la décision *GoldTV CF*, le juge Gleeson a analysé le facteur de la nécessité établi dans l’affaire *Cartier* dans le contexte de ce volet du critère, et la Cour d’appel fédérale a jugé qu’il ne s’agissait pas d’une erreur. Par conséquent, je suivrai cette approche, même si je reconnais qu’il y a un degré de chevauchement entre l’examen de cet élément et les facteurs généraux de la prépondérance des inconvénients.

[137] Je passerai en revue les observations des parties sur les préjudices financiers et la nécessité, puis je discuterai de la question de savoir si les demandesses ont satisfait au critère relatif au préjudice irréparable.

(a) *Financial Harm*

[138] The crux of the plaintiffs' argument on this ground is that they are losing subscribers and potential advertising revenue because of the rampant and egregious ongoing breach of their copyright due to the unauthorized streaming of their copyright content in live NHL games. There are several interrelated facets to their argument.

[139] First, NHL hockey is very popular among Canadian viewers. NHL games are the most watched live sporting events in Canada, and some games can attract a very large audience. For example, it is estimated that 11 million people watched game seven of the playoff series between Montreal and Toronto in the first round of the 2021 playoffs. Each of the plaintiffs has invested significant amounts to obtain the rights to broadcast these games and continue to make ongoing investments to maintain the infrastructure needed to meet their customers' needs. Their evidence shows that subscribers to their specialty sports channels are particularly interested in gaining access to live broadcasts of sporting events, in particular NHL games.

[140] Second, because almost all NHL games are watched in "real time" (as opposed to other programming which is often recorded and accessed at different times), the plaintiffs have had to invest in the infrastructure needed to meet spikes in demand for Internet services during live broadcasts. In addition, because subscribers cannot fast-forward through a live broadcast, advertisers know exactly how many viewers will be seeing their ads during live NHL games, making these advertising spots particularly profitable for the plaintiffs. It also drives revenue for their sport-related programming broadcast just before and after NHL games.

a) *Préjudice financier*

[138] L'essentiel de l'argument des demanderessees quant à ce motif est qu'elles perdent des abonnés et des revenus publicitaires éventuels en raison de la violation omniprésente, flagrante et continue de leur droit d'auteur imputable à la diffusion en continu non autorisée de leur contenu protégé par le droit d'auteur dans les matchs de la LNH en direct. Leur argument comprend plusieurs facettes liées entre elles.

[139] En premier lieu, le hockey de la LNH est très populaire auprès des téléspectateurs canadiens. Les matchs de la LNH sont les événements sportifs en direct les plus regardés au Canada, certains matchs peuvent attirer un très vaste public. Par exemple, on estime que 11 millions de personnes ont regardé le septième match des séries éliminatoires entre Montréal et Toronto pendant la première ronde des séries éliminatoires de 2021. Chacune des demanderessees a investi des sommes importantes pour obtenir les droits de diffuser ces matchs et continue d'effectuer des investissements afin d'entretenir l'infrastructure nécessaire pour satisfaire aux besoins de leurs clients. Leur preuve montre que les abonnés à leurs chaînes sportives spécialisées souhaitent particulièrement avoir accès aux diffusions en direct d'événements sportifs, notamment les matchs de la LNH.

[140] Ensuite, parce que presque tous les matchs de la LNH sont visionnés « en temps réel » (par opposition à d'autres émissions qui sont souvent enregistrées et auxquelles on a accès à des heures différentes), les demanderessees ont dû effectuer des investissements dans l'infrastructure nécessaire pour satisfaire aux heures de pointe dans la demande de services Internet pendant les diffusions en direct. En outre, étant donné que les abonnés ne peuvent pas effectuer une avance rapide pendant une diffusion en direct, les annonceurs savent exactement combien de téléspectateurs verront leurs annonces pendant les matchs de la LNH en direct, ce qui rend ces messages supplémentaires particulièrement rentables pour les demanderessees. Cela génère également des revenus pour la diffusion de leurs émissions liées aux sports avant et après les matchs de la LNH.

[141] Third, the plaintiffs claim that ongoing unauthorized streaming of their content is causing an ongoing loss of customers and will permanently alter consumers' behaviour if left unchecked. The plaintiffs acknowledge that it is impossible for them to quantify with precision the number of subscribers they have lost (or never gained) as a result of the ongoing piracy of their content, but they argue that the evidence shows that piracy is a substantial problem in Canada that has an undeniably negative effect on them.

[142] In addition, the plaintiffs point to the obvious fact that the harm arises in a context where a large number of unidentifiable defendants have taken active steps to remain anonymous, and who could be located anywhere in the world. Their chances of ever recovering any damages from these parties are slim, at best (*GoldTV FC*, at paragraph 66; *GoldTV FCA*, at paragraph 71).

[143] The plaintiffs point to a number of other decisions where unauthorized communication of copyright content by means of the Internet was found to constitute irreparable harm, including: *GoldTV FC* and *GoldTV FCA*; *Bell Canada v. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 FC 612 [cited above]; *Wesley (Mtlfreetv.com) v. Bell Canada*, 2017 FCA 55, at paragraphs 3–5; and *Bell Canada v. Lackman*, 2017 FC 634, at paragraph 47.

[144] For all of these reasons, the plaintiffs argue that they have established that they will suffer financial losses that amount to irreparable harm.

[145] The third party ISPs contend that the plaintiffs' evidence falls short because they have not demonstrated that any piracy that is occurring is actually causing the plaintiffs to lose customers or other revenue. They point out that the law sets a high bar for establishing irreparable harm, and argue that in this case the plaintiffs have failed to meet it.

[146] The third party respondents do not dispute that NHL live games are widely watched in Canada, or that the

[141] Troisièmement, les demanderesse allèguent que la diffusion en continu non autorisée de leur contenu cause une perte continue de clients et qu'elle modifiera en permanence le comportement des consommateurs si on n'intervient pas. Les demanderesse reconnaissent qu'il leur est impossible de quantifier avec précision le nombre d'abonnés qu'elles ont perdu (ou qu'elles n'ont jamais gagné) en raison du piratage continu de leur contenu, mais elles prétendent que la preuve montre que le piratage constitue un problème considérable au Canada qui a indubitablement un effet négatif sur elles.

[142] En outre, les demanderesse signalent le fait évident que le préjudice découle d'un contexte où un grand nombre de défendeurs impossibles à identifier, lesquels pourraient se trouver n'importe où dans le monde, ont activement pris des mesures pour demeurer anonymes. Au mieux, leurs chances de recouvrer un jour des dommages-intérêts auprès de ces parties sont minces (*GoldTV CF*, au paragraphe 66; *GoldTV CAF*, au paragraphe 71).

[143] Les demanderesse signalent un certain nombre d'autres décisions dans lesquelles on a jugé que la communication non autorisée d'un contenu protégé par le droit d'auteur au moyen d'Internet constituait un préjudice irréparable, notamment : *Gold TV CF* et *GoldTV CAF*; *Bell Canada c. 1326030 Ontario Inc. (iTVBox.net)*, 2016 CF 612 [précitée]; *Wesley (Mtlfreetv.com) c. Bell Canada*, 2017 CAF 55, aux paragraphes 3 à 5; et *Bell Canada c. Lackman*, 2017 CF 634, au paragraphe 47.

[144] Pour l'ensemble de ces motifs, les demanderesse font valoir qu'elles ont établi qu'elles subiront des pertes financières équivalant à un préjudice irréparable.

[145] Les FAI tiers prétendent que la preuve des demanderesse est insuffisante, car elles ne sont pas parvenues à démontrer qu'un acte de piratage quelconque fait réellement en sorte que les demanderesse perdent des clients ou d'autres revenus. Ils signalent que le droit place la barre très haute en ce qui concerne l'établissement d'un préjudice irréparable et prétendent que, en l'espèce, les demanderesse ne l'ont pas atteint.

[146] Les tierces parties intimées ne contestent pas que les matchs en direct de la LNH sont largement regardés

plaintiffs have invested a substantial amount of money to acquire the rights and develop the infrastructure to broadcast them. They also do not dispute that piracy is undesirable. Several of the third party respondents attest to their collaboration on other efforts to stop the distribution of unlawful content on the Internet, including through their participation in Project CleanFeed. However, the third party respondents point out that these general propositions fall well short of establishing irreparable harm to the standard required by the binding jurisprudence.

[147] In regard to the claim that the piracy of live NHL games is causing a loss of revenue, the third party respondents submit that none of the plaintiffs have provided any evidence that their advertising revenue, subscription payments or other income streams have declined because of piracy. They point out that there is no evidence that the advertising that runs on the plaintiff's stations is not also displayed on the illegal live streams. Therefore there is no evidence that the advertisers' audience for their advertisements is reduced because of the piracy, and thus no basis to conclude that the plaintiffs are losing any revenues because of the unlawful streaming.

[148] In addition, the third party respondents contend that the plaintiffs have failed to link any decline in their subscriber base to the piracy of live NHL broadcasts. The evidence filed by the plaintiffs is either generic—relating to piracy generally, or piracy across North America—or based on opinions expressed by witnesses that were not properly qualified as experts. The third party respondents point out that none of the plaintiffs conducted any surveys or took other steps to gather more specific evidence linking the piracy to their losses. In the absence of such evidence, they submit that the plaintiffs have failed to meet an essential element of the test for a mandatory interlocutory injunction.

au Canada ou que les demandesses ont investi une somme d'argent considérable pour faire l'acquisition des droits et développer l'infrastructure pour les diffuser. En outre, elles ne contestent pas que le piratage n'est pas souhaitable. Plusieurs des tierces parties intimées attestent de leur collaboration à d'autres efforts pour freiner la distribution de contenu illégal sur Internet, y compris grâce à leur participation au projet CleanFeed. Cependant, les tierces parties intimées signalent que ces propositions générales ne suffisent pas à établir l'existence d'un préjudice irréparable selon la norme requise par la jurisprudence contraignante.

[147] En ce qui concerne l'allégation voulant que le piratage des matchs en direct de la LNH cause une perte de revenus, les tierces parties intimées font valoir qu'aucune des demandesses n'a présenté d'éléments de preuve indiquant que leurs revenus publicitaires, paiements d'abonnements ou autres sources de revenus ont diminué en raison du piratage. Elles signalent qu'il n'existe aucune preuve que les publicités diffusées sur les stations de la demandesse ne sont pas aussi diffusées sur les flux en direct illégaux. Par conséquent, il n'y a aucune preuve que le public des annonceurs pour leurs messages publicitaires est réduit en raison du piratage et, par conséquent, il n'y a aucun fondement permettant de conclure que les demandesses perdent des revenus en raison de la diffusion en continu illégale.

[148] En outre, les tierces parties intimées soutiennent que les demandesses intimées ne sont pas parvenues à lier toute baisse dans leur base d'abonnés au piratage des diffusions de la LNH en direct. La preuve présentée par les demandesses est soit générique — liée au piratage en général ou au piratage en Amérique du Nord — soit elle est fondée sur des opinions exprimées par des témoins qui n'ont pas été adéquatement qualifiés en tant qu'experts. Les tierces parties intimées signalent qu'aucune des demandesses n'a procédé à des sondages ou pris d'autres mesures pour recueillir des éléments de preuve plus précis pour établir un lien entre le piratage et leurs pertes. En l'absence d'une telle preuve, elles soutiennent que les demandesses ne sont pas parvenues à satisfaire à un élément essentiel du critère relatif à l'octroi d'une injonction interlocutoire mandatoire.

(b) *Necessity*

[149] This *Cartier* factor focuses on whether a mandatory interlocutory injunction is necessary to protect the plaintiff's rights. As summarized in *GoldTV FCA* (at paragraph 74): "The relief need not be indispensable but the court may consider whether alternative and less onerous measures are available."

[150] The plaintiffs argue that the order is necessary because it is "the only effective and practical remedy available to them to stop widespread infringement on the Internet of their exclusive right in Canada in the NHL Live Games they acquired at the cost of billions of dollars" (plaintiffs' factum, at paragraph 174). They rely on the evidence establishing the nature and scope of the piracy and the fact that the vast majority of the pirates take steps to hide their identities and conduct their affairs outside of Canada. They further submit that given the speed with which the pirates change the IP addresses associated with the unlawful streaming, it would be impractical to take steps to stop them by pursuing actions for copyright infringement.

[151] The plaintiffs note that in *GoldTV FCA*, at paragraph 42, the necessity of undertaking such a burdensome process was expressly rejected:

... Where, in an action against an anonymous defendant, a court can be convinced that said defendant has and will maintain its anonymity and ignore an injunction against it, it would seem pointless and unfair to require that the plaintiff jump through certain hoops and wait a certain time to confirm what it already knows, and the court already accepts, before seeking an injunction against a third party.

[152] In addition, the plaintiffs point to the efforts that they and others have taken to curb piracy of live NHL broadcasts.

[153] The evidence shows since 2019, the NHL has worked with a company to send approximately 46,400 take-down notices regarding copyright infringements. For the

b) *Nécessité*

[149] Ce facteur énoncé dans l'affaire *Cartier* est axé sur la question de savoir si une injonction interlocutoire mandatoire est nécessaire afin de protéger les droits des demandereses. Comme il est résumé dans l'arrêt *GoldTV CAF* (au paragraphe 74) : « La réparation n'a pas à être indispensable, mais la cour peut déterminer s'il existe d'autres mesures moins onéreuses. »

[150] Les demandereses font valoir que l'ordonnance est nécessaire, car c'est [TRADUCTION] « le seul recours efficace et pratique qui s'offre à elles pour mettre un terme à la violation répandue sur Internet de leur droit exclusif au Canada à l'égard des matchs de la LNH en direct qu'elles ont acquis au coût de milliards de dollars » (mémoire des demandereses, au paragraphe 174). Elles s'appuient sur la preuve établissant la nature et la portée du piratage ainsi que sur le fait que la grande majorité des pirates prennent des mesures pour dissimuler leur identité et mener leurs affaires à l'extérieur du Canada. En outre, elles font valoir qu'étant donné la rapidité à laquelle les pirates modifient les adresses IP associées à la diffusion en continu illégale, il serait peu réaliste de prendre des mesures pour les arrêter en intentant des actions pour viol du droit d'auteur.

[151] Les demandereses soulignent que dans l'arrêt *GoldTV CAF*, au paragraphe 42, la nécessité d'entreprendre un processus aussi fastidieux a expressément été rejetée :

... Lorsque, dans une action intentée contre un défendeur anonyme, le tribunal peut être convaincu que ce défendeur est et demeurera anonyme et qu'il ne tiendra aucun compte de l'injonction prononcée contre lui, il serait inutile et injuste d'exiger que le demandeur franchisse certaines épreuves pour la forme et patiente un certain temps pour confirmer ce qu'il sait, et ce que le tribunal reconnaît déjà, avant de demander une injonction à l'encontre d'un tiers.

[152] De plus, les demandereses signalent les efforts qu'elles et d'autres ont faits pour contrer le piratage des diffusions de la LNH en direct.

[153] La preuve montre que, depuis 2019, la LNH a travaillé en collaboration avec une société pour envoyer environ 46400 avis de retrait relatifs à des atteintes au droit

2020–2021 NHL season, over 26 300 takedown notices had been sent, and only approximately 11 percent of these led to a timely removal of the infringing content.

[154] Rogers also asked FMTS to send takedown notices, and during the month of May 2021, it sent 221 notices to hosting providers, including those hosting John Doe No. 2’s unauthorized streaming servers and some of John Doe No. 1’s servers. As of the date of the hearing, FMTS had received no response to these notices.

[155] The evidence shows the plaintiffs also work with a third party to monitor classified advertising services and social media platforms to identify individuals or entities advertising unauthorized subscription services, and thousands of takedown requests have been issued in regard to such advertisements and posts. They also monitor websites that sell unauthorized services through major payment processing service such as PayPal, Visa and MasterCard. Finally, Rogers has identified and reported unauthorized streams of live NHL games available on social media sites such as YouTube, Facebook and Twitter, as well as links to such streams posted on aggregating sites such as Reddit. Hundreds of unauthorized streams have been reported to these websites, with limited impact.

[156] The plaintiffs submit that while it is difficult to quantify the effectiveness of these measures, the evidence before the Court shows that despite all of the enforcement efforts, unauthorized streaming servers providing access to high quality streams of live NHL games remains widespread and easily available to Canadian viewers. In addition, the plaintiffs argue that the alternative measures proposed by the third party respondents are speculative and unproven.

[157] For all of these reasons, the plaintiffs say the order is necessary.

[158] The third party respondents advance two arguments on this point. First, they dispute the plaintiffs’ claim

d’auteur. Pour la saison de la LNH 2020–2021, plus de 26 300 avis de retrait ont été envoyés, desquels seulement environ 11 p. cent ont mené au retrait rapide du contenu portant atteinte au droit d’auteur.

[154] Rogers a également demandé à FMTS d’envoyer des avis de retrait et, au cours du mois de mai 2021, elle a envoyé 221 avis à des fournisseurs hébergeurs, y compris ceux hébergeant les serveurs de diffusion en continu non autorisée de Jean Untel n° 2 et certains des serveurs de Jean Untel n° 1. À la date de la présente audience, FMTS n’a reçu aucune réponse à ces avis.

[155] La preuve montre que les demanderesse travaillent aussi en collaboration avec un tiers afin de surveiller des services publicitaires et des plateformes de médias sociaux classifiés pour identifier les personnes ou les entités annonçant des services d’abonnement, et des milliers de demandes de retrait ont été délivrées relativement à de telles publicités et publications. Elles surveillent aussi des sites Web qui vendent des services non autorisés par l’intermédiaire d’un service de traitement de paiements tels que Paypal, Visa et MasterCard. Enfin, Rogers a relevé et signalé des flux non autorisés de matchs de la LNH en direct accessibles sur des sites de médias sociaux tels que YouTube, Facebook et Twitter, ainsi que des liens vers de tels flux publiés sur des sites d’agrégation tels que Reddit. Des centaines de flux non autorisés ont été signalés à ces sites Web, avec des répercussions limitées.

[156] Les demanderesse soutiennent que, bien qu’il soit difficile de quantifier l’efficacité de ces mesures, la preuve dont la Cour est saisie montre que, malgré tous les efforts d’application de la loi, les serveurs de diffusion en continu non autorisés fournissant accès à des flux de grande qualité de matchs de la LNH en direct demeurent répandus et facilement accessibles aux téléspectateurs canadiens. En outre, les demanderesse allèguent que les autres mesures proposées par les tierces parties intimées sont spéculatives et non éprouvées.

[157] Pour l’ensemble de ces motifs, les demanderesse affirment que l’ordonnance est nécessaire.

[158] Les tierces parties intimées avancent deux arguments sur ce point. Dans un premier temps, elles remettent

that the order is necessary because their earlier enforcement efforts were not successful to prevent piracy of their copyright material. They point to the data submitted by the plaintiffs' witness, Mr. Demetriades, which shows an overall decrease in the number of distinct IP addresses linked to unauthorized streaming services during the course of the monitoring conducted by FMTS. The third party respondents claim that this evidence shows that the plaintiffs' efforts were having an effect, and thus the unprecedented order they now seek is not warranted.

[159] Related to this, the third party ISPs say that the plaintiffs did not conduct any assessment or investigation as to the security of their broadcast platforms to determine how the pirates acquired their streams. Yet the plaintiffs' own evidence shows that at least some of the footage being pirated is obtained from the plaintiffs' legitimate subscription services. This suggests that the plaintiffs could and should have taken steps to prevent piracy through Digital Rights Management (DRM), including through one particular technique (steganography) that could have assisted the plaintiffs in identifying the originating source(s) of the unauthorized material. Absent any such evidence, the third party ISPs contend that the plaintiffs have failed to show that the order is necessary.

[160] Overall, the third party ISPs submit that the plaintiffs have not effectively demonstrated that they have done everything they can to prevent piracy of NHL games, whether through stronger enforcement efforts using other legal remedies, or by implementing DRM measures to prevent unauthorized access or at a minimum to identify its source.

[161] CIPPIC did not make specific submissions on this point, but there is one particular argument that is worth noting here. CIPPIC submits that in light of the statutory context, the nature of the plaintiffs' evidence and the interests at stake, there needs to be a strong evidentiary foundation in respect of the rights of each plaintiff.

en question l'allégation des demanderses selon laquelle l'ordonnance est nécessaire, car leurs efforts d'application de la loi antérieurs n'ont pas réussi à empêcher le piratage de leur contenu protégé par le droit d'auteur. Ils signalent les données présentées par le témoin des demanderses, M. Demetriades, qui montre une diminution générale dans le nombre d'adresses IP distinctes liées à des services de diffusion en continu non autorisés pendant la surveillance effectuée par FMTS. Les tierces parties intimées allèguent que cette preuve montre que les efforts des demanderses avaient un effet et, par conséquent, que l'ordonnance sans précédent qu'elles sollicitent aujourd'hui n'est pas justifiée.

[159] Relativement à cette question, les FAI tiers affirment que les demanderses n'ont procédé à aucune évaluation ou enquête quant à la sécurité de leurs plateformes de diffusion pour déterminer la façon dont les pirates ont acquis leurs flux. Cependant, la propre preuve des demanderses montre qu'au moins une partie des enregistrements piratés est obtenue à partir des services d'abonnement légitimes des demanderses. Cela donne à penser que les demanderses auraient pu et auraient dû prendre des mesures pour empêcher le piratage par l'intermédiaire de la gestion des droits numériques (GDN), notamment par l'intermédiaire d'une technique particulière (la stéganographie) qui aurait pu aider les demanderses dans la détermination des sources d'origine du contenu non autorisé. En l'absence d'une telle preuve, les FAI tiers contestent que les demanderses n'ont pas réussi à démontrer que l'ordonnance est nécessaire.

[160] Dans l'ensemble, les FAI tiers font valoir que les demanderses n'ont pas démontré de manière efficace qu'elles ont tout mis en œuvre pour empêcher le piratage des matchs de la LNH, que ce soit en déployant de plus grands efforts d'application de la loi à l'aide d'autres recours juridiques, ou en mettant en œuvre des mesures de GDN pour empêcher l'accès non autorisé ou à tout le moins pour en identifier la source.

[161] La CIPPIC n'a formulé aucune observation précise sur ce point, mais il vaut la peine de souligner un argument particulier. La CIPPIC soutient qu'à la lumière du contexte législatif, de la nature de la preuve des demanderses et des intérêts en cause, la preuve à l'égard des droits de chacune des demanderses doit être solide.

(c) *Discussion*

[162] The plaintiffs have established irreparable harm. The plaintiffs' evidence shows ongoing and substantial unlawful streaming of live NHL broadcasts over which they hold copyright. While there is some indication that their various previous enforcement efforts may have reduced this activity to some extent, there is no basis to conclude that an increased effort to enforce their rights through more traditional means is likely to have any substantial impact on the scale and scope of unlawful streaming. If anything, the more general evidence presented tends to show that piracy is an increasing problem.

[163] This Court has heard many of the cases involving the plaintiffs' earlier efforts to enforce their copyright. This includes interlocutory injunctions against various parties, and in some instances it has escalated to motions seeking to hold parties in contempt of court for their deliberate and repeated flouting of the orders of the Court (see: *Warner Bros. Entertainment Inc. v. White (Beast IPTV)*, 2021 FC 53, aff'd *White (Beast IPTV) v. Warner Bros Entertainment Inc.*, 2022 FCA 34 and *Warner Bros. Entertainment Inc. v. White (Beast IPTV)*, 2021 FC 989). Further, the evidence about compliance with notices sent under the *Copyright Act* indicates that while some companies comply, others ignore the notices. In this case, the evidence shows that some of the targeted sites advertise to their customers that they will either ignore such notices, or that they do not expect any steps to be taken after they convey them to the subscriber.

[164] In the circumstances here, the damage resulting from the unauthorized streaming is primarily financial, and ordinarily such damages cannot amount to irreparable harm because they are recoverable after trial. However, in this case, as in *GoldTV FC*, the harm to the plaintiffs arises "in a context where there is a strong *prima facie* case of an ongoing infringement of the Plaintiffs' copyright where the

c) *Discussion*

[162] Les demanders ont établi l'existence d'un préjudice irréparable. La preuve des demanders montre une diffusion en continu illégale continue et importante des diffusions de la LNH en direct à l'égard desquelles elles sont titulaires d'un droit d'auteur. Même s'il y a une certaine indication que leurs différents efforts antérieurs en matière d'application de la loi peuvent avoir réduit cette activité dans une certaine mesure, il n'y a aucun fondement pour conclure qu'un effort accru en vue de faire respecter leurs droits grâce à un plus grand nombre de moyens traditionnels est susceptible d'avoir des répercussions importantes sur l'ampleur et la portée de la diffusion en continu illégale. En fait, la preuve générale présentée tend à démontrer que le piratage est un problème croissant.

[163] Notre Cour a entendu un grand nombre des affaires portant sur les efforts antérieurs des demanders de mettre en application leur droit d'auteur. Cela comprend les injonctions interlocutoires à l'encontre de différentes parties et, dans certains cas, les procédures se sont intensifiées pour prendre la forme de requêtes pour que les parties soient reconnues coupables d'outrage au tribunal en raison de leur non-respect délibéré et répété des ordonnances de la Cour (voir : *Warner Bros. Entertainment Inc. c. White (Beast IPTV)*, 2021 CF 53, confirmée par *White (Beast IPTV) c. Warner Bros Entertainment Inc.*, 2022 CAF 34, et *Warner Bros. Entertainment Inc. c. White (Beast IPTV)*, 2021 CF 989). En outre, la preuve relative au respect des avis envoyés en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur* indique que, bien que certaines sociétés s'y conforment, d'autres les ignorent. En l'espèce, la preuve montre qu'une partie des sites ciblés informent leurs clients soit qu'ils ignoreront de tels avis ou qu'ils ne s'attendent pas à ce que des mesures soient prises après les avoir communiqués à l'abonné.

[164] Dans les circonstances de la présente affaire, le dommage découlant de la diffusion en continu non autorisée est principalement de nature financière et, habituellement, de tels dommages ne peuvent équivaloir à un préjudice irréparable, car ils sont recouvrables après le procès. Cependant, en l'espèce, comme dans l'affaire *GoldTV CF*, le préjudice causé aux demanders survient « dans

defendants are unknown” (paragraph 66). The Court of Appeal found that this was an “entirely appropriate” basis on which to find irreparable harm (paragraph 71).

[165] The evidence does not show with precision the number of subscribers that the plaintiffs have lost, or new customers they have not been able to attract, as a direct result of the unlawful streaming. However, it is reasonable to infer from the evidence that this is among the reasons that people are either choosing to stop their subscriptions or not signing up in the first place. The evidence shows that copyright piracy results in harms to the Canadian broadcasting system, and similar harms have been recognized in other jurisdictions.

[166] I agree with the plaintiffs that the alternative measures proposed by the third party respondents are, on the record before me, speculative and unproven. While the issue of DRM, including steganography, should be explored by all parties with regard to any future applications of a similar nature or any application to extend the order here, the evidence before me does not support a conclusion that such measures are a viable alternative. In particular, the evidence is insufficient to show that implementing steganography is a realistic option for the plaintiffs, nor does it demonstrate that this technique is an effective mechanism that would, in practice, allow the plaintiffs to identify the source of the unlawful streams. Finally, even if such identification is possible, it is not clear how this would be effective in stopping the piracy.

[167] Ultimately, on the record before me, it is not possible to conclude that any of the alternatives proposed by the third party respondents would be effective as a means of preventing the piracy.

[168] For these reasons, I am satisfied that the plaintiffs have established irreparable harm, and that the order is necessary to stop or at least reduce the unlawful streaming of live NHL games over which they hold copyright.

le contexte d’un dossier solide *prima facie* de violation continue du droit d’auteur des demanderessees par des défendeurs inconnus » (paragraphe 66). La Cour d’appel a statué qu’il s’agissait d’un motif « tout à fait approprié » pour conclure à un préjudice irréparable (paragraphe 71).

[165] La preuve montre effectivement avec précision le nombre d’abonnés que les demanderessees ont perdus, ou les nouveaux clients qu’elles n’ont pas été en mesure d’attirer, découlant directement de la diffusion en continu illégale. Cependant il est raisonnable de déduire de la preuve que cela fait partie des raisons pour lesquelles les gens soit choisissent de mettre fin à leur abonnement ou de ne pas s’abonner en premier lieu. La preuve montre que le piratage d’un droit d’auteur porte atteinte au système de radiodiffusion canadien et que des préjudices similaires ont été reconnus dans d’autres territoires de compétence.

[166] Je conviens avec les demanderessees que les autres mesures proposées par les tierces parties intimées sont, d’après le dossier dont je suis saisi, conjecturales et non éprouvées. Même si toutes les parties devraient se pencher sur la question de la GDN, incluant la stéganographie, en ce qui a trait aux demandes futures d’une nature similaire ou d’une demande en vue de proroger l’ordonnance en l’espèce, la preuve dont je suis saisi n’étaye pas une conclusion voulant que de telles mesures constituent une solution de rechange viable. Plus particulièrement, la preuve ne suffit pas à montrer que la mise en œuvre est une option réaliste pour les demanderessees, pas plus qu’elle démontre que cette technique est un mécanisme efficace qui, en pratique, permettrait aux demanderessees d’identifier la source des flux illégaux. Enfin, même si une telle identification est possible, on ne sait pas de quelle façon cela permettrait de mettre fin efficacement au piratage.

[167] Enfin, d’après le dossier dont je suis saisi, il est impossible de conclure que l’une des solutions de rechange proposées par les tierces parties intimées constituerait un moyen d’empêcher le piratage.

[168] Pour ces motifs, je suis convaincu que les demanderessees ont établi l’existence d’un préjudice irréparable et que l’ordonnance est nécessaire pour mettre un terme ou, à tout le moins, pour réduire la diffusion en continu illégale de matchs de la LNH en direct à l’égard desquels elles sont titulaires d’un droit d’auteur.

(3) Balance of Convenience

[169] The third stage of the test “requires an assessment of the balance of convenience, in order to identify the party which would suffer greater harm from the granting or refusal of the interlocutory injunction, pending a decision on the merits” (*CBC*, at paragraph 12). The expression often used is “balance of inconvenience” (*RJR — MacDonald*, at page 342). At this stage of the analysis, wider public interest considerations arise—and as will become clearer below, in my view these are an important consideration in this case.

[170] As in *GoldTV FC*, it is convenient to organize this part of the discussion with reference to the *Cartier* factors (leaving aside necessity, which has been discussed above). That is how the case was argued by the parties, and the factors provide a useful means of addressing the evidence and arguments. In doing so, however, I add two caveats. First, I adopt the following words of caution from *GoldTV FC* [at paragraph 54]:

The remaining factors will be of assistance in assessing balance of convenience and determining what is just and equitable in considering the legitimate but conflicting interests as between the Plaintiffs, the Third Party Respondents, and the broader public. I do not view the listed factors as exhaustive, nor do I view any one factor as being determinative of the balance of convenience prong of the test. Each of the factors will be considered but they will be addressed holistically in my assessment of the balance of convenience.

[171] Second, each of the factors will be considered in the order that is appropriate given the parties’ arguments and the circumstances of this case, rather than simply following the order that the court in *Cartier* found to be useful for its purposes. Much of the argument in this case revolved around the related questions of complexity and cost, and so this factor will be discussed first.

[172] As will become clear below, a significant amount of the evidence and argument in this case focused on the elements to be discussed here, a key difference between this case and *GoldTV FC*, where it was acknowledged that

3) Prépondérance des inconvénients

[169] À la troisième étape, « il faut apprécier la prépondérance des inconvénients, afin d’établir quelle partie subirait le plus grand préjudice en attendant qu’une décision soit rendue sur le fond, selon que la demande d’injonction est accueillie ou rejetée » (*SRC*, au paragraphe 12). On utilise souvent l’expression « prépondérance des inconvénients » (*RJR — MacDonald*, à la page 342). À ce stade de l’analyse, des considérations plus grandes en matière d’intérêt public sont soulevées — et, comme il deviendra plus clair ci-après, je suis d’avis que ces considérations sont importantes en l’espèce.

[170] Comme dans l’affaire *GoldTV CF*, il convient d’organiser cette partie de la discussion en référence aux facteurs énoncés dans l’affaire *Cartier* (abstraction faite de la nécessité, dont il a déjà été question). C’est ainsi que les parties ont débattu l’affaire, et les facteurs offrent un moyen utile d’aborder la preuve et les arguments. Ce faisant, toutefois, j’ajoute deux mises en garde. En premier lieu, j’adopte les mots de mise en garde de la décision *GoldTV CF* [au paragraphe 54]:

Les facteurs restants seront utiles pour évaluer la prépondérance des inconvénients et déterminer ce qui est juste et équitable en examinant les intérêts légitimes, mais opposés, des demanderesse, des tierces parties intimées et du grand public. J’estime que les facteurs susmentionnés ne sont pas exhaustifs et qu’aucun facteur n’est déterminant relativement au volet de la prépondérance des inconvénients du critère. Cha[cun] des facteurs sera examiné, mais ils seront présentés de manière globale dans mon évaluation de la prépondérance des inconvénients.

[171] En deuxième lieu, chacun des facteurs sera examiné selon l’ordre approprié compte tenu des arguments des parties et des circonstances de la présente espèce, plutôt que de suivre simplement l’ordre que le tribunal dans l’affaire *Cartier* a jugé utile à ses fins. Une partie importante de l’argument dans cette affaire tournait autour des questions connexes relatives à la complexité et au coût, ce facteur fera donc l’objet d’une discussion en premier.

[172] Comme je le montrerai ci-après, une part importante des éléments de preuve et des arguments en l’espèce portait sur les éléments en question en l’espèce, une différence importante entre la présente espèce et la

the third party respondents had the capacity to implement the order and doing so would not impose a significant burden on them (see *GoldTV FC*, at paragraphs 86–87).

[173] In order to situate the discussion that follows and to better understand the concerns of the third party respondents, it will be useful to begin with a description of the plaintiffs’ proposed approach to dynamic site blocking.

(a) *Dynamic Site Blocking*

[174] The plaintiffs propose to retain FMTS to monitor unlawful distribution of the copyright broadcasts of live NHL games, focusing on the IP addresses of the streaming servers through which the unnamed defendants are distributing this content.

[175] Using proprietary methods described in the affidavits of Mr. Demetriades and Mr. Friend, FMTS would monitor a time window starting prior to a live NHL game broadcast and continuing through to the end of the game: this is described as the “NHL Live Game Window”. FMTS would identify live streams showing unauthorized versions of the copyrighted footage licensed by the plaintiffs, referred to as “NHL Game Footage”, through its proprietary technology, which seeks to match a portion of the unauthorized stream to the corresponding portion of an authorized broadcast. Once this match occurs, FMTS would identify the relevant IP addresses associated with the unauthorized distribution, again using the expertise it has gained in performing similar monitoring under site blocking orders granted in the United Kingdom and elsewhere. [***]

[176] In order to prevent “over-blocking” (i.e. preventing access to legitimate content), FMTS proposes a number of measures, including:

décision *GoldTV CF*, dans laquelle il a été reconnu que les tierces parties intimées avaient la capacité de mettre en œuvre l’ordonnance sans que cela leur impose un fardeau important (voir *GoldTV CF*, aux paragraphes 86 et 87).

[173] Pour situer la discussion qui suit et pour mieux comprendre les préoccupations des tierces parties intimées, il sera utile de commencer par une description de l’approche proposée par les demanderessees à l’égard du blocage dynamique de sites.

a) *Blocage dynamique de sites*

[174] Les demanderessees proposent de retenir les services de FMTS pour surveiller la distribution illégale des diffusions de matchs de la LNH en direct protégées par le droit d’auteur, en mettant l’accent sur les adresses IP des serveurs de diffusion en continu par l’intermédiaire desquels les défendeurs non désignés nommément distribuent ce contenu.

[175] En ayant recours aux méthodes exclusives décrites dans les affidavits de MM. Demetriades et Friend, FMTS assurerait une surveillance pendant un intervalle de temps commençant avant la diffusion d’un match de la LNH en direct et se poursuivant jusqu’à la fin du match : c’est ce que l’on a décrit comme la « fenêtre de match de la LNH en direct ». FMTS identifierait les flux en direct montrant les versions non autorisées des enregistrements protégés par le droit d’auteur autorisés par les demanderessees, ci-après les « enregistrements de matchs de la LNH », par l’intermédiaire de sa technologie exclusive, qui sert à associer une partie du flux non autorisé à la partie correspondante d’une diffusion autorisée. Une fois cette association faite, FMTS relèverait les adresses IP pertinentes associées à la distribution non autorisée, une fois de plus en ayant recours à l’expertise qu’elle a acquise en exécutant une surveillance similaire en vertu d’ordonnances de blocage de sites accordées au Royaume-Uni et ailleurs. [***]

[176] Afin d’éviter le « surblocage » (c.-à-d. empêcher l’accès au contenu légitime), FMTS propose un certain nombre de mesures, incluant :

- | | |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. limiting the time when dynamic IP blocking is active; 2. verifying that other content available on the relevant pirate streaming infrastructure also consists of unauthorized content; 3. verifying that there is no evidence of any substantial legitimate activity (separate from video streaming) taking place on the servers to be blocked; 4. [***] 5. reporting to the hosting provider whenever one or more of their servers are blocked so that the hosting provider is aware of it and can advise their clients. | <ol style="list-style-type: none"> 1. limiter la période pendant laquelle le blocage dynamique d'adresses IP est actif; 2. vérifier que l'autre contenu disponible dans l'infrastructure de diffusion en continu pirate pertinente consiste également en du contenu non autorisé; 3. vérifier qu'il n'y a aucun élément de preuve d'une activité légitime importante quelconque; 4. [***] 5. signaler au fournisseur hébergeur chaque fois que l'un ou plusieurs de ses serveurs sont bloqués de façon à ce qu'il en soit informé et qu'il puisse en informer ses clients. |
|--|---|

[177] The plaintiffs say these measures would make “under-blocking” (i.e. blocking some, but not all, infringing content) more likely to occur than over-blocking, which would protect the interests of the third party respondents and of the public in ensuring that access to legitimate content is not blocked.

[177] Les demandresses affirment que ces mesures feraient en sorte qu'un « sous-blocage » (c.-à-d. le blocage d'une partie, mais pas de la totalité du contenu portant atteinte au droit d'auteur) serait plus susceptible de survenir qu'un surblocage, ce qui protégerait les intérêts des tierces parties intimées et du public en veillant à ce que l'accès au contenu légitime ne soit pas bloqué.

[178] Once these conditions were satisfied, FMTS would identify a number of IP addresses to be blocked to prevent the unauthorized streaming of each live NHL game. This list would be stored on a secure server that can be accessed by the ISPs. The list would be updated on a regular basis, and the ISPs in turn would be expected to update the IP addresses to be blocked at least once every hour during the NHL Live Game Window. This updating could be done either manually or by programming their systems to automate the process. Either way, this would involve obtaining the list from the secure server and pushing it to the core routers on a regular basis during the NHL Live Game Window.

[178] Une fois ces conditions satisfaites, FMTS relèverait un certain nombre d'adresses IP à bloquer pour empêcher la diffusion en continu non autorisée de chaque match de la LNH en direct. Cette liste serait stockée sur un serveur sécurisé auquel peuvent accéder les FAI. La liste serait mise à jour régulièrement et, à leur tour, on attendrait des FAI qu'elles mettent à jour les adresses IP à bloquer au moins toutes les heures pendant la fenêtre de match en direct de la LNH. Cette mise à jour pourrait être effectuée manuellement ou par la programmation de leurs systèmes afin d'automatiser le processus. D'une façon ou d'une autre, cela comprendrait l'obtention de la liste auprès d'un serveur sécurisé et de la transmettre aux routeurs de cœur pendant la fenêtre de match en direct de la LNH.

[179] The routing tables on the ISPs' core routers would be programmed to blackhole requests from any subscribers for access to the listed IP addresses. This is ultimately how the blocking would occur; the router would

[179] Les tables de routage dans les routeurs de cœur des FAI seraient programmées afin d'acheminer les requêtes d'accès aux adresses IP inscrites dans la liste des abonnés vers un trou noir. Il s'agit en fin de compte de

be programmed so that it would not send the request to its intended destination, but instead would send it to nowhere, thus denying the customer access to the unauthorized stream.

[180] At the end of the NHL Live Game Window, each ISP would be obligated to reconfigure its core routers to end the blocking of the listed IP addresses.

[181] The process would then be repeated when the next NHL Live Game Window began, and so on. That, in essence, is what dynamic site blocking as proposed by the plaintiffs would involve.

[182] With this background, we turn to the analysis of balance of convenience.

(b) *The Cartier Factors*

(i) Complexity and Cost

[183] This factor considers the complexity and cost of implementing the proposed dynamic blocking order. A significant portion of the evidence and argument in this case focused on this point, including both whether the third party respondents could actually implement the type of dynamic site blocking sought by the plaintiffs, the cost and difficulty they would encounter in doing so, and the risks they would incur. Related to this is the question of who pays, which is discussed below under the heading “Costs of Implementation”.

[184] Under this element, the focus is on the burden imposed on the third party respondents if they are required to implement a dynamic site blocking order. The reason is obvious, and the point was expressed in this way in *Cartier*, at paragraph 120 (citing *Scarlet Extended SA Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs Scrl (SABAM)*, [2011] ECR I-11959, at paragraph 48, which in turn references Commission Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights (O.J. L 157, 30.4.2004) (EU Directive):

la façon dont le blocage se déroulerait; le routeur serait programmé de façon à ne pas envoyer la requête à sa destination prévue. La requête serait acheminée nulle part, empêchant ainsi le client d’accéder au flux non autorisé.

[180] À la fin de la fenêtre du match de la LNH en direct, chaque FAI serait tenu de reconfigurer ses routeurs de cœur pour mettre un terme au blocage des adresses IP inscrites sur la liste.

[181] Le processus serait ensuite répété lorsque la fenêtre de match en direct de la LNH aurait commencé, et ainsi de suite. C’est ce en quoi consiste essentiellement le blocage dynamique de sites que proposent les demanderessees.

[182] Dans ce contexte, nous nous penchons sur l’analyse de la prépondérance des inconvénients.

b) *Les facteurs énoncés dans l’affaire Cartier*

(i) Complexité et coût

[183] Ce facteur tient compte de la complexité et du coût de la mise en œuvre du projet d’ordonnance de blocage dynamique. Une partie considérable de la preuve et de l’argument en l’espèce porte sur ce point, y compris la question de savoir si les tierces parties intimées pourraient réellement mettre en œuvre le type de blocage dynamique de sites demandé par les demanderessees, le coût et la difficulté qu’elles devraient assumer pour ce faire et les risques auxquels elles s’exposeraient. Liée à cela est la question de savoir qui paie, ce dont il est question ci-après, sous le titre « Coûts de mise en œuvre ».

[184] En vertu de cet élément, l’accent porte sur le fardeau imposé aux tierces parties intimées si elles sont tenues de mettre en œuvre une ordonnance de blocage dynamique de sites. La raison est évidente et le point a été exprimé en ces termes dans l’affaire *Cartier*, au paragraphe 120 (citant *Scarlet Extended SA Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs Scrl (SABAM)*, [2011] ECR I-11 959, au paragraphe 48, citant à son tour la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur l’application des droits de propriété intellectuelle (J.O. L 157, 30.4.2004) (directive de l’UE)) :

.... such an injunction would result in a serious infringement of the freedom of the ISP concerned to conduct its business since it would require that ISP to install a complicated, costly, permanent computer system at its own expense, which would also be contrary to the conditions laid down in Article 3(1) of [the EU Directive], which requires that measures to ensure the respect of intellectual-property rights should not be unnecessarily complicated or costly.

[185] Although in *Cartier* this factor was grounded in Article 3(1) of the EU Directive—which has no application in Canada—the underlying rationale for the factor has been found to be relevant in this country (see *GoldTV FC*, at paragraphs 48–50).

[186] The third party respondents argue that they are being asked to take on additional onerous obligations that will benefit their competitors and that may adversely affect the quality and reliability of their service to their own customers. As Cogeco put it “[t]his would be akin to being forced to become business partners with the Plaintiffs” (Cogeco factum, at paragraph 57). Similarly, Telus said that while it sympathized with the goal of eliminating piracy, it disagreed with the proposition that the plaintiffs “are entitled to a court order that imposes obligations, burdens and costs on [Telus] as a competitor, for the sole purpose of enhancing the ability of their media divisions to make more money when licensing their content for authorized distribution” (affidavit of Nazim Benhadid, at paragraph 24).

[187] The third party respondents object to the blanket statements by the plaintiffs’ representatives that every ISP can implement the order, noting that none of these individuals have any knowledge or experience with their particular network infrastructure. I agree with this concern, and the general point was not seriously contested by the plaintiffs.

[188] The third party respondents’ evidence shows their situations regarding their network infrastructure, internal organization, and plans for upgrading their networks are

... une telle injonction entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d’entreprise du FAI concerné puisqu’elle l’obligerait à mettre en place un système informatique complexe, coûteux, permanent et à ses seuls frais, ce qui serait d’ailleurs contraire aux conditions prévues à l’article 3, paragraphe 1, de la [directive de l’UE], qui exige que les mesures pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle ne soient pas inutilement complexes ou coûteuses.

[185] Même si, dans l’affaire *Cartier*, ce facteur était fondé sur l’article 3(1) de la directive de l’UE — qui n’a aucune application au Canada — la justification sous-jacente pour le facteur a été jugée pertinente dans ce pays (voir la décision *GoldTV CF*, aux paragraphes 48 à 50).

[186] Les tierces parties intimées font valoir qu’on leur demande d’assumer des obligations coûteuses supplémentaires qui bénéficieront à leurs concurrents et qui pourraient avoir une incidence négative sur la qualité et la fiabilité du service qu’elles offrent à leurs propres clients. Selon Cogeco, [TRADUCTION] « [c]ela serait assimilable à être forcé de devenir associés en affaires avec les demanderesse » (mémoire de Cogeco, au paragraphe 57). De manière similaire, Telus a affirmé que, bien qu’elle sympathisait avec l’objectif d’éliminer le piratage, elle était en désaccord avec la proposition voulant que les demanderesse [TRADUCTION] « aient droit à une ordonnance du tribunal qui impose des obligations, des fardeaux et des coûts à [Telus] en tant que concurrent, dans le seul but de renforcer la capacité de leurs divisions médias de faire plus d’argent au moment d’octroyer des licences à l’égard de leur contenu aux fins de distribution autorisée » (affidavit de Nazim Benhadid, au paragraphe 24).

[187] Les tierces parties intimées s’opposent aux déclarations générales formulées par les représentants des demanderesse selon lesquelles chaque FAI peut mettre en œuvre l’ordonnance, en faisant observer qu’aucune de ces personnes n’a de connaissances ou d’expérience concernant leur infrastructure réseau particulière. Je partage cette préoccupation et ce point général n’a pas fait l’objet d’une contestation sérieuse de la part des demanderesse.

[188] La preuve des tierces parties intimées montre que leurs situations concernant leur infrastructure réseau, leur organisation interne ainsi que leurs plans de mise à niveau

each unique. They therefore submit that it is not appropriate to impose a blanket order that would impose identical obligations on each of them, noting that they would not be in a position to comply with any order without diverting significant time, energy and resources (both human and financial) to the task.

[189] Despite the unique situations of each third party ISP, their concerns are similar, and relate both to the nature and scope of the blocking sought and to the impact it would have on their networks and ultimately on their customers. There are several reasons for these concerns.

[190] First, it is not possible to identify the number of IP addresses that will need to be blocked in advance, because the order is unprecedented, so there is no relevant Canadian experience, and the scope of the measures taken under dynamic blocking orders elsewhere remain confidential. Noting that during the regular season there are between five and 10 NHL games broadcast each night, the anticipated burden of having to block unauthorized streaming of each game, to update the IP addresses to be blocked during each game, and then to unblock these sites at each game's conclusion appears daunting.

[191] Next, the third party respondents have no capacity to verify that the sites to be blocked are carrying only unauthorized content and not also legitimate content, and so there is a risk of inadvertently blocking benign content ("over-blocking").

[192] Finally, the nature, scope and speed of actions that is needed to give effect to dynamic blocking imposes undue and unwarranted risks on the third party respondents, who it bears repeating are not accused of any wrongdoing.

[193] For the reasons explained below, I do not find it necessary to discuss much of the confidential business information that was filed by the third party respondents. That said, I wish to underline that this type of evidence may be a significant consideration in any future cases

de leurs réseaux sont propres à chacune. Par conséquent, elles font valoir qu'il n'est pas approprié d'imposer une ordonnance générale qui leur imposerait à chacune des obligations identiques, et soulignent qu'elles ne seraient pas dans une situation leur permettant de se conformer à une ordonnance quelconque sans consacrer du temps, de l'énergie et des ressources (humaines et financières) à la tâche.

[189] Malgré les situations uniques de chacun des FAI tiers, leurs préoccupations sont similaires, et se rapportent à la fois à la nature et à la portée du blocage demandé ainsi qu'aux répercussions que cela aurait sur leurs réseaux et, en fin de compte sur leurs clients. Il y a plusieurs raisons à ces préoccupations.

[190] Premièrement, il n'est pas possible de déterminer le nombre d'adresses IP qui devront être bloquées à l'avance, car l'ordonnance est sans précédent, il n'y a donc aucune expérience canadienne pertinente, et la portée des mesures prises en vertu des ordonnances de blocage dynamique ailleurs demeure confidentielle. Signalons que, pendant la saison régulière, il y a de cinq à dix matchs de la LNH diffusés chaque soir et le fardeau anticipé d'avoir à bloquer la diffusion en continu non autorisée de chaque match, de mettre à jour les adresses IP à bloquer pendant chaque match, puis de débloquent ces sites à la fin de chaque match semble titanesque.

[191] Ensuite, les tierces parties intimées n'ont pas la capacité de vérifier que les sites à bloquer transmettent uniquement du contenu non autorisé et aucun contenu légitime, il existe donc un risque de bloquer par inadvertance du contenu bénin (surblocage).

[192] Enfin, la nature, la portée et la vitesse des actions qui sont requises pour donner effet au blocage dynamique imposent des risques excessifs et injustifiés aux tierces parties intimées, qui, il convient de le répéter, ne sont accusées d'aucun acte répréhensible.

[193] Pour les motifs énoncés ci-après, je n'estime pas nécessaire de parler longuement des renseignements commerciaux confidentiels déposés par les tierces parties intimées. Cela dit, je souhaite souligner que ce type d'élément de preuve peut constituer une considération

involving requests for a dynamic site-blocking order, and so the fact that it is not dealt with in detail here should not be taken as an indication that it is not relevant. Instead, it is simply a consequence of the current circumstances and the limitations on the order that will issue, as explained below.

[194] The evidence and arguments of the third party respondents dealt with several aspects of cost and complexity, starting with whether they can—from a practical perspective—actually implement the order. Several of their witnesses said they simply did not have the current capacity to give effect to the order sought. There are several reasons for this. Some relate to the current design limits and management practices they have adopted in the management of their current networks. Others relate to the reality that dynamic site blocking of a high number of IP addresses on a continuous basis calls for an automated system, which none of the third party respondents currently use. In addition, an overarching concern remains the impact on the stability, reliability and speed of their networks, and the potential for negative impacts on their subscribers as well as their corporate reputation.

[195] It bears repeating that each of the third party respondents is in a slightly different situation. I will therefore briefly discuss the evidence type provided.

[196] Distributel operates three distinct legal entities: Distributel, Navigata (formed in 2018 following an acquisition) and Primus (formed following completion of an acquisition in 2021). [***] the plaintiffs clarified that they only sought an order that would require Distributel to block its own subscribers, not those of the other recently acquired companies.

[197] [***]

[198] [***]

importante dans toute affaire éventuelle portant sur des demandes visant à obtenir une ordonnance de blocage dynamique de sites et que, par conséquent, le fait que cette question ne soit pas abordée de manière détaillée en l'espèce ne devrait pas être interprété comme une indication qu'elle n'est pas pertinente. Au lieu de cela, il s'agit simplement d'une conséquence des circonstances actuelles et des limites à l'égard de l'ordonnance qui sera délivrée, comme je l'explique ci-après.

[194] La preuve et les arguments des tierces parties intimées portaient sur plusieurs aspects des coûts et de la complexité, en commençant par la question de savoir si elles peuvent — d'un point de vue pratique — réellement mettre en œuvre l'ordonnance. Plusieurs de leurs témoins ont dit qu'elles n'avaient simplement pas la capacité de donner effet à l'ordonnance sollicitée. Il y a plusieurs raisons à cela. Certaines raisons concernent les limites de conception et pratiques de gestion actuelles qu'elles ont adoptées dans la gestion de leurs réseaux actuels. D'autres ont trait à la réalité du fait que le blocage dynamique de sites d'un grand nombre d'adresses IP de manière continue nécessite l'utilisation d'un système automatisé qu'aucune des tierces parties intimées n'utilise à l'heure actuelle. En outre, une préoccupation générale demeure les répercussions sur la stabilité, la fiabilité et la vitesse de leurs réseaux, et le potentiel de répercussions négatives sur leurs abonnés ainsi que la réputation de leurs sociétés.

[195] Il convient de répéter que chacune des tierces parties intimées se trouve dans une situation légèrement différente. Par conséquent, je parlerai brièvement du type de preuve déposée.

[196] Distributel exploite trois entités juridiques distinctes : Distributel, Navigata (formée en 2018 à la suite d'une acquisition) et Primus (formée après avoir réalisé une acquisition en 2021). [***] les demanderesse ont précisé qu'elles sollicitaient uniquement une ordonnance qui obligerait Distributel à bloquer ses propres abonnés, pas ceux des autres sociétés acquises récemment.

[197] [***]

[198] [***]

[199] Cogeco [***] underlined the scrupulous planning and gradual nature of the changes it makes to its network, because of its commitment to excellent and reliable service. [***] Cogeco says that implementing the order would require a similarly cautious, staged approach.

[200] [***]

[201] [***]

[202] While Cogeco's witness provided a lengthy and detailed affidavit, I find his credibility was diminished by cross-examination. The witness provided evasive or incomplete answers to many questions and refused to accept obvious points, before finally conceding several matters that are key to the issues in this case. Because of this, I will give this witnesses' evidence less weight in the overall assessment of the cost and complexity question.

[203] [***]

[204] Telus pointed to the fact that while it engaged in some site blocking in order to comply with the *GoldTV FC* order, or because of its participation in Project Cleanfeed, [***]

[205] At bottom, I must first determine whether the third party respondents can, in fact, implement the order. If so, the question arises whether the order sought would impose an inordinate burden on them.

[206] Having reviewed the evidence at length, I am satisfied that the third party respondents each have the capacity to engage in the type of dynamic site blocking that is sought. While I accept that this will impose new obligations on each ISP, and certain additional risks, I am satisfied that the ISPs have the technical capability to engage in dynamic IP address site blocking.

[199] Cogeco [***] soulignait la planification scrupuleuse et la nature graduelle des modifications qu'elle apporte à son réseau, en raison de son engagement envers un service excellent et fiable. [***] Cogeco affirme que la mise en œuvre de l'ordonnance nécessiterait une démarche aussi prudente et graduelle.

[200] [***]

[201] [***]

[202] Même si le témoin de Cogeco a présenté un affidavit long et détaillé, j'estime qu'il a perdu de la crédibilité en contre-interrogatoire. Le témoin a fourni des réponses évatives ou incomplètes à de nombreuses questions, et il a refusé de reconnaître des points évidents, avant de concéder enfin plusieurs questions primordiales en ce qui a trait aux questions en litige en l'espèce. Pour cette raison, j'accorderai un poids moindre au témoignage de ce témoin dans l'évaluation générale de la question axée sur les coûts et la complexité.

[203] [***]

[204] Telus a signalé le fait que, bien qu'elle se livre dans une certaine mesure au blocage de sites pour se conformer à l'ordonnance prononcée dans la décision *GoldTV CF*, ou en raison de sa participation au projet Cleanfeed, [***]

[205] Au fond, je dois en premier lieu déterminer si les tierces parties intimées peuvent, en fait, mettre en œuvre l'ordonnance. Dans l'affirmative, cela soulève la question de savoir si l'ordonnance sollicitée leur imposerait un fardeau disproportionné.

[206] Après avoir examiné amplement la preuve, je suis convaincu que les tierces parties intimées ont chacune la capacité de se livrer au type de blocage dynamique de sites demandé. Même si j'accepte que cela impose de nouvelles obligations à chaque FAI, de même que certains risques supplémentaires, je suis convaincu que les FAI possèdent la capacité technique de se livrer au blocage dynamique de sites et d'adresses IP.

[207] As noted above, the plaintiffs seek an order that would require ISPs to block access to unauthorized streaming servers and related infrastructure, identified by their respective IP addresses. This involves several basic steps: FMTS would assemble and update the list, for each NHL Live Game Window. The ISPs would then be required to access that list, and to configure their core routers so that any requests for access to those IP addresses are routed to a black hole instead of their intended destinations. The list would only be “active” during the NHL Live Game Window, and it would be updated during each game. The ISPs would be required to engage in blocking of different IP addresses during each window, and to then unblock these sites after each game. They would have to repeat this process each time that an NHL game is broadcast, which can be several times a day, and may include simultaneous broadcasts of different games. This could be done manually, or by automating their systems to automatically download the list of IP addresses to be blocked and then pushing that information to their core routers.

[208] I will return to the risks associated with the initial assembly of the list of IP addresses, and the controls and safeguards that should be put in place to mitigate these in subsequent sections. At this stage, the focus is on the cost and complexity imposed on the ISPs by such an order.

[209] I am satisfied on the evidence that the networks of each of the ISPs have “core” or “border” routers that represent the vital point in the chain by which their customers can access content on the Internet. Each of the witnesses agree that the function of a router is to route traffic—either incoming or outgoing. Therefore, a router can be programmed either to forward incoming or outgoing requests to their intended destination, or to send them into a black hole, to nowhere; all of the witnesses agree on that point. Indeed, the ISPs currently employ this technique for their own purposes, mainly to protect the integrity and stability of their networks.

[207] Comme il est indiqué ci-dessus, les demandeurs souhaitent obtenir une ordonnance qui exigerait que les FAI bloquent l'accès aux serveurs de diffusion en continu non autorisés et à leur infrastructure connexe, recensés au moyen de leurs adresses IP respectives. Cela comprend plusieurs étapes de base : FMTS dresserait et tiendrait à jour une liste pour chaque fenêtre de matchs en direct de la LNH. Les FAI seraient ensuite tenus d'accéder à cette liste et de configurer leurs routeurs de cœur de façon à ce que toutes les demandes d'accès pour ces adresses IP soient acheminées vers un trou noir plutôt que vers leurs destinations prévues. La liste serait uniquement « active » pendant la fenêtre de matchs en direct de la LNH et serait mise à jour pendant chaque match. Les FAI seraient tenus de se livrer au blocage de différentes adresses IP pendant chaque fenêtre, puis de débloquent ces sites après chaque match. Ils auraient à répéter ce processus chaque fois qu'un match de la LNH serait diffusé, ce qui peut être plusieurs fois par jour et comprendre les diffusions simultanées de différents matchs. Cela pourrait être effectué manuellement ou par l'automatisation de leurs systèmes afin de télécharger automatiquement la liste des adresses IP à bloquer et de transmettre ensuite cette information dans leurs routeurs de cœur.

[208] Je reviendrai dans des sections ultérieures sur les risques associés à l'assemblage initial de la liste des adresses IP, ainsi que sur les contrôles et les mesures de protection qui devraient être mis en place pour atténuer ces risques. À ce stade-ci, l'accent porte sur le coût et la complexité imposés aux FAI par une telle ordonnance.

[209] Je suis convaincu d'après la preuve dont je suis saisi que les réseaux de chacun des FAI possèdent des routeurs « de cœur » ou « de bordure de zone » qui représentent le point essentiel dans la chaîne par laquelle leurs clients peuvent avoir accès à du contenu sur Internet. Chacun des témoins convient que la fonction d'un routeur est d'acheminer le trafic — qu'il soit entrant ou sortant. Par conséquent, un routeur peut être programmé pour acheminer les requêtes entrantes ou sortantes vers leur destination prévue, ou les envoyer dans un trou noir, vers nulle part; tous les témoins sont d'accord sur ce point. Certes, les FAI ont actuellement recours à cette technique pour leurs propres fins, principalement pour protéger l'intégrité et la stabilité de leurs réseaux.

[210] For example, the third party respondents protect individual subscribers from DDOS attacks by engaging in Remote Triggered Black Hole Filtering, and monitor their systems on a continuous basis to detect and respond to such attacks. The evidence shows that ISPs sometimes need to take such steps several times per day. Several of the third party respondents do this through a combination of automated and manual interventions, and their monitoring is continuous.

[211] However, the evidence is also clear that each of the third party respondents has limits on its capacity to block, relating either to the configuration of their network, the limits of the routers they currently use, or both. They impose additional limits and restrictions to reduce the risk of error, and to maintain a certain reserve capacity to be able to respond to other problems that may arise, including DDOS attacks. I fully accept the evidence of the third party respondents that their network infrastructure cannot block an unknown and (at this stage) unknowable number of IP addresses. The limits are real.

[212] I do not accept, however, that this translates into an inability on the part of any of the third party respondents to engage in dynamic site blocking, within the current parameters of their network infrastructure. They all can—and currently do—engage in IP address site blocking, and so as a practical matter none of them will face an impossible situation as a result of the order. They will face certain risks, however, and it is important to acknowledge and seek to mitigate these.

[213] The concerns expressed by the third party respondents related to the risks they would face in implementing the order largely relate to the quantity and speed of blocking steps they would need to undertake. These concerns are valid and must be taken into account. A key consideration is that the order would require the ISPs to alter the configuration of the core routers on a regular basis, and under certain time constraints. The reality is that while the core routers are key to the blocking that is required, they are equally vital to the operation of the ISPs' networks. These routers serve as the key junction point between their

[210] Par exemple, les tierces parties intimées protègent les abonnés individuels contre les attaques DDOS en se livrant au filtrage des trous noirs déclenché à distance et en surveillant continuellement leurs systèmes pour détecter de telles attaques et y répondre. La preuve montre que les FAI doivent parfois prendre de telles mesures plusieurs fois par jour. Plusieurs des tierces parties intimées le font grâce à une combinaison d'interventions automatisées et manuelles, et leur surveillance est continue.

[211] Cependant, la preuve est également claire sur le fait que chaque tierce partie intimée est limitée quant à sa capacité de blocage, ces limites sont liées à la configuration de son réseau, aux limites des routeurs qu'elle utilise, ou les deux. Elles imposent des limites supplémentaires et des restrictions afin de réduire le risque d'erreur ainsi que de maintenir une certaine capacité de réserve pour être en mesure de répondre aux autres problèmes qui pourraient survenir, y compris les attaques DDOS. J'accepte pleinement la preuve des tierces parties intimées selon laquelle leur infrastructure réseau ne peut pas bloquer un inconnu et (à ce stade-ci) un nombre impossible à connaître d'adresses IP. Les limites sont réelles.

[212] Cependant, je n'accepte pas que cela se traduise en une incapacité de la part de l'une des tierces parties intimées de se livrer au blocage dynamique de sites à l'intérieur des paramètres actuels de leur infrastructure réseau. Elles peuvent — et c'est le cas actuellement — se livrer au blocage de sites par adresse IP et, par conséquent, en pratique, aucune d'entre elles ne sera confrontée à une situation impossible en raison de l'ordonnance. Elles seront cependant confrontées à certains risques et il est important de les reconnaître et de chercher à les atténuer.

[213] Les préoccupations exprimées par les tierces parties intimées relativement aux risques auxquels elles seraient confrontées en mettant en œuvre l'ordonnance sont principalement liées à la quantité et à la vitesse des mesures de blocage qu'elles devraient prendre. Ces préoccupations sont valides et doivent être prises en compte. Une considération importante est que l'ordonnance exigerait que les FAI modifient régulièrement la configuration des routeurs de cœur, et ce, à l'intérieur de certaines contraintes de temps. La réalité est que, bien que les routeurs de cœur soient essentiels au blocage requis, ils sont

customers and the wider Internet, and so anything that affects their capacity or any error that affects their functioning will have a significant impact on their customers. It is relevant that the ISPs operate in a highly competitive market, where customers demand quality, speed and reliability of service and can move to other providers if they become dissatisfied.

[214] To mitigate these risks, the third party respondents have implemented a number of internal business practices and processes, and it would be entirely appropriate for them to follow at least some of these in taking steps to implement the order here.

[215] Mr. Friend, one of the plaintiffs' witnesses, says that from the router's perspective it does not matter which way the traffic is flowing; the router can either not send the incoming packets to their intended destination, or it can block outgoing requests. While that may be true from the router's perspective, I accept the evidence of the third party respondents that there is a significant difference between interrupting the service to one customer to protect them and the wider system from a DDOS attack, as compared with denying outgoing requests from many subscribers. As [***] explained, the risk of continually updating the router tables is that an error inputting the address might affect not just a single subscriber or a few IP addresses. If the wrong IP address happens to be associated with a network gateway server, the effect would be to take an entire portion of their network down, potentially affecting thousands of customers.

[216] The order to be granted must take into account these risks and challenges, as well as the practical capacity limits that each of the third party respondents face.

[217] I am satisfied, however, that in light of the situation at the time of the issuance of this decision, implementing the order will not impose undue cost or complexity on any of the third party respondents. Several factors lead me to this conclusion.

tout aussi essentiels au fonctionnement des réseaux des FAI. Ces routeurs servent de principal point de jonction entre leurs clients et Internet en général, donc tout ce qui a une incidence sur leur capacité ou toute erreur ayant une incidence sur leur fonctionnement aura des répercussions importantes sur leurs clients. Il est pertinent de souligner que les FAI sont exploités dans un marché hautement compétitif, où les clients exigent un service de qualité, rapide et fiable et dans lequel ils peuvent faire affaire avec d'autres fournisseurs s'ils deviennent insatisfaits.

[214] Pour atténuer ces risques, les tierces parties intimées ont mis en œuvre un certain nombre de pratiques et de processus opérationnels internes, et il serait tout à fait approprié qu'elles suivent à tout le moins en partie quelques-uns de ceux-ci pour prendre des mesures afin de mettre en œuvre l'ordonnance en l'espèce.

[215] M. Friend, un des témoins des demandresses, affirme que du point de vue du routeur, le sens du trafic importe peu; le routeur peut soit ne pas envoyer les paquets entrants à leur destination prévue ou bloquer les requêtes sortantes. Même si cela est vrai du point de vue du routeur, j'accepte la preuve des tierces parties intimées selon lesquelles il existe une différence importante entre l'interruption du service d'un client pour les protéger et le système en général contre une attaque DDOS, comparativement au refus des requêtes sortantes d'un grand nombre d'abonnés. Comme [***] l'a expliqué, le risque de continuellement mettre à jour les tableaux de routeurs est qu'une erreur dans la saisie des adresses n'affecte pas un seul abonné ou quelques adresses IP seulement. Si la mauvaise adresse IP est associée à un serveur de passerelle du réseau, l'effet serait de démanteler toute une partie de leur réseau, ce qui aurait potentiellement des répercussions sur des milliers de clients.

[216] L'ordonnance qui doit être accordée doit tenir compte des risques et des difficultés ainsi que des limites relatives à la capacité pratique auxquels chacune des tierces parties intimées est confrontée.

[217] Je suis cependant convaincu que, compte tenu de la situation au moment de la délivrance de la présente ordonnance, la mise en œuvre de l'ordonnance n'impose ni complexité ni coûts excessifs à l'une ou l'autre des

[218] First, I can take judicial notice of the fact that at the time these reasons are issued, the NHL playoffs are currently underway and thus the number of games being broadcast each day is significantly reduced. Of the 32 teams that play in the league, only 16 made the playoffs. The NHL playoffs are an elimination tournament of four rounds. Each round consists of a best-of seven series, and after each round, the number of teams playing is cut in half. As a practical matter, that will sequentially reduce the burden on each of the ISPs, and the blocking will end within a short, defined time frame.

[219] Second, the order to be issued will require each ISP to engage in blocking only to the extent of its current capacity. There are several important elements here. First, all of the parties agree that demand for Internet services is constantly growing; there is evidence that some of the ISPs plan for a 10 percent annual increase. In light of this, each of the ISPs is regularly making significant planned investments to increase or enhance its current network capacity, simply to be able to continue to serve their customers. The order in this case will require each ISP to engage in blocking to its then-current capacity. So, for example, if between the time of the hearing and the release of the decision, one of the ISPs has purchased and installed one or more new core routers, and thus increased its capacity to engage in blocking, it will be expected to block as many sites as its newly enhanced capacity allows.

[220] Third, the third party respondents can implement the order using either manual or automated methods, depending on their particular circumstances. Although they may find it preferable to be able to rely on an automated system, it is not a condition of compliance that such a system be put in place.

tierces parties intimées. Plusieurs facteurs m'amènent à cette conclusion.

[218] En premier lieu, je peux prendre connaissance d'office du fait qu'au moment de la délivrance des présents motifs, les séries éliminatoires de la LNH sont en cours et que, par conséquent, le nombre de matchs diffusés chaque jour est considérablement réduit. Sur les 32 équipes qui jouent dans la ligue, seulement 16 se sont qualifiées pour les séries éliminatoires. Les séries éliminatoires de la LNH sont un tournoi éliminatoire de quatre rondes. Chaque ronde consiste en une série quatre de sept et, après chaque ronde, le nombre d'équipes est réduit de moitié. Sur le plan pratique, cela réduira séquentiellement le fardeau sur chacun des FAI et le blocage prendra fin à l'intérieur d'un délai court et défini.

[219] Deuxièmement, l'ordonnance à délivrer exigera que chaque FAI se livre au blocage uniquement selon l'étendue de sa capacité actuelle. Il y a plusieurs éléments importants en l'espèce. En premier lieu, l'ensemble des parties conviennent que la demande de services Internet est en croissance constante; il existe des éléments de preuve selon lesquels certains des FAI prévoient une augmentation annuelle de 10 p. cent. Compte tenu de cette information, chacun des FAI réalise régulièrement des investissements prévus importants pour accroître ou renforcer la capacité actuelle de son réseau, simplement pour être en mesure de continuer à servir ses clients. L'ordonnance en cause en l'espèce exigera que chaque FAI se livre au blocage selon sa capacité à ce moment. Donc, par exemple, si entre le moment de l'audience et la publication de la décision, l'un des FAI a acheté et installé un ou plusieurs nouveaux routeurs de cœur, et qu'il a ainsi accru sa capacité de se livrer au blocage, on attendra de lui qu'il bloque autant de sites que le lui permettra sa capacité nouvellement renforcée.

[220] Troisièmement, les tierces parties intimées peuvent mettre en œuvre l'ordonnance au moyen de méthodes manuelles ou automatisées, selon leurs circonstances particulières. Même si elles estiment peut-être qu'il est préférable de s'appuyer sur un système automatisé, il ne s'agit pas d'une condition de conformité qu'un tel système soit mis en place.

[221] The costs of implementation will be discussed below.

[222] Finally, it is relevant to note that the plaintiffs only requested an order to run until the end of the current NHL season. Given that the playoffs are currently underway, that means that the burden on the third party respondents will last for less than two months, following which all parties will have an opportunity to examine the costs and benefits of the blocking that has been undertaken.

[223] For all of these reasons, I am not persuaded that the order will impose undue cost or complexity on the third party respondents.

(ii) Effectiveness

[224] This factor involves a consideration of whether the relief sought will make infringing activities more difficult to achieve and discourage Internet users from accessing the infringing service. There is a degree of overlap between this factor, dissuasiveness and substitution, although their focus is on either existing or potential users of the pirated streams.

[225] The plaintiffs argue that the order will be effective based on the evidence about how unlawful streaming occurs, and on the experience with these kinds of orders in other countries. They say that blocking access to streaming servers is essential because they are the source of the communication of the unauthorized broadcast. Because one streaming server may be hosting multiple unauthorized streaming platforms, blocking access to that server will disable all of the streams that rely on that platform.

[226] The plaintiffs acknowledge that they cannot bring any empirical evidence of the effectiveness of dynamic site blocking orders in Canada since this case is the first of its kind here; however, they submit that the effectiveness of dynamic site blocking orders to thwart the effects

[221] Les coûts de mise en œuvre feront l'objet d'une discussion ci-après.

[222] Enfin, il convient de souligner que les demanderesse sollicitent uniquement une ordonnance qui s'appliquera jusqu'à la fin de la saison de la LNH actuelle. Étant donné que les séries éliminatoires sont déjà en cours, cela signifie que le fardeau sur les tierces parties intimées durera moins de deux mois, après quoi toutes les parties auront l'occasion d'examiner les coûts et les avantages du blocage qui a été entrepris.

[223] Pour l'ensemble de ces motifs, je ne suis pas convaincu que l'ordonnance imposera une complexité ou des coûts excessifs aux tierces parties intimées.

(ii) Efficacité

[224] Ce facteur comporte un examen de la question de savoir si la mesure de redressement sollicitée compliquera la contrefaçon et découragera les utilisateurs d'Internet d'accéder au service portant atteinte au droit d'auteur. Il y a un certain niveau de chevauchement entre ce facteur, la dissuasion et la substitution, même si l'accent de ceux-ci porte sur les utilisateurs actuels ou éventuels des flux piratés.

[225] Les demanderesse font valoir que l'ordonnance sera efficace selon la preuve concernant la façon dont survient la diffusion en continu illégale ainsi que selon l'expérience vécue avec ces types d'ordonnances dans d'autres pays. Elles affirment que le blocage de l'accès aux serveurs de diffusion est essentiel, car ils représentent la source de la communication de la diffusion non autorisée. Étant donné qu'un serveur de diffusion en continu peut héberger plusieurs plateformes de diffusion en continu non autorisées, le blocage de l'accès à ce serveur désactivera toutes les diffusions continues qui s'appuient sur cette plateforme.

[226] Les demanderesse reconnaissent qu'elles ne peuvent pas présenter d'éléments de preuve empiriques quant à l'efficacité du blocage dynamique de sites au Canada étant donné que la présente espèce est la première en son genre au Canada; toutefois, elles affirment que

of piracy of live sports content has been recognized in other jurisdictions.

[227] The third party respondents submit that the plaintiffs have failed to make their case on this point. They note that the plaintiffs could have undertaken steps prior to launching this litigation to test and be able to report on the effectiveness of the requested order. Since the plaintiffs provide over 70 percent of the Internet services to residential customers in Canada, they could have sought the necessary approvals to be able to engage in a test of the impact of dynamic site blocking.

[228] In addition, the third party respondents contend that the evidence of the plaintiffs' witnesses should be discounted because they are employees of FMTS, the company that Rogers hired to conduct the monitoring and that the plaintiffs propose to rely on to implement the order. Given their financial interest in the outcome of the matter, these witnesses are not independent or objective, and they should not be recognized as experts. In light of this, the third party respondents submit that the plaintiffs have failed to demonstrate that the requested order will be effective.

[229] Starting with this last point, I agree with the third party respondents that Mr. Demetriades and Mr. Friend cannot be accepted as expert witnesses, because of their financial interest in the matter and the absence of an explanation as to why other, more objective, evidence was not available (*White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182, at paragraphs 45 and 50). That said, however, I find that much of the evidence of both witnesses was of a factual nature, based on their experience with similar blocking orders in other countries, the services they have provided to copyright owners in those instances, and the work they performed for Rogers here. None of this evidence was contradicted or seriously challenged on cross-examination, and I find that it is reliable and persuasive. As will be explained below, I also find that independent and objective

l'efficacité des ordonnances pour contrer les effets du piratage du contenu sportif en direct a été reconnue dans d'autres ressorts.

[227] Les tierces parties intimées font valoir que les demanderesse ont omis d'établir le bien-fondé de leurs arguments sur ce point. Elles soulignent que les demanderesse auraient pu entreprendre des démarches avant d'intenter le présent litige à des fins d'essai et pour être en mesure d'établir un rapport sur l'efficacité de l'ordonnance sollicitée. Étant donné que les demanderesse fournissent plus de 70 p. cent des services Internet aux clients résidentiels au Canada, ils auraient pu demander les approbations nécessaires pour être en mesure de se livrer à un essai quant aux répercussions du blocage dynamique de sites.

[228] En outre, les tierces parties intimées font valoir que le témoignage des témoins des demanderesse devrait être écarté, car ils sont des employés de FMTS, la société retenue par Rogers pour procéder à la surveillance et sur laquelle les demanderesse proposent de s'appuyer pour mettre en œuvre l'ordonnance. Compte tenu de leur intérêt financier dans l'issue de l'affaire, ces témoins ne sont ni indépendants ni objectifs, et ils ne devraient pas être reconnus comme étant des experts. Compte tenu de cet élément, les tierces parties intimées soutiennent que les demanderesse ne sont pas parvenues à démontrer que l'ordonnance sollicitée sera efficace.

[229] En ce qui a trait à ce dernier point, je conviens avec les tierces parties intimées que MM. Demetriades et Friend ne peuvent pas être acceptés à titre de témoins experts en raison de leur intérêt financier en l'espèce et de l'absence d'une explication quant à la raison pour laquelle une autre preuve, plus objective n'était pas disponible (*White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182, aux paragraphes 45 et 50). Cela dit, toutefois, j'estime qu'une part importante du témoignage des deux témoins était de nature factuelle, fondée sur leur expérience relativement à des ordonnances de blocage similaires dans d'autres pays, sur les services qu'ils ont fournis aux titulaires du droit d'auteur dans ces affaires et sur le travail qu'ils ont fait pour le compte de Rogers en l'espèce. Aucun de ces éléments de preuve n'a été contredit ou sérieusement

expert monitoring and reporting is called for in this case, partly because of the ongoing contractual relationship between FMTS and the plaintiffs.

[230] Turning to the substance of the issue, based on the evidence in the record, and the experience in other countries, I am prepared to accept that the order will be effective in making the infringing activities more difficult and it will have the effect of discouraging users from accessing the infringing services. I note that Justice Gleeson reached the same conclusion in *GoldTV FC*, for largely similar reasons (see paragraphs 75 and 81).

[231] The evidence shows that almost [***] of instances of infringement identified by FMTS during its monitoring of the unauthorized streaming of the Rogers broadcasts would be captured by the order sought. This is an indication that the targets of the order are a substantial source of the unauthorized streams being accessed to view live NHL games, and thus cutting off these services can be expected to have a significant impact.

[232] This is consistent with the evidence of the plaintiffs' witnesses, who spoke to their experience elsewhere as well as the efforts to measure the effectiveness of the orders granted by other courts. In particular, Mr. Demetriades stated "Based on our experience, [dynamic site blocking] proved to be much more effective than any previous anti-piracy methods in terms of the ability to have a noticeable impact on the availability of live Premier League matches on pirate streaming services" (Demetriades affidavit, at paragraph 111).

[233] In the United Kingdom, a series of cases have accepted evidence of the effectiveness of this technique, finding that "past experience suggests that blocking causes

remis en question en contre-interrogatoire, et je suis d'avis que cette preuve est fiable et convaincante. Comme je l'expliquerai ci-après, je conclus également que la surveillance et l'établissement de rapports par des experts indépendants et objectifs sont justifiés dans la présente affaire, partiellement en raison de la relation contractuelle continue entre FMTS et les demandereses.

[230] En ce qui concerne le fondement de la question, d'après la preuve au dossier, ainsi que de l'expérience dans d'autres pays, je suis prêt à reconnaître que l'ordonnance sera efficace pour ce qui est de rendre plus difficiles les activités portant atteinte au droit d'auteur et qu'elle aura pour effet de décourager les utilisateurs d'accéder aux services portant atteinte au droit d'auteur. Je fais remarquer que le juge Gleeson a tiré la même conclusion dans la décision *GoldTV CF*, et ce, pour des motifs essentiellement similaires (voir les paragraphes 75 et 81).

[231] La preuve montre que presque [***] des cas de violation relevés par FMTS pendant sa surveillance de la diffusion en continu non autorisée des diffusions de Rogers seraient visés par l'ordonnance sollicitée. Il s'agit d'une indication que les cibles de l'ordonnance représentent une source importante des diffusions en continu non autorisées auxquelles on accède pour visionner des matchs de la LNH en direct et, par conséquent, on peut s'attendre à ce que la coupure de ces services ait des répercussions importantes.

[232] Cela est compatible avec les témoignages présentés par les témoins des demandereses, qui ont parlé de leur expérience ailleurs ainsi que des efforts visant à mesurer l'efficacité des ordonnances accordées par d'autres tribunaux. Plus particulièrement, M. Demetriades a déclaré : [TRADUCTION] « D'après notre expérience, le [blocage dynamique de sites] s'est révélé beaucoup plus efficace que toutes les méthodes antérieures de lutte contre le piratage en ce qui a trait à la capacité d'avoir une incidence marquée sur l'accessibilité aux matchs de la Premier League sur les services pirates de diffusion en continu » (affidavit de M. Demetriades, au paragraphe 111).

[233] Au Royaume-Uni, une série d'affaires ont accepté une preuve concernant l'efficacité de cette technique, en concluant que [TRADUCTION] « l'expérience passée laisse

a material reduction in the number of UK users who access blocked websites” (*The Football Association Premier League Ltd v. British Telecommunications Plc & Ors*, [2017] EWHC 480 (BAILII) (Ch. D.) (*Premier League*), at paragraph 49; see also: *Union Des Associations Europeenes De Football v. Eircom Ltd T/A Eir & Ors*, [2020] IEHC 488 (Ireland), at paragraph 11 and the cases cited therein).

[234] This conclusion is also bolstered by a recent study of the European Union Intellectual Property Office [EUIPO], which found that courts in the UK and in some other countries have concluded that such orders are effective in reducing traffic to unauthorized streaming sites (EUIPO, *Study on Dynamic Blocking Injunctions in the European Union* (2021), at page 59).

[235] Based on all of this, I find that the plaintiffs have established that the order they seek will be effective.

(iii) Dissuasiveness/Substitution

[236] These factors are largely self-explanatory. Dissuasiveness considers whether others not currently accessing the infringing services will be dissuaded from doing so. Substitution examines the extent to which the blocked websites may be replaced or substituted by new or other infringing sites. Like the other factors, these elements speak to the proportionality of the proposed order. If it will not steer people away from the unauthorized services, or the blocked sites can easily be replaced by other illegal streams, then imposing the burden on the innocent ISPs who will have to implement it may not be justified.

[237] The plaintiffs submit that experience elsewhere shows that the order will be dissuasive, because denying access to unauthorized content “will help to educate... consumers that accessing infringing streams is not a lawful or reliable way to access [the] content.” (*Premier League*, at paragraph 53). They argue that while there

entendre que le blocage entraîne une réduction importante dans le nombre d'utilisateurs du R.-U. qui accèdent à des sites Web bloqués » (*The Football Association Premier League Ltd v. British Telecommunications Plc & Ors*, [2017] EWHC 480 (BAILII) (Ch. D.) (*Premier League*), au paragraphe 49; voir aussi : *Union Des Associations Europeenes De Football v. Eircom Ltd T/A Eir & Ors*, [2020] IEHC 488 (Irlande), au paragraphe 11, et les affaires qui y sont citées).

[234] Cette conclusion est également renforcée par une étude récente menée par l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle [OUEPI], qui a conclu que les tribunaux au R.-U. et dans certains autres pays, ont conclu que de telles ordonnances sont efficaces pour ce qui est de réduire le trafic vers les sites de diffusion en continu non autorisés (OUEPI, *Study on Dynamic Blocking Injunctions in the European Union* (2021), à la page 59).

[235] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les demandereses ont établi que l'ordonnance sollicitée sera efficace.

(iii) Le caractère dissuasif et la substitution

[236] Ces facteurs sont essentiellement explicites. Le caractère dissuasif tient compte de la question de savoir si d'autres personnes qui n'accèdent pas actuellement aux services portant atteinte au droit d'auteur seront dissuadées de le faire. La substitution examine l'étendue selon laquelle les sites Web bloqués peuvent être remplacés ou substitués par de nouveaux sites ou d'autres sites portant atteinte au droit d'auteur. Comme les autres facteurs, ces éléments concernent la proportionnalité de l'ordonnance envisagée. Si elle ne permet pas de détourner les gens des services non autorisés ou si les sites bloqués peuvent être facilement remplacés par d'autres flux illégaux, alors l'imposition à des FAI innocents du fardeau de la mettre en œuvre pourrait ne pas être justifiée.

[237] Les demandereses font valoir que l'expérience vécue ailleurs montre que l'ordonnance sera dissuasive, car le refus d'accès à du contenu non autorisé [TRADUCTION] « aidera à éduquer [...] les consommateurs que l'accès à des flux portant atteinte au droit d'auteur n'est ni légal ni une façon fiable d'accéder [au] contenu ». (*Premier League*,

are some circumvention measures that users could potentially rely on, such tools have significant costs and it has been recognized that adding costs to the unauthorized streaming may bring the user's total costs of accessing infringing content closer to the costs of a legal subscription. In *Twentieth Century Fox Film Corp & Ors v. British Telecommunications Plc*, [2011] EWHC 1981 (BAILII) (Ch. D.), at paragraph 196, it was found that “[t]he smaller the cost differential, the more likely it is that at least some users will be prepared to pay a little extra to obtain material from a legitimate service.”

[238] The plaintiffs say that this is particularly apt in the context of the piracy of sporting events such as NHL games, which are best experienced live. Users who repeatedly have their access to the unauthorized stream blocked are more likely to consider subscribing to an authorized service rather than paying for additional means of continuing to access the illegal content. In addition, they claim that this type of order has a dissuasive effect on the operators of the unauthorized streaming servers. That is because their operations will be disrupted on an ongoing basis, as the lists are updated and new IP addresses are identified for blocking.

[239] The plaintiffs further submit that they can identify and block the vast majority of unauthorized streaming services, and therefore substitution will be limited. Even though they will not succeed in blocking all of the unauthorized streams, the plaintiffs say that alternatives will not be so readily available as to undermine the order's utility. They argue that because the list of IP addresses to be blocked would be updated on a regular basis, the order will be as comprehensive as it can be and thus there will be a limited ability to substitute other unauthorized streams for the ones that are blocked.

[240] The third party respondents did not address this topic in any detail, other than to note that the dissuasive

au paragraphe 53). Elles font valoir que, bien qu'il existe certaines mesures de contournement sur lesquelles les utilisateurs pourraient potentiellement s'appuyer, de tels outils ont des coûts importants et il a été reconnu que l'ajout de coûts à la diffusion non autorisée puisse rapprocher le total des coûts assumés par l'utilisateur pour accéder à du contenu portant atteinte au droit d'auteur des coûts d'un abonnement légal. Dans l'affaire *Twentieth Century Fox Film Corp v. British Telecommunications Plc*, [2011] EWHC 1981 (BAILII) (Ch. D.), au paragraphe 196, on a conclu que [TRADUCTION] « [p]lus la différence entre les coûts est petite, plus il est probable qu'un certain nombre d'utilisateurs seront prêts à payer un peu plus pour obtenir du contenu auprès d'un service légitime ».

[238] Les demandresses affirment que cela est particulièrement approprié dans le contexte du piratage des événements sportifs tels que les matchs de la LNH, qui offrent une meilleure expérience en direct. Les utilisateurs dont l'accès au flux non autorisé est bloqué de façon répétée sont plus susceptibles d'envisager de s'abonner à un service autorisé plutôt que de payer pour des moyens supplémentaires leur permettant de continuer à avoir accès au contenu illégal. En outre, les demandresses prétendent que le type d'ordonnance en cause a un effet dissuasif sur les exploitants de serveurs de diffusion en continu non autorisés. La raison est que leurs opérations seront perturbées de manière continue, au fur et à mesure que les listes seront mises à jour et que de nouvelles adresses IP seront relevées à des fins de blocage.

[239] Les demandresses font aussi valoir qu'elles peuvent cerner et bloquer la grande majorité des services de diffusion en continu non autorisée et, par conséquent, la substitution sera limitée. Même si elles ne parviennent pas à bloquer tous les flux non autorisés, les demandresses affirment que des solutions de rechange permettant de miner l'utilité de l'ordonnance ne seront pas facilement accessibles. Ils font valoir que, parce que la liste d'adresses IP à bloquer serait mise à jour régulièrement, l'ordonnance sera aussi exhaustive que possible et, par conséquent, la capacité de substituer d'autres flux non autorisés à ceux qui sont bloqués sera limitée.

[240] Les tierces parties intimées n'ont pas abordé ce sujet de manière détaillée, autrement que pour souligner

effect of the order would be enhanced by a requirement that specific notices be sent to individual customers after their access was blocked. They point out that such notices are not required by the terms of the order proposed by the plaintiffs; they also note that none of them have the current capacity to implement such a practice, and doing so would involve new investments in a Deep Packet Inspection (DPI) system, with the associated implementation costs.

[241] I am persuaded that the order is likely to have at least some dissuasive effect and that substitution will not undermine its effectiveness. As has been found in similar cases elsewhere (cited above) and as Justice Gleeson concluded in *GoldTV FC* at paragraph 84, blocking access to unauthorized content is likely to have an impact on the individuals affected, and they face costs and a degree of complexity in seeking to evade the effects of a blocking order. This may dissuade them from continuing, and it may persuade others who may be tempted that it is not worth the effort.

[242] Furthermore, I find that substitution will not be so easily done as to defeat the purpose of the order or to render it disproportional to the effort required by the third party respondents. The evidence shows that almost [***] of the unauthorized streaming of live NHL games would be captured by the order, and so a significant proportion of the current access would be cut off. It is not clear whether or how these viewers could replace this content simply by switching to the sites that remain unblocked; for example, it is not evident that these sites can handle such a significant increase in traffic, or that they provide access to a stream of similar quality and reliability as the blocked streams. Thus, substitution is not a barrier to the order.

[243] On the evidence before me, I accept that while the terms of the order to be granted will result in a degree of under-blocking (so as to avoid affecting benign traffic

que l'effet dissuasif de l'ordonnance serait renforcé par une exigence voulant que des avis soient envoyés aux clients individuels après le blocage de leur accès. Elles font remarquer que les modalités de l'ordonnance proposée par les demanderessees n'exigent pas la délivrance de tels avis; elles soulignent également qu'aucune d'elle n'a actuellement la capacité de mettre en œuvre une telle pratique et que, ce faisant, elles devraient procéder à de nouveaux investissements dans un système d'inspection approfondie des paquets (IAP), en plus d'assumer les coûts de mise en œuvre connexe.

[241] Je suis convaincu que l'ordonnance est susceptible d'avoir à tout le moins un effet dissuasif et qu'une substitution ne minera pas son efficacité. Comme on a conclu, ailleurs, dans des affaires similaires (précitées), et comme l'a conclu le juge Gleeson dans la décision *GoldTV CF*, au paragraphe 84, le blocage de l'accès au contenu autorisé est susceptible d'avoir des répercussions sur les personnes touchées, et celles-ci seront confrontées à des coûts et à un niveau de complexité supplémentaires en cherchant à éluder les effets d'une ordonnance de blocage. Cela pourrait les dissuader de continuer et en persuader d'autres qui pourraient être tentés que cela n'en vaut pas la peine.

[242] En outre, je suis d'avis qu'une substitution permettant de faire échec à l'objet de l'ordonnance ou à la rendre disproportionnée par rapport à l'effort requis par les tierces parties intimées n'aura pas lieu facilement. La preuve montre que presque [***] des diffusions en continu non autorisées de matchs de la LNH en direct seraient visées par l'ordonnance et, par conséquent, une proportion importante de l'accès actuel sera coupée. On ignore si ces téléspectateurs peuvent être en mesure de remplacer ce contenu simplement en accédant aux sites qui demeurent non bloqués; par exemple, il n'est pas évident que ces sites peuvent gérer une augmentation importante du trafic, ou qu'ils donnent accès à un flux d'une qualité et d'une fiabilité similaires à celles des flux bloqués. La substitution ne représente donc pas un obstacle à l'ordonnance.

[243] D'après la preuve dont je suis saisi, j'admets que, bien que les modalités de l'ordonnance à accorder donneront lieu à un certain niveau de sous-blocage (de façon

by innocent individuals), the type of blocking order here will nevertheless significantly limit access to the unauthorized streaming of live NHL games. That is all that is required under this element of the test.

[244] For these reasons, I find that the plaintiffs have met the Dissuasiveness and Substitution elements of the *Cartier* factors.

(iv) Barriers to Legitimate Use or Trade

[245] This factor involves consideration of whether the relief will create barriers to legitimate use by unduly affecting the ability of users of ISP services to access information lawfully. As with Cost and Complexity, this element also finds its origins in the EU Directive, which provides that remedies “shall be applied in such a manner as to avoid the creation of barriers to legitimate trade” (Article 3(2), cited in *Cartier*, at paragraph 123). In practical terms, this requires that the measures adopted by the ISP be strictly targeted so that they do not affect users who seek to access content in a lawful manner. This factor’s purpose is to prevent over-blocking.

[246] This is a particularly significant factor in this case, because of the dynamic nature of the order being sought, and the absence of ongoing judicial oversight in its daily operation.

[247] The plaintiffs submit that this element is satisfied in two ways: the limited duration of the blocking reduces the risk it will affect legitimate content, and there are safeguards in place, which will result in under-blocking, so as to ensure that legitimate activities are not affected.

[248] In contrast with the site blocking order in *GoldTV FC* (which requires blocking on a continuous basis), the plaintiffs argue that the fact that dynamic blocking will only be required during the NHL Live Game Window means that any potential impact on legitimate content

à éviter d’avoir une incidence sur le trafic bénin de personnes innocentes), le type d’ordonnance de blocage en l’espèce aura néanmoins pour effet de limiter considérablement l’accès à la diffusion en continu non autorisée de matchs de la LNH en direct. C’est tout ce qui est demandé au titre de cet élément du critère.

[244] Pour ces motifs, je conclus que les demanderesse ont satisfait aux éléments caractère dissuasif et substitution des facteurs énoncés dans l’affaire *Cartier*.

(iv) Obstacles à l’utilisation ou au commerce légitimes

[245] Ce facteur porte sur l’examen de la question de savoir si la réparation créera des obstacles à l’utilisation ou au commerce légitimes en nuisant indûment à la capacité des utilisateurs des services des FAI d’accéder légalement à de l’information. Comme pour l’élément coût et complexité, cet élément est également issu de la directive de l’UE, qui dispose que les recours « doivent [...] être appliqués de manière à éviter la création d’obstacles au commerce légitime » (article 3(2), cité dans *Cartier*, au paragraphe 123). En termes pratiques, cela exige que les mesures adoptées par le FAI soient strictement ciblées pour qu’elles n’affectent pas les utilisateurs qui cherchent à accéder légalement à du contenu. L’objet de ce facteur est d’empêcher un surblocage.

[246] En l’espèce, ce facteur revêt une importance particulière, en raison de la nature de l’ordonnance sollicitée et de l’absence d’une surveillance judiciaire continue dans son application quotidienne.

[247] Les demanderesse font valoir que cet élément est satisfait de deux façons : la durée limitée du blocage réduit le risque d’incidence sur le contenu légitime, et des mesures de protection sont en place, ce qui donnera lieu à un sous-blocage, de façon à veiller à ce qu’il n’y ait aucune incidence sur les activités légitimes.

[248] Contrairement à l’ordonnance de blocage de sites accordée dans la décision *GoldTV CF* (laquelle exigeait un blocage continu), les demanderesse font valoir que le fait que le blocage dynamique ne sera requis que pendant la fenêtre de matchs de la LNH en direct signifie

would only be temporary. In addition, the plaintiffs point to the safeguards that would be put in place to ensure that any IP addresses identified for blocking are not associated with substantial legitimate activities. These safeguards include requiring that the plaintiffs (or FMTS) only identify an IP address for blocking if:

1. There are no reasonable grounds to believe that the associated server is being used for any substantial legitimate purpose apart from unauthorized video streaming, or facilitating such streaming; and
2. [***]

[249] The plaintiffs contend that these safeguards, combined with the operation of the FMTS proprietary tools described in the confidential evidence, serve to minimize the risk of over-blocking. The practical effect of this, they say, is that in the event that legitimate content appears to be available on the streaming infrastructure that is also distributing unauthorized broadcasts of live NHL games, that IP address would not be identified for blocking. In the words of the plaintiffs, “the safeguards are designed to always err on the side of under-blocking to avoid over-blocking” (plaintiffs’ factum, at paragraph 217).

[250] The third party respondents express grave concerns about the potential impact of the order on their customers, and the consequential reputational risk that they would incur if they are forced to implement it. It is not necessary to repeat the discussion of the risks of a mistake in the configuration of an ISP’s core routers (see paragraphs 197–200 above). The third party respondents say this risk is magnified because they will have no capacity to independently verify that the list of IP addresses meets the criteria set out in the order. Instead, they are being required to put their faith in the contractor hired and paid for by their competitors. They note that FMTS appears to

que toutes les répercussions éventuelles sur le contenu légitime ne seraient que temporaires. De plus, les demanderesse signalent les mesures de protection qui seraient mises en place pour veiller à ce que toutes les adresses IP relevées à des fins de blocage ne soient pas associées aux activités légitimes importantes. Ces mesures de protection comprennent le fait d’exiger que les demanderesse (ou FMTS) relèvent uniquement une adresse IP à des fins de blocage dans les situations suivantes :

1. il n’y a aucun motif raisonnable de croire que le serveur connexe est utilisé à une fin légitime importante autre que la diffusion vidéo en continu non autorisée ou la facilitation d’une telle diffusion en continu;
2. [***]

[249] Les demanderesse font valoir que ces mesures de protection, combinées à l’exploitation des outils exclusifs de FMTS décrits dans la preuve confidentielle, servent à réduire au minimum le risque de surblocage. Selon elles, l’effet pratique de cela est que, dans l’éventualité où le contenu légitime continue puisse sembler disponible dans l’infrastructure de diffusion en continu qui distribue également des diffusions non autorisées de matchs de la LNH en direct, les adresses IP ne seraient pas relevées à des fins de blocage. Pour reprendre les mots des défenderesses, [TRADUCTION] « les mesures de protection sont conçues de façon à toujours pencher du côté du sous-blocage afin d’éviter le surblocage » (mémoire des demanderesse, au paragraphe 217).

[250] Les tierces parties intimées expriment de graves préoccupations quant aux répercussions potentielles de l’ordonnance sur leurs clients ainsi qu’en ce qui concerne le risque pour la réputation auquel elles s’exposeraient si elles étaient obligées de la mettre en œuvre. Il n’est pas nécessaire de répéter la discussion sur les risques d’une erreur dans la configuration des routeurs de cœur d’un FAI (voir les paragraphes 197 à 200 ci-dessus). Les tierces parties intimées affirment que ce risque est amplifié, car elles n’auront pas la capacité de vérifier de manière indépendante que la liste des adresses IP satisfait aux critères énoncés dans l’ordonnance. Au lieu de cela, elles sont

be based largely in the U.K., and there is no indication it has any expertise in Canadian copyright law.

[251] The third party respondents contrast this with the controls and limits inherent in the static blocking order granted in *GoldTV FC*, where the list is subject to Court approval based on specific evidence. They add that under Project Cleanfeed, the information about which domains to block comes from objective sources including the police, not a contractor hired by a party to the dispute, a party who is also a commercial competitor.

[252] Finally, the third party respondents object to the requirement that there be no substantial legitimate content on the listed site; they argue that the test should be stricter, and if there is any legitimate content on the site at an IP address, it should not be listed.

[253] CIPPIC also expresses serious concerns that the risk of over-blocking is increased with a dynamic site blocking order. It notes that FMTS will be using proprietary techniques that largely rely on automated assessment tools in order to identify the sources of the unauthorized streaming and to confirm they do not also host substantive legitimate content. In many cases, the IP addresses for the listed streaming services would be identified and listed without any opportunity for human intervention at all. And the customers as well as the sites affected may not be aware of the reason for the interruption, and thus are less likely to raise a complaint. CIPPIC argues that “[n]ew forensic tools and particularly those operated by private companies require independent verification and peer-review” (CIPPIC factum, at paragraph 37). There is no independent evidence as to the accuracy or reliability of FMTS’s tools, and thus CIPPIC argues that the plaintiffs should be required to provide the Court with a report regarding the impact of implementation.

tenues de placer leur foi envers l’entrepreneur embauché et payé par leurs concurrents. Elles soulignent que FMTS semble essentiellement établie au R.-U. et qu’il n’y a aucune indication qu’elle possède une expertise quelconque en matière de droit canadien sur le droit d’auteur.

[251] Les tierces parties intimées opposent cela aux contrôles et aux limites inhérentes à l’ordonnance de blocage statique accordée dans la décision *GoldTV CF*, dans laquelle la liste est assujettie à l’approbation de la Cour en fonction d’une preuve particulière. Elles ajoutent qu’en vertu du projet Cleanfeed, les renseignements concernant les domaines à bloquer proviennent de sources objectives, incluant la police, et non pas d’un entrepreneur embauché par une partie au litige, une partie qui est aussi un concurrent commercial.

[252] Enfin, les tierces parties intimées s’opposent à l’exigence selon laquelle il ne doit y avoir aucun contenu légitime substantiel dans le site figurant sur la liste; elles font valoir que le critère pourrait être plus strict et, si le site à une adresse IP comprend du contenu légitime, cette adresse ne devrait pas figurer dans la liste.

[253] La CIPPIC exprime également de sérieuses préoccupations voulant que le risque de surblocage soit accru avec une ordonnance de blocage dynamique de sites. Elle souligne que FMTS aura recours à des techniques exclusives qui s’appuient fortement sur des outils d’évaluation automatisés afin de déterminer les sources de la diffusion en continu non autorisée ainsi que pour confirmer qu’elles n’hébergent pas aussi un contenu légitime substantiel. Dans de nombreux cas, les adresses IP associées aux services de diffusion en continu inscrits sur la liste seraient relevées et inscrites sur la liste sans aucune possibilité d’intervention unique. En outre, les clients ainsi que les sites touchés pourraient ne pas être au fait de la raison de l’interruption et, ainsi, être moins susceptibles de porter plainte. La CIPPIC fait valoir que [TRADUCTION] « les [n]ouveaux outils judiciaires et, notamment ceux exploités par des sociétés privées, nécessitent une vérification indépendante et un examen par les pairs » (mémoire de la CIPPIC, au paragraphe 37). Il n’y a aucun élément de preuve indépendant quant à l’exactitude ou à la fiabilité des outils de FMTS et, par conséquent, la CIPPIC fait valoir que les demandresses devraient être

[254] While I accept that the third party respondents have significant concerns about the risks they will run if the order issues, it should be noted that all ISPs will bear a similar risk. This includes those that are tied to the plaintiffs. In light of the evidence about the combined reach of all of the third party respondents, this is not a situation where the order will create a competitive advantage.

[255] In *GoldTV FC*, Justice Gleeson was satisfied that the “barriers to legitimate use or trade” condition was met for the following reasons:

1. the order was limited to a specific list of domains and subdomains;
2. any additions to the list could only be done by order of the court based on evidence that the sole or predominant purpose of the newly identified domains was also unauthorized distribution; and
3. the order provided that the blocking could be lifted if the “sole or predominant purpose” criteria was no longer satisfied or because of the need to address technical or security concerns.

Cumulatively, these controls and limits minimized the risk of over-blocking, and empowered the third party respondents to address it if it occurred.

[256] While *GoldTV FC* involved a static blocking order limited to a pre-approved blacklist of domains and subdomains, I find that the considerations relied on by Justice Gleeson also apply, to some degree, here. First, only IP addresses associated with [***]. Second, any additions [***] must be approved by the Court, based on evidence [***]. Third, the third party respondents will be able to stop blocking if concerns related to their network’s security or over-blocking arise.

tenues de présenter à la Cour un rapport concernant les répercussions de la mise en œuvre.

[254] Même si je conviens que les tierces parties intimées ont des préoccupations importantes à propos des risques auxquels elles seront confrontées si l’ordonnance est accordée, il convient de souligner que tous les FAI seront exposés à un risque similaire. Cela comprend ceux qui sont liés aux demandresses. À la lumière de la preuve portant sur la portée combinée de toutes les tierces parties intimées, il ne s’agit pas d’une situation où l’ordonnance donnera lieu à un avantage concurrentiel.

[255] Dans la décision *GoldTV CF*, le juge Gleeson était convaincu que la condition relative aux « obstacles à l’utilisation ou au commerce légitimes » était satisfaite pour les raisons suivantes :

1. l’ordonnance était limitée à une liste précise de domaines et de sous-domaines;
2. tout ajout à la liste pourrait uniquement être effectué au moyen d’une ordonnance du tribunal fondée sur une preuve selon laquelle l’objet principal ou prédominant des domaines nouvellement ciblés était aussi la distribution non autorisée;
3. l’ordonnance prévoyait que le blocage pouvait être levé si le critère relatif à « l’objet principal ou prédominant » n’était plus satisfait ou afin de traiter des préoccupations techniques ou en matière de sécurité.

Cumulativement, ces contrôles et limites ont réduit au minimum le risque de surblocage et ont habilité les tierces parties intimées à y répondre dans une telle éventualité.

[256] Même si la décision *GoldTV CF* portait sur une ordonnance de blocage statique limitée à une liste noire pré-approuvée de domaines et de sous-domaines, je conclus que les considérations sur lesquelles s’est appuyé le juge Gleeson s’appliquent également, dans une certaine mesure, en l’espèce. En premier lieu, seules les adresses IP associées à [***]. En deuxième lieu, tous les ajouts [***] doivent être approuvés par la Cour, fondée sur la preuve [***]. En troisième lieu, les tierces parties intimées seront

[257] Based on all of this, I am satisfied that the terms of the order that will be granted will include sufficient measures to mitigate the risk of over-blocking.

[258] I agree with CIPPIC that the untested nature of the techniques used by FMTS is a reason for concern. Requiring real-time monitoring and validation of the implementation of the order by an independent, third party expert, combined with a reporting requirement on the results, will help to allay the concerns and provide a stronger evidentiary foundation for any future case.

(v) Fairness

[259] This factor calls for consideration of whether the relief strikes a fair balance between fundamental rights of the parties, including the third parties, and the general public. It is a key element in the assessment of the overall proportionality of the remedy, and is of particular salience here.

[260] Once again, this element from *Cartier* is rooted in European law, as explained at paragraph 125:

That brought the judge to proportionality. He held, correctly in my judgment, that this requires a fair balance to be struck between, on the one hand, the intellectual property rights guaranteed by Article 17(2) of the [*Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2012/C 326/02] and, on the other hand, the ISPs' freedom to conduct business under Article 16 of the Charter and the freedom of information of internet users under Article 11 of the Charter.

[261] In *GoldTV FC*, Justice Gleeson considered the issues of net neutrality, freedom of expression and impact on competition under this rubric, and I shall do the same here.

en mesure de mettre fin au blocage si on soulève des préoccupations relativement à la sécurité de leur réseau ou au surblocage.

[257] En m'appuyant sur tous ces éléments, je suis convaincu que les modalités de l'ordonnance qui sera accordée comprendront des mesures suffisantes pour atténuer le risque de surblocage.

[258] Je conviens avec la CIPPIC que la nature non testée des techniques utilisées par FMTS est un motif de préoccupation. Le fait d'exiger une surveillance en temps réel et une validation de la mise en œuvre de l'ordonnance par un expert tiers indépendant, jumelé à une exigence relative à l'établissement de rapports sur les résultats, contribuera à soulager les préoccupations et à offrir un fondement probant plus solide pour toute affaire future.

(v) Équité

[259] Ce facteur appelle examen de la question de savoir si la réparation constitue le juste équilibre entre les droits fondamentaux des parties, des tiers et du grand public. Il s'agit d'un élément clé dans l'évaluation de la proportionnalité générale du recours et il revêt une importance particulière en l'espèce.

[260] Une fois de plus, cet élément tiré de l'affaire *Cartier* est ancré dans le droit européen, comme il est expliqué au paragraphe 125 :

[TRADUCTION] Cela a amené le juge à la question de la proportionnalité. Il a soutenu, correctement selon moi, que cela exige d'établir un juste équilibre entre, d'une part, les droits de propriété intellectuelle garantis par le paragraphe 17(2) de la [*Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2012/C 326/02] et, d'autre part, la liberté des FAI de faire des affaires en vertu de l'article 16 de la Charte et de la liberté d'information des utilisateurs d'Internet en vertu de l'article 11 de la Charte.

[261] Dans la décision *GoldTV CF*, le juge Gleeson s'est penché sur les questions de la neutralité du Net, de la liberté d'expression et des répercussions sur la concurrence en vertu de cette rubrique, et je ferai la même chose dans la présente affaire.

[262] The plaintiffs submit that the balancing under this factor tips heavily in their favour. First, the effect of the order they seek is limited to restricting access in Canada to servers (almost exclusively located outside of Canada) that blatantly infringe their exclusive rights in the live NHL games. Plus, the order will only require blocking for a limited time period. The order does not impinge on any of the third party respondents' rights, or otherwise interfere with their services to their customers.

[263] Next, the plaintiffs argue that freedom of expression does not protect the ability to disseminate or access blatantly infringing content, noting that this Court routinely issues injunctions to enjoin the distribution of infringing content without any negative impact on the values protected by the freedom of expression guaranteed in 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*).

[264] Third, the plaintiffs assert that the economic rights of the third party respondents are protected by the terms of the order sought, because the plaintiffs will bear the marginal costs of implementation. They argue that the order sought does not require the third party respondents to acquire new technology because they can already implement manual blocking.

[265] Finally, the plaintiffs submit that the order would not affect net neutrality because it does not interfere with the third party respondents' content-neutral character, but merely requests that they block access to clearly infringing content in compliance with a Court order. They say that net neutrality does not apply to illegal content, and since that is the only focus of the order sought here, there is no interference with the principle.

[266] The third party respondents dispute this on several grounds, many of which have been discussed previously.

[262] Les demanderses font valoir que la mise en balance en vertu de ce facteur penche fortement en leur faveur. En premier lieu, l'effet de l'ordonnance qu'elles demandent se limite à restreindre l'accès au Canada aux serveurs (qui sont presque exclusivement situés à l'étranger) qui violent de manière flagrante leurs droits exclusifs à l'égard des matchs de la LNH en direct. En outre, l'ordonnance exigera uniquement le blocage pendant une période de temps limitée. L'ordonnance ne porte pas atteinte aux droits des tierces parties intimées, ou ne s'ingère pas autrement dans les services qu'elles offrent à leurs clients.

[263] Ensuite, les demanderses font valoir que la liberté d'expression ne protège pas la capacité de diffuser du contenu portant atteinte de manière flagrante au droit d'auteur ou d'y accéder et soulignent que notre Cour délivre régulièrement des injonctions interdisant la distribution de contenus portant atteinte au droit d'auteur sans incidence négative sur les valeurs protégées par la garantie relative à la liberté d'expression figurant dans la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la *Charte*).

[264] En troisième lieu, les demanderses font valoir que les droits économiques des tierces parties intimées sont protégés par les modalités de l'ordonnance sollicitée, car les demanderses assumeront les coûts marginaux associés à la mise en œuvre. Ils font valoir que l'ordonnance sollicitée n'exige pas des tierces parties intimées qu'elles fassent l'acquisition d'une nouvelle technologie, car elles mettent déjà en œuvre un blocage manuel.

[265] Enfin, les demanderses affirment que l'ordonnance n'aurait aucune incidence sur la neutralité du Net, car elle n'entrave pas le caractère de contenu neutre des tierces parties intimées, mais demande simplement qu'elles bloquent l'accès au contenu qui porte clairement atteinte au droit d'auteur, conformément à une ordonnance de la Cour. Elles affirment que la neutralité du Net ne s'applique pas au contenu illégal et, puisqu'il s'agit de l'unique objet de l'ordonnance sollicitée en l'espèce, il n'y a aucune ingérence relativement à ce principe.

[266] Les tierces parties intimées contestent cette affirmation pour plusieurs motifs, parmi lesquels de

Their objections to being asked to undertake significant operational burdens solely to benefit their competitors have been set out earlier, and need not be repeated. Similarly, the third party respondents expressed legitimate fears about the reputational impact of any misstep in implementing the order, noting their inability to advise specific customers whose access is being blocked about why this happened, and that as a result, if subscribers are inadvertently denied access to benign content, they will blame their service provider rather than the plaintiffs.

[267] Finally, the third party respondents all claimed that they would incur extra costs in implementing the order, including investments in new routers or other hardware, plus additional software and costs associated with the staff time needed to implement the order. Some of these estimates ran into the million(s) of dollars, while others were more modest, reflecting both the current capacity of their respective networks and the anticipated demands associated with implementing this type of order for live NHL games.

[268] CIPPIC argued that application of the *Cartier* test needed to take into account two central considerations: the nature of the relief sought, and the wider Canadian legal and policy context. On the first point, CIPPIC submitted:

Several contextual factors require a more rigorous application of these factors in the context of the dynamic website blocking injunction sought in this proceeding: the relief sought is mandatory rather than prohibitive in nature, the remedy is against innocent third parties and its implementation requires substantial changes to the services of these third parties; the relief is sought on largely an ex parte basis; and the relief is effectively final in nature.

(CIPPIC factum, at paragraph 10.)

nombreux ont déjà été abordés. Leurs oppositions à la demande d'entreprendre des fardeaux opérationnels importants qui bénéficieront uniquement à leurs concurrents ont été établies plus tôt, il n'est donc pas nécessaire de les répéter. De manière similaire, les tierces parties intimées ont exprimé des craintes légitimes à propos de l'impact sur leur réputation de tout faux pas dans la mise en œuvre de l'ordonnance, en soulignant leur incapacité à informer les clients particuliers dont l'accès est bloqué quant à la raison pour laquelle cela s'est produit et que, par conséquent, dans l'éventualité où l'on priverait par inadvertance les abonnés de leur accès à du contenu bénin, ces derniers jetteront le blâme sur leur fournisseur de services plutôt que sur les demanderesse.

[267] Enfin, les tierces parties intimées ont toutes fait valoir qu'elles engageraient des coûts supplémentaires associés à la mise en œuvre de l'ordonnance, incluant des investissements dans de nouveaux routeurs ou d'autres équipements, en plus des logiciels et des coûts supplémentaires associés aux heures que devront consacrer les membres de leur personnel pour mettre en œuvre l'ordonnance. Certaines de ces estimations s'élevaient à des millions de dollars, alors que d'autres étaient plus modestes, tenant compte de la capacité actuelle de leurs réseaux respectifs et des demandes anticipées associées à la mise en œuvre de ce type d'ordonnance pour les matchs de la LNH en direct.

[268] La CIPPIC a fait valoir que l'application du critère énoncé dans l'affaire *Cartier* devait tenir compte de deux considérations centrales : la nature de la réparation demandée et le contexte juridique et politique canadien général. Sur le premier point, la CIPPIC a fait valoir ce qui suit:

[TRADUCTION] Plusieurs facteurs contextuels exigent une application plus rigoureuse de ces facteurs dans le contexte de l'injonction de blocage dynamique de sites demandée en l'instance : la réparation demandée est de nature mandatoire plutôt que prohibitive, le recours vise des tierces parties innocentes et sa mise en œuvre exige l'apport de modifications importantes aux services de ces tierces parties; la réparation est demandée essentiellement à titre ex parte; et la réparation est effectivement de nature définitive.

(Mémoire de la CIPPIC, au paragraphe 10.)

[269] In addition, CIPPIC submitted that the statutory and constitutional context is a relevant consideration of the order and its terms. They point to three key elements of the wider policy framework. First, the *Copyright Act* provides for injunctive relief, but subsection 34(1) provides that this relief remains “subject to [that] Act” and so the balance between users’ rights and copyright holder’s interests set out in the *Copyright Act* is a relevant consideration.

[270] Next, CIPPIC argued that the principles of net neutrality and the importance of ensuring affordable and competitive ISP services in Canada set out in the *Telecommunications Act* are also relevant considerations in assessing whether to grant the order sought here, and if so, in setting its terms.

[271] Finally, CIPPIC submitted that dynamic website blocking poses a particular risk of over-blocking (for the reasons explained earlier) and thus engages Charter-protected freedom of expression to an even greater extent than website blocking more generally.

[272] Of particular relevance to the fairness factor, CIPPIC contends that the remedy the plaintiffs seek here amounts to imposing a “notice and takedown” regime on the ISPs, noting that this runs counter to Parliament’s deliberate choice when it adopted the *Copyright Modernization Act*, S.C. 2012, c. 20. CIPPIC points to *Rogers Communications Inc. v. Voltage Pictures, LLC*, 2018 SCC 38, [2018] 2 S.C.R. 643, where the Supreme Court of Canada refers to Parliament’s choice not to impose a notice and takedown regime in Canada [at paragraph 26]:

For example, Parliament sought to strike a balance between the interests of copyright owners and of Internet subscribers, respectively, by preferring a notice and notice regime over a “notice and take down” regime (see *House of Commons Debates*, at p. 2109, per Hon. James Moore). The notice and take down regime prescribed in the United

[269] En outre, la CIPPIC a soutenu que le contexte réglementaire et constitutionnel est une considération importante de l’ordonnance et de ses modalités. Elle signale les trois éléments principaux du cadre politique général. En premier lieu, la *Loi sur le droit d’auteur* prévoit une mesure injonctive, mais le paragraphe 34(1) prévoit que cette réparation demeure « sous réserve [de cette] Loi » et, par conséquent, l’équilibre entre les droits des utilisateurs et les intérêts du titulaire du droit d’auteur énoncé dans la *Loi sur le droit d’auteur* est une considération pertinente.

[270] Ensuite, la CIPPIC a fait valoir que les principes de la neutralité du Net et l’importance d’assurer les services de FAI rentables et concurrentiels au Canada prévus dans la *Loi sur les télécommunications* sont également des considérations pertinentes en ce qui concerne l’évaluation de la question de savoir s’il convient d’accorder l’ordonnance sollicitée en l’espèce et, le cas échéant, d’établir ses modalités.

[271] Finalement, la CIPPIC a affirmé que le blocage dynamique de sites Web pose un risque particulier de sur-blocage (pour les motifs exposés précédemment) et, ainsi, fait intervenir la liberté d’expression garantie par la Charte dans une mesure encore plus grande que le blocage de sites de manière plus générale.

[272] Particulièrement important pour le facteur lié à l’équité, la CIPPIC fait valoir que le recours demandé par les demandes en l’espèce équivaut à imposer un régime [TRADUCTION] « d’avis et de retrait » aux FAI, en soulignant que cela va à l’encontre du choix délibéré du Parlement lorsqu’il a adopté la *Loi sur la modernisation du droit d’auteur*, L.C. 2012, ch. 20. La CIPPIC signale l’arrêt *Rogers Communications Inc. c. Voltage Pictures, LLC*, 2018 CSC 38, [2018] 2 R.C.S. 643, dans lequel la Cour suprême du Canada renvoie au choix de Parlement de ne pas imposer un régime d’avis et de retrait au Canada [au paragraphe 26] :

Par exemple, le Parlement a cherché à établir un équilibre entre les intérêts des titulaires de droits d’auteur et ceux des abonnés à Internet, respectivement, en choisissant un régime d’avis et avis plutôt qu’un régime « d’avis et de retrait » (voir *Débats de la Chambre des communes*, p. 2109, l’hon. James Moore). Le régime d’avis et de retrait qu’a

States by the *Digital Millennium Copyright Act* (1998), 17 U.S.C. § 512, requires an online “service provider”, upon receiving notice of a claimed copyright infringement, to respond expeditiously by removing or blocking access to the material that is the subject of the claimed infringement. While obviously a preferable scheme from the standpoint of copyright owners, its “take down” requirement has been criticized as undermining the presumption of innocence and unnecessarily limiting free expression.... In contrast, the notice and notice regime allows for notices of claimed infringement to be forwarded (thereby advancing the rights of copyright holders), while accounting for the interests of Internet subscribers by maintaining the presumption of innocence and allowing them to monitor their own behaviour (and, more specifically, to avoid continued copyright infringement). [Citations omitted.]

[273] In this case, CIPPIC asserts that the plaintiffs are seeking, by virtue of the order, to impose notice and take-down on the third party respondents, because they will be obliged to block access to content immediately upon receiving notice of infringement, and this will be done without ongoing judicial oversight. This stands in contrast to the static site blocking ordered by *GoldTV FC*, which only mandated removal of access following a judicial determination that there is a strong factual and legal basis to conclude that a specific, listed target website is infringing copyright.

[274] While CIPPIC does not claim that this should automatically bar the plaintiffs from the relief they seek, it does assert that the minimal judicial scrutiny involved in the order here is a relevant consideration in assessing the balance of convenience factors, and if an order is to be granted, in fixing its terms.

[275] In addition, CIPPIC asserts that net neutrality—a policy consideration specifically embedded in subsection 27(2) and section 36 of the *Telecommunications Act*—is implicated in at least two specific ways. First, they say that any order that mandates ISPs to “transform their networks by developing a new content identification and removal capability that does not currently exist” amounts to a significant step that triggers the principle of net neutrality. CIPPIC argues that the principle applies equally to

établi aux États-Unis la *Digital Millennium Copyright Act* (1998), 17 U.S.C. § 512, exige que les [TRADUCTION] « fournisseurs de services » en ligne, à la réception d’un avis de prétendue violation du droit d’auteur, prennent des mesures rapidement en supprimant ou en bloquant l’accès au contenu qui fait l’objet de la prétendue violation. Bien que ce soit évidemment un régime préférable du point de vue des titulaires de droits d’auteur, l’exigence de « retirer » a fait l’objet de critiques puisqu’elle mine la présomption d’innocence et limite inutilement la liberté d’expression [...] En revanche, le régime d’avis et avis permet que les avis de prétendue violation soient transmis (assurant ainsi le respect des droits des titulaires de droits d’auteur), tout en tenant compte des intérêts des abonnés à Internet grâce au maintien de la présomption d’innocence et en leur permettant de surveiller leur propre comportement (et, plus précisément, d’éviter la violation continue du droit d’auteur). [Citations omises.]

[273] Dans la présente affaire, la CIPPIC affirme que les demandresses cherchent à obtenir, en vertu de l’ordonnance, qu’un régime d’avis et de retrait aux tierces parties intimées soit imposé, car elles seront obligées de bloquer l’accès au contenu immédiatement après avoir reçu l’avis de violation, ce qui sera fait sans une supervision judiciaire continue. Cela se démarque du blocage statique de sites ordonné par l’affaire *GoldTV CF*, qui obligeait uniquement le retrait de l’accès à la suite d’une détermination judiciaire selon laquelle il existe un fondement factuel et juridique solide pour tirer la conclusion qu’un site Web cible précis et énuméré porte atteinte au droit d’auteur.

[274] Même si la CIPPIC ne prétend pas que cela devrait priver automatiquement les demandresses de la réparation demandée, elle fait tout de même valoir que le contrôle judiciaire minime concerné dans l’ordonnance en l’espèce constitue une considération pertinente dans l’évaluation des facteurs relatifs à la prépondérance des inconvénients et, dans l’éventualité où une ordonnance serait accordée, dans l’établissement des modalités de celle-ci.

[275] De plus, la CIPPIC fait valoir que la neutralité du Net — une considération politique expressément intégrée au paragraphe 27(2) et à l’article 36 de la *Loi sur les télécommunications* — est sous-entendue d’au moins deux façons précises. En premier lieu, elle affirme que pour obliger les FAI à [TRADUCTION] « transformer leurs réseaux en développant une nouvelle capacité d’identification et de retrait du contenu qui n’existe pas actuellement » équivaut à une étape importante qui déclenche le principe

lawful and unlawful content, noting that several CRTC decisions on this question place limits on ISP's ability to slow down or block unlawful content (CIPPIC factum, paragraphs 56–57, citing *Review of the Internet traffic management practices of Internet service providers* (21 October 2009), Telecom Regulatory Policy CRTC 2009-657, at paragraphs 121–122; *Public Interest Advocacy Centre – Application for relief regarding section 12 of the Quebec Budget Act* (December 9, 2016), Telecom Decision CRTC 2016-479).

[276] Secondly, it notes that while section 36 of the *Telecommunications Act* effectively prohibits ISPs from blocking access to specific content on their networks without prior approval, the effect of the order here would be that the ISPs would be required to block content that was unilaterally selected by the plaintiffs or their agent. This stands in contrast to the *GoldTV FC* case. In CIPPIC's view, the order here engages net neutrality principles more robustly, and these principles should serve as a countervailing factor in assessing whether the balance of convenience favours granting the relief sought by the plaintiffs.

[277] Regarding freedom of expression, CIPPIC submits that the minimal judicial supervision that will occur over both the choice of the services to be blocked and the evidentiary basis for their selection undermines freedom of expression and public policy. It notes that the CRTC recently rejected a proposal to create an independent expert body empowered to identify copyright infringing websites for mandatory blocking by Canadian ISPs (Telecom Decision CRTC 2018-384, October 2, 2018 [cited above]). In addition, a Parliamentary Committee reviewing the *Copyright Act* similarly rejected the adoption of an expedited administrative regime along the lines of the model proposed before the CRTC. The Committee recommended instead that courts remain in control of adjudicating whether a given use constitutes copyright infringement, and, if so, to issue orders to remedy the breach (Report of the Standing Committee on Industry, Science and Technology, *Statutory Review of the Copyright Act*,

de la neutralité du Net. La CIPPIC soutient que ce principe s'applique également au contenu licite et illicite, en faisant observer que plusieurs décisions du CRTC sur cette question imposent des limites à la capacité des FAI de ralentir ou de bloquer le contenu illicite (mémoire de la CIPPIC, aux paragraphes 56 et 57, citant *l'Examen des pratiques de gestion du trafic Internet des fournisseurs de services Internet* (21 octobre 2009), Politique réglementaire de télécom CRTC 2009-657, aux paragraphes 121 et 122; *Centre pour la défense de l'intérêt public — Demande de redressement concernant l'article 12 de la loi budgétaire du Québec* (9 décembre 2016), Décision de télécom CRTC 2016-479).

[276] Deuxièmement, elle souligne que même si l'article 36 de la *Loi sur les télécommunications* interdit effectivement aux FAI de bloquer l'accès à du contenu particulier sur leurs réseaux sans l'approbation antérieure, l'effet de l'ordonnance en l'espèce serait requis pour bloquer un contenu qui a été sélectionné unilatéralement par les demanderessees ou leur représentant. Cela se démarque de l'affaire *GoldTV CF*. De l'avis de CIPPIC, l'ordonnance en l'espèce fait intervenir les principes de neutralité du Net d'une manière plus rigoureuse et ces principes devraient servir de facteur compensatoire en évaluant si la prépondérance des inconvénients penche en faveur de l'octroi de la réparation demandée par les demanderessees.

[277] En ce qui concerne la liberté d'expression, la CIPPIC fait valoir que la supervision judiciaire minime qui aura lieu par rapport au choix des services à bloquer et au fondement probatoire pour la sélection de ceux-ci porte atteinte à la liberté d'expression et à la politique publique. Elle souligne que le CRTC a récemment rejeté une proposition en vue de créer un organisme expert indépendant pour déterminer les sites Web portant atteinte au droit d'auteur pour le blocage obligatoire par les FAI canadiens (Décision de télécom CRTC 2018-384, le 2 octobre 2018 [précitée]). En outre, un comité parlementaire examinant la *Loi sur le droit d'auteur* a rejeté de manière similaire l'adoption d'un régime administratif accéléré semblable au modèle proposé au CRTC. Le comité a plutôt recommandé que les tribunaux demeurent en contrôle des décisions à savoir si une utilisation donnée constitue une violation du droit d'auteur et, le cas échéant, de prononcer des ordonnances pour réparer le manquement (Rapport du Comité

House of Commons, 42nd Parl., 1st Sess. (June 3, 2019), at pages 18 and 93–97).

[278] Finally, CIPPIC argues that the impact of any order on affordability and competition is a relevant consideration in assessing the balance of convenience in the Canadian context, given the terms of the *Telecommunications Act*. Among other considerations, CIPPIC observes that the relative burden of implementing the order will fall more heavily on smaller ISPs as compared with the larger tied ISPs. CIPPIC argues this is relevant because the balance of convenience must be assessed in regard to each distinct third party respondent.

[279] While I agree with many of the arguments advanced by CIPPIC on this point, having examined the totality of the arguments and evidence, and in light of the specific order that will be granted, I am satisfied that the balance of convenience weighs in favour of the plaintiffs.

[280] It is important to begin by recalling that I have already found a very strong *prima facie* case that the unknown defendants are engaged in blatant, ongoing infringement of the plaintiffs' copyright in the live NHL broadcasts. I have also found that these defendants have organized their affairs in a manner that makes it virtually impossible for the plaintiffs to pursue any of the traditional remedies for copyright infringement to put an end to the unlawful streaming. This is not seriously disputed.

[281] I have also already found that the proposed order would be effective in reducing the unlawful streaming of live NHL games, that the terms can be fixed such that it will not impose an undue burden on the third party respondents, and that the risks of over-blocking can be mitigated.

[282] The combined effect of these determinations weighs in the plaintiffs' favour.

permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, *Examen prévu par la loi de la Loi sur le droit d'auteur*, Chambre des communes, 42^e lég., 1^{re} sess. (3 juin 2019), aux pages 20, et 102 à 107).

[278] Enfin, la CIPPIC fait valoir que les répercussions de toute ordonnance sur l'abordabilité et la concurrence sont une considération pertinente dans l'évaluation de la prépondérance des inconvénients dans le contexte canadien, compte tenu des modalités de la *Loi sur les télécommunications*. Entre autres considérations, la CIPPIC observe que le fardeau relatif associé à la mise en œuvre de l'ordonnance touchera plus durement les plus petits FAI comparativement aux FAI liés plus importants. La CIPPIC prétend que cela est pertinent, car la prépondérance des inconvénients doit être évaluée par rapport à chaque tierce partie intimée distincte.

[279] Même si je suis d'accord avec de nombreux arguments présentés par la CIPPIC sur ce point, après avoir examiné l'ensemble des arguments et des éléments de preuve, et à la lumière de l'ordonnance précise qui sera accordée, je suis convaincu que la prépondérance des inconvénients penche en la faveur des demanderesse.

[280] Il est important de commencer en rappelant que j'ai déjà relevé une très solide preuve *prima facie* selon laquelle les défendeurs inconnus se livrent à une violation flagrante et continue du droit d'auteur des demanderesse à l'égard des diffusions de la LNH en direct. J'ai également conclu que ces défendeurs ont organisé leurs affaires d'une façon qui fait en sorte qu'il est pratiquement impossible pour les demanderesse de se prévaloir des recours traditionnels en matière de violation du droit d'auteur pour mettre fin à la diffusion en continu illégale. Ce point n'est pas sérieusement contesté.

[281] J'ai aussi déjà conclu que le projet d'ordonnance serait efficace pour ce qui est de réduire la diffusion en continu illégale de matchs de la LNH en direct, que les modalités peuvent être établies de façon à ne pas imposer un fardeau excessif aux tierces parties intimées et que les risques de surblocage peuvent être atténués.

[282] L'effet combiné de ces déterminations penche en faveur des demanderesse.

[283] I pause to note that I agree with the third party respondents that, if they were required to make significant investments in order to implement the order, and if the plaintiffs were not required to fully indemnify them for these costs, the balance of convenience factor would be more in favour of the ISPs, although the outcome would still not be certain. As explained below, in light of the current circumstances these concerns are addressed by the terms of the order.

[284] Turning to the CIPPIC submissions, I agree that many of the considerations they highlight are relevant and important in assessing where the balance of convenience lies, and ultimately in assessing the overall equities of the case.

[285] While the Court's jurisdiction to issue the requested relief does not lie in the provisions of the *Copyright Act*, I am persuaded that the balance of rights and interests set out in that statute is a relevant consideration in the exercise of my discretion whether to grant the relief and in setting its terms. The same applies for the provisions of the *Telecommunications Act*, in particular net neutrality and the importance of competition in the market.

[286] To be clear, the Court is not constrained from exercising its discretion by virtue of these statutes; rather, they help to set the context within which the Court will assess whether to grant the equitable relief sought, and on what terms. This is consistent with the holding in *GoldTV FCA*, and is particularly apt here given the unprecedented nature of the relief requested and the rights and interests affected.

[287] In addition, the impact of any order on freedom of expression is an important factor. However, it is of limited significance to the outcome here, given the restraints in the order to be granted and the fact that the focus of the activity is on unlawful streaming of broadcasts which have been found to constitute a strong *prima facie* case

[283] Je fais une pause pour souligner que je partage l'avis des tierces parties intimées voulant que, si elles étaient tenues de réaliser des investissements importants pour mettre en œuvre l'ordonnance et si les demandresses n'étaient pas tenues de les indemniser pour ces coûts, le facteur relatif à la prépondérance des inconvénients penche davantage en faveur des FAI, même si l'issue semblerait incertaine. Comme je l'explique ci-après, à la lumière des circonstances en l'espèce, les modalités de l'ordonnance répondent à ces préoccupations.

[284] En ce qui concerne les arguments de la CIPPIC, je conviens qu'un grand nombre des considérations qu'elle met en évidence sont pertinentes et importantes pour évaluer de quel côté penche la prépondérance des inconvénients et, ultimement, pour évaluer les équités générales de l'espèce.

[285] Même si les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* ne prévoient pas la compétence de la Cour pour ce qui est d'ordonner la réparation demandée, je suis convaincu que la prépondérance des droits et des intérêts établie dans cette loi représente une considération pertinente dans l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire d'accorder ou non la réparation et d'en établir les modalités. Il en va de même en ce qui concerne les dispositions de la *Loi sur les télécommunications*, notamment la neutralité du Net et l'importance de la concurrence dans le marché.

[286] Pour être clair, rien n'empêche la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de ces lois; en revanche, elles aident à établir le contexte dans lequel la Cour déterminera s'il convient d'accorder la réparation équitable demandée ainsi que les modalités de celle-ci. Cela est compatible avec la conclusion tirée dans l'arrêt *GoldTV CAF*, en plus de s'avérer particulièrement opportun en l'espèce compte tenu de la nature sans précédent de la réparation demandée ainsi que des droits et des intérêts concernés.

[287] En outre, l'incidence de toute ordonnance sur la liberté d'expression est un facteur important. Cependant, son importance est limitée relativement à l'issue en l'espèce, compte tenu des contraintes dans l'ordonnance à accorder et du fait que l'activité vise la diffusion en continu illégale de diffusions qu'on a jugée constituer une forte preuve

of copyright infringement. The concerns expressed by CIPPIC about the lack of ongoing judicial oversight are valid, but will be addressed in other ways, as explained below.

[288] Considering the impact of the order that will be granted on the interests of the plaintiffs and the third party respondents, as well as its impact on the rights and interests of the viewing public in Canada, I am satisfied that this factor is not a basis to reject the order sought. The rights and interests of all concerned can, in the very particular circumstances now facing the Court, be balanced and protected in a manner that meets the requirements of copyright enforcement, without unduly interfering with the ISPs operations or interests, or significantly interfering with the freedom of expression interests of the affected viewers.

[289] Some of these considerations have been discussed previously. It is not necessary to repeat that here, so I will only add a few points to address the remaining elements.

[290] On the issue of net neutrality, I am not persuaded by the plaintiffs' assertion that the principle is not affected by the order. Any requirement that ISPs consciously interrupt or interfere with a subscriber's access to their services *prima facie* implicates the principle of net neutrality, which generally means, "that all traffic on the Internet should be given equal treatment by ISPs. In other words, there should be no manipulation, preference, or discrimination, either through technical or economic means" ([*Framework for assessing the differential pricing practices of Internet service providers* (20 April 2017)] CRTC Telecom Regulatory Policy 2017-104, at paragraph 10). The fact that the content is said to be illegal does not prevent the principle from being affected, but neither is it entirely irrelevant that the content to be blocked here has been found to constitute a blatant and ongoing infringement of the plaintiffs' copyright in live NHL broadcasts.

prima facie d'atteinte au droit d'auteur. Les préoccupations exprimées par la CIPPIC concernant le manque de supervision judiciaire continue sont valides, mais seront traitées par d'autres moyens, comme je l'explique ci-après.

[288] Compte tenu des répercussions de l'ordonnance qui sera accordée à l'égard des intérêts et des tierces parties intimées, ainsi que de ses répercussions sur les droits et les intérêts des téléspectateurs au Canada, je suis convaincu que ce facteur ne constitue pas un fondement pour rejeter l'ordonnance sollicitée. Les droits et les intérêts de toutes les personnes concernées peuvent, dans les circonstances très particulières dont la Cour est désormais saisie, être mis en balance et protégés d'une façon qui satisfait aux exigences de l'application du droit d'auteur, sans nuire excessivement aux opérations ou aux intérêts des FAI, ou entraver de manière importante les intérêts en matière de liberté d'expression des téléspectateurs touchés.

[289] Certaines de ces considérations ont été abordées précédemment. Il n'est pas nécessaire de les répéter ici, j'ajouterai donc uniquement quelques points afin de traiter les éléments restants.

[290] Concernant la question de la neutralité du Net, je ne suis pas convaincu par l'affirmation des demanderesse voulant que l'ordonnance n'ait aucune incidence sur ce principe. Toute exigence selon laquelle les FAI doivent interrompre ou entraver consciemment l'accès d'un abonné à leurs services *prima facie* sous-tend le principe de la neutralité du Net, lequel signifie généralement « que tout le trafic sur Internet devrait être traité également par les [FAI]. Autrement dit, il ne devrait y avoir aucune manipulation, préférence ou discrimination, que ce soit par des moyens techniques ou économiques. » ([*Cadre d'évaluation des pratiques de différenciation des prix des fournisseurs de services Internet* (20 avril 2017)], Politique réglementaire de télécom CRTC 2017-104, au paragraphe 10). Le fait que le contenu soit soi-disant illégal n'empêche pas le principe d'être touché, cependant, il n'est pas non plus totalement hors de propos que le contenu à bloquer ait été jugé comme une violation flagrante et continue du droit d'auteur des demanderesse à l'égard des diffusions de la LNH en direct.

[291] Each situation should be assessed on its own merits, and in this case I am persuaded that net neutrality should not prevent the limited blocking to be required by the order here. I find that the safeguards put in place by the order, including the specific requirements imposed on the plaintiffs regarding the selection of the services to be identified for blocking and the extent to which this will result in under-blocking rather than over-blocking, will sufficiently protect net neutrality.

[292] In addition, I am also not persuaded by the plaintiffs' argument that the order does not engage the very strong protection for freedom of expression enshrined in the *Charter*. As with *GoldTV FC*, I find that freedom of expression—particularly the access to information aspect of the freedom—is an important consideration in assessing whether to grant or deny the remedy requested, but in the end it does not weigh in favour of denying the relief.

[293] First, the plaintiffs have established a strong *prima facie* case that the content to be blocked constitutes an ongoing infringement of their copyright. This is not simply an assertion of the plaintiffs; I have already found that the activity of streaming this content is *prima facie* unlawful. As stated in *Google*, at paragraph 49: “[e]ven if it could be said that the injunction engages freedom of expression issues, this is far outweighed by the need to prevent the irreparable harm that would result from Google’s facilitating Datalink’s breach of court orders.”

[294] Second, the nature, scope and duration of the blocking is limited and subject to a specific and detailed order. The order seeks to limit its impact on the interests of any member of the viewing public who wants to access legitimate content, and extends only to those who seek access to unauthorized content that is subject to the specific terms of the blocking order. I am satisfied that the risks of over-blocking are minimal.

[291] Chaque situation devrait être évaluée en fonction de son bien-fondé et, en l’espèce, je suis convaincu que la neutralité du Net ne devrait pas empêcher le blocage limité qui sera requis par l’ordonnance en l’espèce. J’estime que les mesures de protection mises en place par l’ordonnance, y compris les exigences particulières imposées aux demanderessees concernant la sélection des services à identifier à des fins de blocage et l’étendue selon laquelle cela donnera lieu à un sous-blocage plutôt qu’à un surblocage, protégeront suffisamment la neutralité du Net.

[292] En outre, je ne suis pas non plus convaincu par l’argument des demanderessees voulant que l’ordonnance ne fasse pas intervenir la très forte protection de la liberté d’expression enchâssée dans la Charte. Comme dans l’affaire *GoldTV CF*, je conclus que la liberté d’expression — notamment l’aspect de la liberté lié à l’accès à l’information — est une considération importante dans l’évaluation de la question de savoir s’il convient d’accorder ou de refuser le recours demandé; mais, en fin de compte, elle ne penche pas en faveur de refuser la réparation.

[293] En premier lieu, les demanderessees ont établi une forte apparence de droit que le contenu à bloquer constitue une violation continue de leur droit d’auteur. Il ne s’agit pas d’une simple affirmation des demanderessees; j’ai déjà conclu que l’activité de diffusion en continu illégale est à première vue illégale. Comme il est énoncé dans l’arrêt *Google*, au paragraphe 49 : « [m]ême si on pouvait dire que l’injonction soulève des questions relatives à la liberté d’expression, celles-ci sont largement contrebalancées par la nécessité d’empêcher le préjudice irréparable qui découlerait du fait que Google facilite la violation par Datalink des ordonnances judiciaires. »

[294] Ensuite, la nature, la portée et la durée du blocage sont limitées et assujetties à une ordonnance précise et détaillée. L’ordonnance a pour objet de limiter ses répercussions sur les intérêts des téléspectateurs qui souhaitent accéder à du contenu légitime et ne vise que les personnes qui souhaitent accéder à du contenu non autorisé qui est assujetti aux modalités précises de l’ordonnance de blocage. Je suis convaincu que les risques de surblocage sont minimes.

[295] Third, the order will require independent expert monitoring and verification of the steps taken under it. Although that is a *post facto* measure (i.e. it will not prevent any infringement of freedom of expression), it will serve to encourage all parties to pay scrupulous attention to the very specific details set out in the order, and it will ensure a degree of transparency for the parties, the Court and the wider public.

[296] On balance, I am satisfied that any potential infringement of freedom of expression guaranteed under the *Charter* will be limited, proportionate and justified.

(vi) Safeguards

[297] This factor requires that the relief include measures that safeguard against abuse. As noted above, the plaintiffs assert that a number of features of their requested order amount to safeguards against any misuse or overreach, while the third party respondents and CIPPIC contest the point and each proposes additions and refinements to the terms to better limit its reach.

[298] Because several of these arguments have been reviewed previously, and because in the section below on the terms of the order I will set out several requirements that are intended to safeguard against abuse, it is not necessary to discuss this factor in any detail. I find that it is possible to include measures that safeguard against any potential abuse by virtue of the order to be granted, including measures that go beyond those proposed by the plaintiffs. These are included in the order to be granted here.

(c) *Summary on Balance of Convenience*

[299] Stepping back from the details of the *Cartier* factors, and recalling the guidance from the Supreme Court of Canada in *Google*, I am required to assess whether, in

[295] Enfin, un expert indépendant devra assurer une surveillance et une vérification des mesures prises aux termes de l'ordonnance. Même s'il s'agit d'une mesure après les faits (c.-à-d. elle n'empêchera aucune violation de la liberté d'expression), elle servira à encourager toutes les parties à accorder une attention scrupuleuse aux détails très précis établis dans l'ordonnance et elle assurera un niveau de transparence pour les parties, la Cour et le grand public.

[296] Dans l'ensemble, je suis convaincu que toute violation éventuelle des garanties en matière de liberté d'expression prévues dans la Charte sera limitée, proportionnelle et justifiée.

(vi) Garanties

[297] Ce facteur exige que la réparation comprenne des mesures qui offrent des garanties contre l'abus. Comme il est indiqué ci-dessus, les demanderesse font valoir qu'un certain nombre de particularités de l'ordonnance qu'elles demandent équivaut à des garanties contre toute utilisation abusive ou portée excessive, alors que les tierces parties intimées et la CIPPIC contestent ce point et proposent chacune des ajouts et des mises au point aux modalités afin de mieux en limiter la portée.

[298] Étant donné que plusieurs de ces arguments ont déjà été examinés et parce que dans la section sur les modalités de l'ordonnance énoncée ci-après, j'établirai plusieurs exigences qui sont destinées à offrir des garanties contre les abus, il n'est pas nécessaire de discuter de ce facteur de manière détaillée. Je conclus qu'il est possible d'inclure des mesures qui protègent contre tout abus éventuel en vertu de l'ordonnance à accorder, y compris des mesures qui vont au-delà de celles proposées par les demanderesse. Ces mesures sont incluses dans l'ordonnance à accorder en l'espèce.

c) *Résumé sur la prépondérance des inconvénients*

[299] En prenant du recul par rapport aux détails concernant les facteurs énoncés dans l'affaire *Cartier* et en rappelant l'orientation de la Cour suprême du Canada

the circumstances of the matter, it is just and equitable to grant the equitable relief sought by the plaintiffs.

[300] The question is not free from doubt, and many of the cautions and concerns expressed by the third party respondents and CIPPIC are worthy of serious consideration. However, I am satisfied that in light of the current situation, and with the limits and requirements set out below, it is just and equitable to grant the plaintiffs the type of injunction they seek.

[301] It is particularly significant and therefore bears repeating that by the time the order is implemented, the NHL playoffs will have begun. This substantially reduces the overall burden on the third party respondents (as compared with the burden the order would impose if the regular season was still underway) and means that the order will only be in place for a very limited duration. It is important that the terms of the order, as explained below, will require the plaintiffs to indemnify the third party respondents for the costs they incur in implementing it, up to a fixed amount. It is also relevant that the order will specify that the third party respondents will only be required to block up to the limits of their current capacity, and that none of them will be required to acquire new capacity in order to comply with it. Finally, the terms of the order also require the plaintiffs to retain an independent expert, to monitor the steps taken by FMTS in assembling the list, to observe the blocking efforts of at least some of the third party respondents, and to provide a report to the parties and the Court, and later to the public, once the NHL playoffs end.

[302] The combined effect of these elements of the order tip the balance of convenience in favour of the plaintiffs. I repeat here that if the circumstances were different, for example, if the order had come into effect during the regular NHL season, the results may have been different, on the record before me. This does not foreclose the plaintiffs

dans l'arrêt *Google*, je suis tenu d'évaluer si, dans les circonstances de l'affaire, il est juste et équitable d'accorder la réparation équitable demandée par les demanderesse.

[300] La question n'est pas exempte de doute, et un grand nombre des mises en garde et des préoccupations exprimées par les tierces parties intimées et la CIPPIC sont dignes d'un examen rigoureux. Cependant, je suis convaincu qu'à la lumière de la situation actuelle, et avec les limites et exigences établies ci-après, il est juste et équitable d'accorder aux demanderesse le type d'injonction demandée.

[301] Il est particulièrement important et il vaut donc la peine de répéter qu'au moment où l'ordonnance sera mise en œuvre, les séries éliminatoires de la LNH auront commencé. Cela réduit considérablement le fardeau général imposé aux tierces parties intimées (comparativement au fardeau que l'ordonnance imposerait si la saison régulière était toujours en cours) et cela veut dire que l'ordonnance ne sera en place que pour une période très limitée. Il est important que les modalités de l'ordonnance, comme il est expliqué ci-après, exigent que les demanderesse indemnisent les tierces parties intimées pour les coûts engagés par ces dernières, jusqu'à concurrence d'un montant fixe. Il est également pertinent que l'ordonnance précise que les tierces parties intimées seront uniquement tenues d'effectuer un blocage jusqu'à concurrence des limites de leur capacité actuelle, et aucune d'elles ne sera tenue de faire l'acquisition d'une nouvelle capacité pour s'y conformer. Enfin, les modalités de l'ordonnance exigent également que les demanderesse retiennent les services d'un expert indépendant, pour assurer la surveillance des mesures prises par FMTS pour assembler la liste, pour observer les efforts de blocage d'au moins quelques-unes des tierces parties intimées, et de présenter un rapport aux parties et à la Cour, et ultérieurement au public, lorsque les séries éliminatoires de la LNH seront terminées.

[302] L'effet combiné de ces éléments de l'ordonnance fait pencher la prépondérance des inconvénients en faveur des demanderesse. Je répète ici que si les circonstances étaient différentes, par exemple, si l'ordonnance était entrée en vigueur pendant la saison régulière de la LNH, l'issue aurait pu être différente, d'après le dossier

from seeking other similar orders in the future, but it does put them on notice of the types of issues and concerns that should be addressed in any future request.

[303] On this last point, several third party respondents expressed concerns that any order granted here would open the floodgates, noting the evidence that Rogers Communications had asked FMTS to monitor other sports broadcasts in addition to the NHL. I am not persuaded that this is a live concern here, but I note that the cumulative cost and complexity burden that might be imposed by overlapping dynamic blocking orders covering multiple live sports broadcasts is a relevant consideration.

[304] I therefore find that the balance of convenience weighs in favour of granting an order of the type sought by the plaintiffs. Before turning to the terms of the order, I will discuss the costs of implementation.

V. Costs of Implementation

[305] The question of who pays for the implementation of the order was a major point of divergence between the parties, and a significant portion of the evidence and argument was devoted to this subject. At the core of the position of both sides is a concern about being required, by Court order, to subsidize their competitors.

[306] The plaintiffs proposed to indemnify the third party respondents for the reasonable marginal costs of their implementation of a system to automate the process of downloading the IP addresses and pushing those to their core routers. The third party respondents argued that this was totally insufficient and that they should be reimbursed for all of the costs they incur in implementing this unprecedented remedy. Based on the evidence submitted, these costs would amount to significant sums, in some instances reaching over one million dollars. One of the third party respondents indicated that it would have

dont je suis saisi. Cela n'empêche pas les demandereses de solliciter d'autres ordonnances similaires à l'avenir, mais cela les informe des types d'enjeux et de préoccupations qui devraient être abordés dans toute future demande.

[303] Sur ce dernier point, plusieurs tierces parties intimées ont exprimé des préoccupations selon lesquelles toute ordonnance accordée en l'espèce ouvrirait les vannes, soulignant la preuve que Rogers Communications avait demandé à FMTS de surveiller d'autres télédiffusions sportives en plus de la LNH. Je ne suis pas convaincu qu'il s'agisse d'une préoccupation actuelle en l'espèce, mais je fais remarquer que le fardeau relatif au coût cumulé et à la complexité qui pourrait être imposé par le chevauchement d'ordonnances de blocage dynamique couvrant plusieurs diffusions d'événements sportifs en direct est une considération pertinente.

[304] Par conséquent, je conclus que la prépondérance des inconvénients penche en faveur d'accorder une ordonnance du type demandé par les demandereses. Avant de me pencher sur les modalités de l'ordonnance, je parlerai des coûts de mise en œuvre.

V. Coûts de mise en œuvre

[305] La question de savoir qui doit payer pour la mise en œuvre de l'ordonnance a constitué un important point de divergence entre les parties, et une partie considérable des éléments de preuve et des arguments a été consacrée à ce sujet. Au cœur de la position des deux côtés, on trouve une préoccupation liée à l'obligation, en vertu d'une ordonnance de la Cour, de subventionner ses concurrents.

[306] Les demandereses ont proposé d'indemniser les tierces parties intimées pour les coûts marginaux raisonnables associés à la mise en œuvre d'un système permettant d'automatiser le processus de téléchargement des adresses IP et de les pousser vers leurs routeurs de cœur. Les tierces parties intimées ont fait valoir que cela était entièrement insuffisant et qu'on devrait leur rembourser l'intégralité des coûts qu'elles engagent relativement à la mise en œuvre de cette réparation sans précédent. D'après la preuve présentée, ces coûts s'élèveraient à des sommes importantes, atteignant plus d'un million de

to make substantial capital investments to replace all of its core routers; another indicated that it would have to acquire duplicate hardware to be able to monitor the outgoing traffic of its customers and to push the necessary configuration changes to its core routers.

[307] In light of their positions, both parties devoted significant time and resources to the question of cost of implementation. I will not discuss this evidence in any detail. There are two reasons for this.

[308] First, in light of the position adopted by the plaintiff at the hearing, and given the situation at the time the order will issue, it is not necessary to discuss these points.

[309] Second, I recognize that the plaintiffs may well seek a further order, either aimed at unlawful streaming of live NHL games for the next season, or of other live sports broadcasts, or both. Any discussion of the evidence presented here could only complicate a future assessment of any such motion based on fresh evidence relating to this issue, and so is best avoided here.

[310] At the hearing, the plaintiffs undertook to indemnify the third party respondents for their costs of implementation up to a maximum of \$50,000 each, and a term to this effect will be included in the order.

[311] While this amount may not have been sufficient to cover the costs of implementing an open-ended dynamic blocking order for a substantial portion of the NHL regular season, I find on the evidence it is sufficient to enable the third party respondents to undertake manual (or automated) site blocking for the remainder of the NHL playoffs. In light of the plaintiffs' undertaking, it is not necessary to deal with the other matters raised by the parties during the hearing. Those are best left for another day.

dollars dans certains cas. L'une des tierces parties intimées a indiqué qu'elle aurait à faire des investissements en capital importants pour remplacer l'ensemble de ses routeurs de cœur; une autre a indiqué qu'elle aurait à faire l'acquisition de matériel en double pour être en mesure de surveiller le trafic sortant de ses clients et d'apporter les modifications nécessaires à la configuration à ses routeurs de cœur.

[307] À la lumière de leurs positions, les deux parties ont consacré du temps et des ressources considérables à la question des coûts de mise en œuvre. Je n'aborderai pas ces éléments de preuve de façon détaillée. Deux raisons expliquent cette décision.

[308] Premièrement, à la lumière de la position adoptée par les demandesses lors de l'audience, et compte tenu de la situation au moment où l'ordonnance sera délivrée, il n'est pas nécessaire de parler de ces aspects.

[309] Deuxièmement, je reconnais que les demandesses pourraient très bien solliciter une autre ordonnance, visant la diffusion en continu illégale des matchs de la LNH en direct pour la prochaine saison, visant d'autres diffusions d'événements sportifs en direct, ou les deux. Toute discussion portant sur la preuve présentée en l'espèce ne pourrait que compliquer l'évaluation future d'une telle requête fondée sur de nouveaux éléments de preuve liés à cette question, il est donc préférable de l'éviter en l'espèce.

[310] Lors de l'audience, les demandesses se sont engagées à indemniser les tierces parties intimées pour leurs coûts de mises en œuvre jusqu'à concurrence de 50 000 \$ chacune. L'ordonnance comprendra une modalité à cet effet.

[311] Même si cette somme pourrait ne pas avoir été suffisante pour couvrir les coûts de mise en œuvre d'une ordonnance de blocage dynamique ouverte pendant une partie importante de la saison régulière de la LNH, je conclus d'après la preuve qu'elle suffit à permettre aux tierces parties intimées d'entreprendre le blocage de sites manuel (ou automatisé) pour le reste des séries éliminatoires de la LNH. À la lumière de l'engagement des demandesses, il n'est pas nécessaire de traiter des

autres questions soulevées par les parties pendant l'audience. Il est préférable de laisser ces questions pour un autre jour.

VI. Terms of the Order

[312] As with costs of implementation, it is not necessary to deal with many of the submissions on the specific terms of the proposed order, because I have simply incorporated many of them into the order that will issue, and much of the focus was on costs of implementation and the costs of the proceeding, which are discussed above and below respectively. There are four points, however, that merit some discussion to clarify terms and explain the underlying rationale.

[313] First, the third party respondents asserted that merely posting information on a website about the existence of the Court's order would be insufficient to inform their subscribers whose access was blocked about why they were being denied access. Instead, they argued that the order should require them to follow industry best practices by informing their customers whose access was blocked. However, the objecting third party respondents do not have the capacity to identify the specific customers, which requires technology called a Deep Packet Inspection (DPI) System. The third party respondents argued that they should be indemnified by the plaintiffs for their costs of acquiring and implementing such a system.

[314] I am not persuaded, at this stage, that such a requirement should be imposed. I accept that the order sets the minimum threshold, and any ISP that has the capacity to identify specific subscribers whose access has been blocked may want to do so. For the time being, however, I do not find that acquiring and implementing a DPI system should be imposed on all of the third party respondents, or that related costs should be imposed on the plaintiffs. The subscribers who are seeking to access the unlawful streams of live NHL games will have their access blocked, and if they wonder why, notices posted

VI. Modalités de l'ordonnance

[312] Comme pour les coûts de mise en œuvre, il n'est pas nécessaire de traiter les nombreux arguments portant sur les modalités particulières du projet d'ordonnance, car j'en ai simplement incorporé un grand nombre dans l'ordonnance que je délivrerai. Une part importante de celles-ci était axée sur les coûts de mise en œuvre et les coûts de l'instance, dont il est question ci-dessus et ci-après, respectivement. Il y a toutefois quatre points dont il convient de discuter afin de préciser les modalités et d'expliquer la justification sous-jacente.

[313] Dans un premier temps, les tierces parties intimées ont affirmé que le simple fait de publier des renseignements dans un site Web concernant l'existence de l'ordonnance de la Cour ne suffirait pas à informer leurs abonnés dont l'accès a été bloqué des raisons pour lesquelles on leur refuse l'accès. Elles font plutôt valoir que l'ordonnance devrait exiger d'elles de suivre les pratiques exemplaires de l'industrie en informant leurs clients dont l'accès a été bloqué. Cependant, les tierces parties intimées en cause n'ont pas la capacité d'identifier les clients précis, ce qui nécessite une technologie appelée système d'inspection approfondie des paquets (IAP). Les tierces parties intimées ont répondu qu'elles devraient être indemnisées par les demanderesse pour leurs coûts d'acquisition et de mises en œuvre d'un tel système.

[314] Je ne suis pas convaincu, à ce stade, qu'une telle exigence devrait être imposée. Je retiens que l'ordonnance établit le seuil minimal et que tout FAI qui possède la capacité d'identifier des abonnés précis dont l'accès a été bloqué pourrait vouloir le faire. Pour le moment, toutefois, je ne suis pas d'avis que l'acquisition et la mise en œuvre d'un système d'IAP devraient être imposées à l'ensemble des tierces parties intimées, ou que les coûts connexes devraient être imposés aux demanderesse. L'accès des abonnés qui cherchent à avoir accès aux diffusions en continu illégales de matchs de la LNH

on publicly accessible site(s) will help to inform them. Plus, it can be expected that once the order becomes public it will attract a certain amount of attention, at least among those who pay attention to these sorts of activities. Finally, the order will include safeguards to prevent over-blocking, so the concern that customers of the third party respondents might be blocked from accessing legitimate content will be minimized.

[315] I agree with the third party respondents and CIPPIC that the plaintiffs should be encouraged to take steps to publicize the existence of the order, and should establish a consolidated single point of contact to provide information about the order. I will not specifically order that these further steps be taken, however, since the requirement to post the order and an explanation of why it was sought, what it does and who to contact in case of questions or complaints, will be included.

[316] The next issue concerns whether it was necessary to set out the terms of any application for a renewal or extension of the order. Based on their experience with *GoldTV FC*, the third party ISPs sought to include a number of safeguards to ensure that they would not be taken by surprise by an urgent application on the part of the plaintiffs. It is not entirely clear that this will be relevant because the order will expire at the end of the NHL season. It will be for the plaintiffs to decide whether they wish to seek to renew it, and if they do so a procedure that is fair to all sides will be followed.

[317] Several of the third party respondents and CIPPIC proposed that the plaintiffs should be required to retain an independent expert to report on the implementation and effectiveness of the order. In view of the unprecedented nature of the remedy, concerns both about the selection of services to be blocked and the possible impact on subscribers seeking access to legitimate content, and in view of the financial interest of FMTS in the outcome, it was suggested that an independent third party expert should be retained to perform this function.

en direct sera bloqué et, s'ils se demandent pourquoi, des avis publiés dans des sites accessibles au public aideront à les informer. En outre, on peut s'attendre à ce que, une fois que l'ordonnance deviendra publique, elle attire une certaine attention, à tout le moins chez ceux qui accordent une attention à ces types d'activités. Enfin, l'ordonnance comprendra des garanties visant à prévenir le surblocage, la préoccupation selon laquelle on pourrait bloquer l'accès des clients des tierces parties intimées à du contenu légitime sera donc réduite au minimum.

[315] Je partage l'avis des tierces parties intimées et de la CIPPIC voulant que les demandereses doivent être encouragées à prendre des mesures afin de publiciser l'existence de l'ordonnance, en plus d'établir un point de contact unique consolidé afin de fournir des renseignements à propos de l'ordonnance. Toutefois, je n'ordonnerai pas expressément la prise de ces mesures supplémentaires, étant donné que l'exigence de publier l'ordonnance et une explication de la raison pour laquelle on en a fait la demande, de ce qu'elle fait et de la personne à contacter en cas de questions ou de plaintes, sera incluse dans les modalités.

[316] La prochaine question porte sur la question de savoir s'il était nécessaire d'établir les modalités de toute demande de renouvellement ou de prorogation de l'ordonnance. En s'appuyant sur leur expérience dans l'affaire *GoldTV CF*, les FAI tiers ont cherché à inclure un certain nombre de garanties pour veiller à ne pas être pris par surprise par une demande urgente formulée par les demandereses. On ignore si cela sera pertinent, car l'ordonnance sera échuë à la fin de la saison de la LNH. Il incombera aux demandereses de décider si elles souhaitent renouveler l'ordonnance et, le cas échéant, une procédure qui est équitable pour toutes les parties sera suivie.

[317] Plusieurs des tierces parties intimées et la CIPPIC ont formulé une proposition voulant que les demandereses soient tenues de retenir les services d'un expert indépendant pour établir un rapport sur la mise en œuvre et l'efficacité de l'ordonnance. Compte tenu de la nature sans précédent de la réparation, des préoccupations concernant à la fois la sélection des services à bloquer et les répercussions éventuelles sur les abonnés qui tentent d'accéder à du contenu légitime, et compte tenu de l'intérêt financier de FMTS à l'égard de l'issue, on a

[318] I agree with the concerns expressed about the lack of independent oversight or verification. The evidence from FMTS about its experience in other jurisdictions, and in particular its evidence that it has not received any complaints and is not aware of any significant over-blocking, is significant, so far as it goes. However, given the interests involved, FMTS's lack of any experience in Canada with this type of order, and the absence of evidence in the record of any independent verification of FMTS's work elsewhere, the counsel of prudence would suggest that the Court adopt an attitude of "trust but verify" in this instance. This is similar to the "evaluate, measure and verify" approach suggested by Beanfield.

[319] For that reason, the order will require the plaintiffs to retain an independent expert, to be selected with input from the third party respondents, and if necessary, subject to selection among a list of candidates presented for approval of the Court. This expert will have several tasks that will have to be completed in two stages.

[320] First, the expert will review [***] to ensure [***]; review the implementation of the blocking by at least some of the third party respondents; and then submit a confidential report to the parties and the Court on these subjects.

[321] Second, the expert will review information presented by any of the parties on the effectiveness of the order, and will provide the parties and the Court with a confidential report on that topic. Of necessity, the second report will take some time, and so the order sets different deadlines for each.

[322] Once these reports are submitted, the parties may make submissions as to any portions of either report that involve confidential matters, and propose redactions or suggested replacement text to protect that information.

proposé de retenir les services d'un expert indépendant pour accomplir cette fonction.

[318] Je partage les préoccupations soulevées à propos du manque de surveillance ou de vérification indépendante. La preuve de FMTS à propos de son expérience dans d'autres ressorts, plus particulièrement sa preuve selon laquelle elle n'avait reçu aucune plainte et qu'elle n'est informée d'aucun surblocage important, est importante, dans une certaine mesure. Cependant, compte tenu des intérêts concernés, l'absence d'une expérience quelconque de FMTS au Canada avec ce type d'ordonnance ainsi que de l'absence de preuve au dossier relativement à toute vérification indépendante du travail de FMTS ailleurs, le conseil de prudence laisse entendre que la Cour adopte une attitude de « faire confiance, mais vérifier » dans la présente espèce. Il s'agit d'une approche similaire à l'approche [TRADUCTION] « évaluer, mesurer et vérifier » proposée par Beanfield.

[319] Pour cette raison, l'ordonnance exigera que les demandereses retiennent les services d'un expert indépendant, lequel sera sélectionné à l'aide des commentaires des tierces parties intimées et, au besoin, assujéti à une sélection parmi une liste de candidats présentée aux fins d'approbation par la Cour. Cet expert aura plusieurs tâches qui devront être achevées en deux étapes.

[320] En premier lieu, l'expert passera en revue [***] pour s'assurer que [***]; examinera la mise en œuvre du blocage par au moins quelques-unes des tierces parties intimées; puis présentera un rapport confidentiel aux parties et à la Cour sur ces sujets.

[321] Deuxièmement, l'expert examinera les renseignements présentés par l'une des parties sur l'efficacité de l'ordonnance, il remettra un rapport confidentiel sur ce sujet aux parties et à la Cour. Par la force des choses, il faudra un certain temps pour établir le deuxième rapport, l'ordonnance fixe donc des échéanciers différents pour chacun d'eux.

[322] Une fois que ces rapports auront été présentés, les parties peuvent présenter des observations quant aux parties de l'un ou l'autre des rapports qui portent sur des questions confidentielles, et proposer des caviardages ou

Once the Court considers these, a consolidated public version of the Expert's Report will be made available to the public, by posting on the websites of the parties.

[323] By this measure, a degree of independent verification and oversight will occur, and the parties and the Court will be able to assess the degree to which the order was properly targeted, the issues (if any) associated with its actual implementation, and its effectiveness. It also increases the transparency about the process to the public.

[324] Finally, CIPPIC expressed a concern about the scope of the confidentiality asserted by the plaintiffs, arguing that it was broader than was needed and did not reflect the "strong presumption in favour of open courts" recently affirmed in *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75, at paragraph 2. I agree with these concerns, and while there is no doubt that a certain amount of the material in the record is highly confidential, it is equally certain that some portions of the evidence and submissions can be made public. That is why the Court provided a confidential draft of the order and reasons to the parties, and the version that is released takes into account their submissions on this question. In addition, the confidentiality order will remain in place until submissions are received regarding the parts of the record that can and should be made public. A further, narrower, confidentiality order will then be issued.

VII. Costs

[325] The plaintiffs have succeeded in obtaining the relief they seek, although on significantly different terms than they had requested. Similarly, although the third party respondents did not succeed in preventing the issuance of the order, many of their submissions were accepted and others have been overtaken by events (but may arise at a future point in time). So, it is fair to say that success is divided.

des suggestions de remplacement de texte afin de protéger ces renseignements. Une fois que la Cour les aura examinés, une version publique consolidée du rapport d'expert sera communiquée au public, en étant publiée dans les sites Web des parties.

[323] Cette mesure permettra d'assurer un certain degré de vérification et de supervision indépendantes, et les parties et la Cour seront en mesure d'évaluer le degré selon lequel l'ordonnance était bien ciblée, les questions (le cas échéant) associées à sa mise en œuvre réelle ainsi que son efficacité. Cette mesure permet aussi d'accroître la transparence du processus pour le public.

[324] Enfin, la CIPPIC a exprimé une préoccupation quant à la portée de la confidentialité revendiquée par les demanderesse, en faisant valoir qu'elle était plus vaste que nécessaire et qu'elle ne tenait pas compte de la « forte présomption en faveur de la publicité des débats judiciaires » récemment confirmée dans l'arrêt *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75, au paragraphe 2. Je partage ces préoccupations et, même s'il ne fait aucun doute que le dossier comprendra une certaine quantité de documents qui sont hautement confidentiels, il est tout aussi certain que certaines parties des éléments de preuve et des arguments peuvent être rendus publics. C'est la raison pour laquelle la Cour a fourni une version confidentielle de l'ordonnance et des motifs aux parties, et la version qui est publiée tient compte de leurs arguments sur cette question. En outre, l'ordonnance de confidentialité demeurera en vigueur jusqu'à ce que des arguments soient reçus en ce qui concerne les parties du dossier qui peuvent et qui devraient être rendues publiques. Une autre ordonnance de confidentialité, plus précise, sera alors délivrée.

VII. Dépens

[325] Les demanderesse ont réussi à obtenir la réparation sollicitée, bien que selon des modalités considérablement différentes de celles qu'elles avaient demandées. De manière similaire, bien que les tierces parties intimées n'aient pas réussi à empêcher la délivrance de l'ordonnance, j'ai retenu un grand nombre de leurs arguments et d'autres ont été dépassés par les événements (mais pourraient être soulevés éventuellement). Il est donc juste

[326] Some of the third party respondents sought full recovery of their costs; some did not seek costs. In my view, in view of the unprecedented nature of the order sought, the manner in which the case proceeded, and in light of the divided success, I will not order costs to any party. Each party will bear its own costs in this proceeding. Although each case must be assessed on its merits, and in consideration of the factors set out in rule 400 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, I note in passing that this was also the outcome in *GoldTV FC*.

VIII. Conclusion

[327] Unlawful streaming of live NHL games is, on the evidence before the Court, a significant and ongoing breach of the plaintiffs' copyright in these broadcasts. It is, undoubtedly, a blatant infringement of their interests and they are entitled to a remedy to seek to thwart it.

[328] By the same token, the third party respondents that will be affected by the order granted are entirely innocent of any wrongdoing, drawn into this matter simply because their networks are the conduits through which the unlawful streaming occurs. Although they earn income from their subscribers, at least some of whom are likely engaging in the unlawful activity, there is no evidence that any of the third party respondents have encouraged or otherwise supported their customers' behaviour. Having become ensnared in all of this, the third party respondents also have legitimate rights and interests they seek to protect, and the order is tailored to reflect these and to seek to minimize the burden imposed on the innocent parties.

[329] In addition, the wider public interest is implicated, including the balancing of rights and interests reflected in the statutes that otherwise govern the affairs of the parties here—namely the *Copyright Act* and the

de dire que les deux parties ont eu partiellement gain de cause.

[326] Une partie des tierces parties intimées ont demandé le recouvrement intégral de leurs dépens; certaines n'ont présenté aucune demande relative aux dépens. Selon moi, compte tenu de la nature sans précédent de l'ordonnance sollicitée, de la façon dont l'instance s'est déroulée et à la lumière du succès partagé, je n'accorderai aucuns dépens à aucune partie. Chaque partie assumera ses propres dépens dans le cadre de la présente instance. Même si chaque affaire doit être évaluée en fonction de son bien-fondé et, en tenant compte des facteurs énoncés à la règle 400 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, je souligne au passage que cela correspond également à l'issue dans l'affaire *GoldTV CF*.

VIII. Conclusion

[327] La diffusion illégale de matchs de la LNH en direct est, d'après la preuve dont la Cour est saisie, une violation importante et continue du droit d'auteur des demanderesse à l'égard de ces diffusions. Il s'agit indubitablement, d'une violation flagrante de leurs intérêts et elles ont droit à une réparation pour la contrecarrer.

[328] Par ailleurs, les tierces parties intimées qui seront touchées par l'ordonnance sont entièrement innocentes de tout acte répréhensible, sont entraînées dans cette affaire simplement parce que leurs réseaux sont les conduits par l'intermédiaire desquels la diffusion en continu illégale a lieu. Même si elles tirent un revenu de leurs abonnés, dont à tout le moins certains s'adonnent vraisemblablement à l'activité illégale, il n'y a aucun élément de preuve selon lequel les tierces parties intimées ont encouragé ou par ailleurs soutenu le comportement de leurs clients. Ayant été prises au piège dans tout cela, les tierces parties intimées ont aussi des droits et des intérêts légitimes qu'elles cherchent à protéger, et l'ordonnance est adaptée afin d'en tenir compte et pour tenter de réduire au minimum le fardeau imposé aux parties innocentes.

[329] De plus, plus l'intérêt public concerné est grand, y compris la mise en balance des droits et des intérêts pris en compte dans les lois qui régissent par ailleurs les affaires des parties en l'espèce — à savoir la *Loi sur le*

Telecommunications Act—as well as the fundamental guarantee of freedom of expression set out in the *Charter*.

[330] For the reasons set out above, I have concluded that the procedure—as it actually transpired—was not unfair to the third party respondents, and thus the relief is not denied on that ground.

[331] Applying the three-part test that governs mandatory interlocutory injunctions, and in particular following the general guidance set out in *GoldTV FC* and *GoldTV FCA*, I find that the plaintiffs have established a strong *prima facie* case of copyright infringement by unknown defendants who almost exclusively operate overseas and take steps to hide their identities. I also find that the plaintiffs have established irreparable harm because of the ongoing infringement of their copyright through the unlawful streaming of broadcasts of live NHL games, and that the order of the kind sought by the plaintiffs is necessary to try to stop it.

[332] Finally, applying the factors set out in the jurisprudence, which collectively seek to ensure that any order imposed is proportional to the harm sought to be prevented, I find that the balance of convenience weighs in favour of the plaintiffs, in the particular circumstances of the case at the time the order is being issued.

[333] As explained in the reasons set out above, the order proposed by the plaintiffs was modified to take into account the interests of the third party respondents, as well as the wider public policy considerations relevant to the dynamic site blocking order awarded here and identified by CIPPIC. Some important limitations were included, such as the requirement that ISPs only block up to their then-current capacity. Some limits arose simply by virtue of circumstance, most importantly that the number of games broadcast on any given night was significantly reduced because the NHL playoffs had begun by the time the order is issued. In addition, some elements were added

droit d'auteur et la *Loi sur les télécommunications* — ainsi que la garantie fondamentale de la liberté d'expression établie dans la Charte.

[330] Pour les motifs énoncés ci-dessous, j'ai conclu que la procédure — de la façon dont elle s'est réellement déroulée — n'était pas inéquitable pour les tierces parties intimées et, par conséquent, la réparation n'est pas rejetée pour ce motif.

[331] En appliquant le critère à trois volets qui régit les injonctions interlocutoires obligatoires et, plus particulièrement, en suivant l'orientation générale établie dans l'affaire *GoldTV CF* et dans l'arrêt *GoldTV CAF*, je conclus que les demanderesse ont établi une forte preuve *prima facie* de violation du droit d'auteur par des défendeurs inconnus qui mènent leurs activités presque exclusivement à l'étranger et qui prennent des mesures pour dissimuler leurs identités. Je conclus également que les demanderesse ont établi un préjudice irréparable en raison de la violation continue de leur droit d'auteur par l'intermédiaire de la diffusion en continu illégal de matchs de la LNH en direct, et que l'ordonnance du type sollicité par les demanderesse est nécessaire afin de tenter d'y mettre fin.

[332] Enfin, en appliquant les facteurs énoncés dans la jurisprudence, qui cherche collectivement à assurer que toute ordonnance imposée est proportionnelle au préjudice que l'on cherche à empêcher, je conclus que la prépondérance des inconvénients penche en faveur des demanderesse, dans les circonstances particulières de l'espèce au moment où l'ordonnance est délivrée.

[333] Comme je l'ai expliqué dans les motifs énoncés ci-dessus, l'ordonnance proposée par les demanderesse a été modifiée pour tenir compte des intérêts des tierces parties intimées, ainsi que des considérations en matière de politiques publiques pertinentes pour l'ordonnance de blocage dynamique de sites accordée en l'espèce et déterminées par la CIPPIC. Certaines limitations importantes ont été incluses, par exemple l'exigence selon laquelle les FAI assurent un blocage correspondant à leur capacité à ce moment. Certaines limites ont été soulevées simplement en vertu de la situation, surtout que le nombre de matchs diffusés n'importe quel soir donné

to ensure greater transparency, in light of the important public interests implicated by the order.

[334] In light of the divided success, no costs are awarded.

[335] In closing, I want to acknowledge the cooperation of the parties and the efforts of Court staff that were needed to make this hearing a success. The hearing involved multiple parties and many counsel and observers were in attendance. It was conducted in a hybrid format, with some parties participating in person and others joining by Zoom videoconference. The hearing was bilingual, so translation was required. And, at times the hearing had to be “closed” to deal with confidential or highly confidential material. There were, as they say, many moving parts. The combined efforts of the parties and the Court staff allowed the hearing to proceed smoothly, and that should be acknowledged here.

ORDER

THE COURT ORDERS that:

1. The plaintiff’s motion for an interlocutory injunction is granted, on the terms set out below.
2. There is no order as to costs.

TERMS OF THE ORDER

3. In this order, “NHL Live Game” refers to the live footage of a National Hockey League (NHL) game and/or the live television program produced by adding text, images, videos, commentaries and/or animations to said footage, and which is produced and/or broadcast by the plaintiffs in Canada under license from the NHL or its Canadian franchise teams.

était considérablement réduit parce que les séries éliminatoires de la LNH avaient commencé au moment de la délivrance de l’ordonnance. En outre, certains éléments ont été ajoutés pour assurer une plus grande transparence, à la lumière des intérêts publics importants sous-entendus par l’ordonnance.

[334] Les parties ayant chacune obtenu partiellement gain de cause, il n’y aura pas d’adjudication des dépens.

[335] En conclusion, je tiens à reconnaître la coopération des parties et les efforts du personnel de la Cour qui ont été nécessaires pour assurer la réussite de l’audience. L’audience concernait plusieurs parties, et de nombreux avocats et observateurs étaient présents. L’audience s’est déroulée dans un format hybride, certaines parties y participant en personne et d’autres, par vidéoconférence Zoom. L’audience était bilingue, une traduction était donc requise. À l’occasion, l’audience a dû être « tenue à huis clos » pour traiter de documents confidentiels ou hautement confidentiels. Il y avait, comme on le dit, de nombreux rouages. Les efforts combinés des parties et du personnel de la Cour ont permis à l’audience de se dérouler sans heurts, il convient donc de le reconnaître ici.

ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que :

1. La requête des demandereses en injonction interlocutoire est accordée, selon les modalités établies ci-après.
2. Aucuns dépens ne sont adjugés.

MODALITÉS DE L’ORDONNANCE

3. Dans la présente ordonnance, l’expression « match de la LNH en direct » renvoie à l’enregistrement en direct d’un match de la Ligue nationale de hockey (LNH) ou d’une émission de télévision en direct produite par l’ajout de texte, d’images, de vidéos, de commentaires ou d’animations audit enregistrement, lequel est produit ou diffusé par les demandereses au Canada en vertu d’une licence de la LNH ou de ses équipes de franchises canadiennes.

4. Subject to the terms of this order, the third party respondents shall, during each of the NHL Live Game Windows (as this term is defined in Confidential Schedule 2 of this order) specified in Schedule 1 of this order, block or attempt to block access, by at least their residential wireline Internet service customers, to each of the IP addresses for the Target Servers (as this term is defined in confidential Schedule 2 of this order and as may be hereafter varied) which the plaintiffs or their appointed agent have notified to the third party respondents in accordance with this order.

4.1 Timing of Implementation

- a) The third party respondents shall begin to block access to the specified IP addresses under this order immediately, if they are in a position to do so;
 - b) Any third party that cannot begin immediately shall take steps to comply without delay, and in any case shall begin to block access under this order no later than seven days after it is issued;
 - c) Any third party respondent that is unable to fully comply with the terms of this order within 15 days shall advise the plaintiff, pursuant to the terms of paragraph 8.
5. The plaintiffs shall collectively appoint a single agent to fulfill the duties outlined in this order (the “Agent”).

4. Sous réserve des modalités de la présente ordonnance, les tierces parties intimées doivent, pendant chacune des fenêtres de matchs en direct de la LNH (au sens de l’annexe confidentielle n° 2 de la présente ordonnance), précisée à l’annexe n° 1 de la présente ordonnance, bloquer ou tenter de bloquer l’accès, à tout le moins à leurs clients de services Internet filaires résidentiels, à chacune des adresses IP pour les serveurs cibles (au sens de l’annexe confidentielle n° 2 de la présente ordonnance et pouvant être modifiée par la suite) que les demanderesse ou leurs représentants désignés ont signalés aux tierces parties intimées conformément à la présente ordonnance.

4.1 Moment de la mise en œuvre

- a) Les tierces parties intimées doivent commencer à bloquer l’accès aux adresses IP précisées en vertu de la présente ordonnance immédiatement, si elles sont en mesure de le faire.
 - b) Toute tierce partie qui n’est pas en mesure de commencer immédiatement doit prendre des mesures pour se conformer à l’ordonnance sans tarder et, de toute façon, doit commencer à bloquer l’accès en vertu de la présente ordonnance au plus tard dans les sept (7) jours suivant la date à laquelle elle est délivrée.
 - c) Toute tierce partie intimée qui n’est pas en mesure de se conformer aux modalités de la présente ordonnance dans les quinze (15) jours doit informer la demanderesse, en application des modalités du paragraphe 8.
5. Les demanderesse doivent nommer collectivement un représentant unique pour s’acquitter des fonctions décrites dans la présente ordonnance (le représentant).

-
- 5.1 The Agent may notify to the third party respondents an IP address to be blocked as a Target Server pursuant to paragraph of this order if:
- (a) The Agent has detected that the IP address is being used:
- (i) during an NHL Live Game Window to communicate an NHL Live Game to the public by telecommunication without authorization; or
- (ii) during the pre-monitoring period (as defined in Confidential Schedule 2 of this order) to communicate to the public by telecommunication without authorization one of the plaintiffs' stations on which an NHL Live Game is scheduled to be broadcast during the NHL Live Game Window; or
- (iii) in a manner that meets one or more of the detection conditions specified in paragraph (c) and (d) of Confidential Schedule 2 of this order; and
- (b) the Agent has concluded that at the time of the detection the IP address satisfies the safeguard requirements of paragraph 2(e) and (f) of Confidential Schedule 2 of this order.
6. Upon the conclusion of each NHL Live Game Window, the Agent shall give notice to the third party respondents in accordance with this order to unblock all Target Servers that have previously been notified for blocking during the NHL Live Game Window. The third party respondents shall use reasonable efforts to unblock as soon as reasonably practical after the end of the NHL Live Game Window.
- 5.1 Le représentant peut informer les tierces parties intimées d'une adresse IP à bloquer à titre de serveur cible, en application d'un paragraphe de la présente ordonnance si :
- a) le représentant a détecté que l'adresse IP est utilisée :
- (i) pendant une fenêtre de match de la LNH en direct pour communiquer un match de la LNH en direct au public à l'aide d'un moyen de télécommunication sans autorisation;
- (ii) pendant la période de surveillance préalable (au sens de l'annexe confidentielle n° 2 de la présente ordonnance) pour communiquer au public à l'aide d'un moyen de télécommunication sans l'autorisation de l'une des stations des demandresses sur lesquelles la diffusion d'un match de la LNH en direct est prévue pendant la fenêtre de matchs de la LNH en direct;
- (iii) d'une façon qui satisfait à une ou plusieurs des conditions de détection précisées aux alinéas c) et d) de l'annexe confidentielle n° 2 de la présente ordonnance;
- b) le représentant a conclu qu'au moment de la détection, l'adresse IP satisfait aux exigences en matière de garanties des alinéas 2e) et f) de l'annexe confidentielle n° 2 à la présente ordonnance.
6. À la conclusion de chaque fenêtre de matchs de la LNH en direct, le représentant doit aviser les tierces parties intimées conformément à la présente ordonnance afin de débloquent tous les serveurs cibles qui ont précédemment été désignés aux fins de blocage pendant la fenêtre de matchs de la LNH en direct. Les tierces parties intimées doivent mettre en œuvre des efforts raisonnables pour les

-
- débloquer dès qu'il est raisonnablement pratique de le faire après la fin de la fenêtre de matchs de la LNH en direct.
7. The third party respondents have no obligation to verify whether the IP addresses to be blocked as Target Servers notified by the Agent pursuant to this order have been correctly identified, and are wholly reliant on the plaintiffs or their appointed agent accurately identifying and communicating to the third party respondents such IP addresses in compliance with this order.
 8. A third party respondent will be deemed to have complied with paragraph of this order if it uses either manual or automated IP address blocking, or an alternative or equivalent technical means (provided that the third party respondent provides reasonable notice to the plaintiffs of said alternative or equivalent means). If a third party respondent is unable to implement either manual or automated IP address blocking, or IP address rerouting, or alternative or equivalent technical means, that third party respondent shall, within 15 business days of this order, notify the plaintiffs, of the step(s) it has taken and why it will be unable to comply with the order.
 9. When blocking access to an IP address pursuant to paragraph of this order, the third party respondents shall use reasonable efforts, subject to the limits of their networks and resources, to disable access to the IP address as soon as practicable following the notification by the plaintiffs or their appointed Agent pursuant to this order. A third party respondent will be deemed to have complied with paragraph of this order if it uses the technical means set out in paragraph of this order within 30 minutes of the start of an NHL Live Game Window and at least every hour thereafter until the end of the NHL Live Game Window, or according to such other schedule as may be agreed between the relevant third party respondent and the plaintiffs in writing.
7. Les tierces parties intimées n'ont aucune obligation de vérifier si les adresses IP à bloquer en tant que serveurs cibles désignés par le représentant en application de la présente ordonnance ont été bien identifiées, et dépendent entièrement du fait que les demanderesse ou leur représentant désigné identifier et communiquent précisément aux tierces parties intimées de telles adresses IP conformément à la présente ordonnance.
 8. Une tierce partie intimée sera réputée s'être conformée au paragraphe de la présente ordonnance s'il utilise un blocage d'adresses IP manuel ou automatisé, ou un moyen technique autre ou équivalent (à condition que la tierce partie intimée communique un préavis raisonnable aux demanderesse dudit moyen autre ou équivalent). Si une tierce partie intimée n'est pas en mesure de mettre en œuvre le blocage d'adresses IP manuel ou automatisé, ou le réacheminement des adresses IP, ou un moyen technique autre ou équivalent, les tierces parties intimées doivent, dans les quinze (15) jours ouvrables suivant la présente ordonnance, informer les demanderesse, des mesures qu'elles ont prises et des raisons pour lesquelles elles ne seront pas en mesure de se conformer à l'ordonnance.
 9. Au moment de bloquer l'accès à une adresse IP en application d'un paragraphe de la présente ordonnance, les tierces parties intimées doivent mettre en œuvre des efforts raisonnables, sous réserve des limites de leurs réseaux et de leurs ressources, pour désactiver l'accès à l'adresse IP dès que possible après avoir été avisées par les demanderesse ou leur représentant désigné en application de la présente ordonnance. Une tierce partie intimée sera réputée s'être conformée au paragraphe de la présente ordonnance si elle utilise les moyens techniques énoncés au paragraphe de la présente ordonnance dans les trente (30) minutes suivant le début d'une fenêtre de matchs de la LNH en direct et à tout le moins chaque heure par la suite jusqu'à

la fin de la fenêtre de matchs de la LNH en direct, ou conformément à tout autre horaire pouvant être convenu par écrit entre la tierce partie intimée pertinente et les demanderesse.

10. A third party respondent shall not be in breach of this order if it temporarily suspends its compliance with paragraph, in whole or in part, when such suspension is reasonably necessary:

- (a) to correct or investigate potential over-blocking that is caused or suspected to be caused by the steps taken pursuant to paragraph;
- (b) to maintain the integrity or quality of its Internet services or the functioning of its network and/or system(s);
- (c) to upgrade, troubleshoot or maintain its Internet services or blocking system(s), including as a result of technical or capacity limitations of its blocking system(s); or
- (d) to prevent or respond to an actual or potential security threat to its network or systems,

provided that:

- (e) the third party respondent gives notice to the plaintiffs as soon as reasonably practical in advance of, during or following such suspension and provides the reason for such suspension and an estimate of its duration, or if the suspension does not last longer than 48 hours, uses commercially reasonable efforts to maintain a record of the suspension and provides that record to the plaintiffs upon request; and
- (f) the suspension lasts no longer than is reasonably necessary.

10. Une tierce partie intimée ne doit pas être en contravention avec la présente ordonnance si elle suspend temporairement sa conformité par rapport au paragraphe, en tout ou en partie, lorsqu'une telle suspension est raisonnablement nécessaire :

- a) pour corriger ou enquêter sur le surblocage éventuel qui est causé ou soupçonné d'être causé par les mesures prises en application du paragraphe;
- b) pour maintenir l'intégrité ou la qualité de ses services Internet ou le fonctionnement de son réseau ou de ses systèmes;
- c) pour mettre à niveau, dépanner ou entretenir ses services Internet ou ses systèmes de blocage, y compris en raison des limites techniques ou de la capacité de ses systèmes de blocage;
- d) pour empêcher une menace réelle ou potentielle pour la section à l'égard de son réseau ou de ses systèmes, ou y répondre;

sous réserve de ce qui suit :

- e) la tierce partie intimée avise les demanderesse dès qu'il est raisonnablement pratique de le faire, pendant ou après une telle suspension, et présente le motif d'une telle suspension ainsi qu'une estimation de sa durée ou, si la durée de la suspension est d'au plus 48 heures, elle fait des efforts raisonnables sur le plan commercial pour maintenir un dossier sur la suspension et remet ce dossier aux demanderesse sur demande;
- f) la suspension dure plus longtemps qu'il est raisonnablement nécessaire.

For greater certainty, a third party respondent shall not be in breach of this order where it suspends in part compliance with paragraph 2 because the capacity of its blocking system is exceeded by the number of IP addresses for the Target Servers notified in accordance with this order, provided it continues to block or attempt to block access to the number of IP addresses that does not exceed the capacity of its blocking system. A third party respondent may hold a reasonable portion of its capacity in reserve if it deems it necessary to do so in order to be able to respond to threats to its subscribers and to maintain the integrity of its network and services. Any such measure must be justified with reference to the network capacity used for similar purposes within the 12 months preceding this order.

The plaintiffs shall treat any information received pursuant to this paragraph confidentially and shall use it solely for the purposes of monitoring compliance with this order.

Notifications of IP addresses of Target Servers to the third party respondents

11. Any notifications given by the Agent under paragraph of this order must:
 - (a) be notified to the third party respondents by means of publishing a consolidated list of all the IP addresses of the Target Servers to be blocked during an NHL Live Game Window accompanied by the start and anticipated end time for each Window and each IP address on a secure electronic platform to which each of the third party respondents has been given access by arrangement with the Agent, in the manner specified in paragraphs (b)–(d);
 - (b) be in a fully specified data format, that is provided to the third party respondents in advance.

Pour plus de certitude, une tierce partie intimée ne doit pas contrevenir à la présente ordonnance lorsqu'elle suspend en partie sa conformité à l'égard du paragraphe 2, car la capacité de son système de blocage est dépassée par le nombre d'adresses IP pour les serveurs cibles désignés conformément à la présente ordonnance, à condition qu'elle continue de bloquer ou de tenter de bloquer l'accès au nombre d'adresses IP qui ne dépasse pas la capacité de son système de blocage. Une tierce partie intimée peut conserver une partie raisonnable de sa capacité en réserve si elle estime que cela est nécessaire pour répondre aux menaces pour ses abonnés et pour préserver l'intégrité de son réseau et de ses services. Toute mesure du genre doit être justifiée par rapport à la capacité du réseau utilisée pour des fins similaires dans les 12 mois précédant la présente ordonnance.

Les demandresses doivent traiter tous les renseignements reçus en application du présent paragraphe de façon confidentielle et doivent les utiliser exclusivement à des fins de surveillance de la conformité à l'égard de la présente ordonnance.

Avis concernant les adresses IP des serveurs cibles aux tierces parties intimées

11. Tous les avis communiqués par le représentant en vertu du paragraphe de la présente ordonnance doivent :
 - a) être communiqués aux tierces parties intimées au moyen de la publication d'une liste consolidée de toutes les adresses IP des serveurs cibles à bloquer pendant une fenêtre de matchs de la LNH en direct accompagnée par les heures de début et de fin prévues pour chaque fenêtre et chaque adresse IP sur une plateforme électronique sécurisée à laquelle chacune des tierces parties intimées a eu accès en vertu d'un arrangement avec le représentant, de la façon précisée aux alinéas b) – d);
 - b) être dans un format de données déterminé, lequel est fourni au préalable aux tierces parties intimées;

- | | |
|--|--|
| <p>(c) be published to the said platform on an ongoing basis during each NHL Live Game Window, and (save as set out in paragraph below) not during other periods; and</p> <p>(d) be published in such a manner that they are put actively to the attention of all third party respondents as contemporaneously as is reasonably practicable.</p> | <p>c) être publiés dans ladite plateforme de manière continue pendant chaque fenêtre de matchs de la LNH en direct, et (sauf comme il est énoncé au paragraphe ci-après) pas pendant d'autres périodes;</p> <p>d) être publiés d'une façon telle qu'ils sont portés activement à l'attention de toutes les tierces parties intimées de manière aussi contemporaine qu'il est raisonnablement possible.</p> |
|--|--|
12. Any notifications given by the Agent under paragraph of this order must be notified to the third party respondents by the same means as those specified in paragraph of this order and given within 15 minutes of the expiry of the relevant NHL Live Game Window, and shall be effected by publishing an empty list of IP addresses.
12. Tous les avis communiqués par le représentant en vertu du paragraphe de la présente ordonnance doivent être transmis aux tierces parties intimées par les mêmes moyens que ceux précisés au paragraphe de la présente ordonnance et dans les quinze (15) minutes de l'expiration de la fenêtre de matchs de la LNH en direct pertinente, et doivent être communiqués en publiant une liste vide d'adresses IP.

Notification to Target Servers

13. Where the Agent notifies an IP address for blocking in accordance with paragraph of this order, the Agent must within a reasonable period of the first occasion when that IP address is notified (being no later than the end of the day on the day of the NHL Live Game Window in question) send to the hosting provider associated with the IP address an electronic notice which contains at least the following information:
- (a) that access to the IP address has been blocked in Canada by court order;
- (b) the identity of the plaintiffs who obtained this order;
- (c) a link to an Internet location from which the public version of this order may be accessed; and
- (d) a statement that affected server operators have the right to apply to the Court to discharge or vary the order pursuant to paragraph below.

Avis aux serveurs cibles

13. Lorsque le représentant communique un avis relatif à une adresse IP aux fins de blocage conformément au paragraphe de la présente ordonnance, le représentant doit, à l'intérieur d'une période raisonnable de la première occasion lorsque cette adresse IP est transmise (à savoir au plus tard à la fin de la journée le jour de la fenêtre de matchs de la LNH en direct en question), envoyer au fournisseur hôte associé à l'adresse IP un avis électronique qui contient à tout le moins les renseignements ci-après :
- a) que l'accès à l'adresse IP a été bloqué au Canada en vertu d'une ordonnance du tribunal;
- b) l'identité des demanderessees qui ont obtenu la présente ordonnance;
- c) un lien vers un emplacement Internet à partir duquel il est possible d'accéder à la version publique de la présente ordonnance;
- d) une déclaration selon laquelle les exploitants de serveurs touchés ont le droit de présenter une demande à la Cour en vue de révoquer

ou de modifier l'ordonnance en application du paragraphe ci-après.

Notification to third party respondents, customers

14. The plaintiffs shall post this order, as well as an explanation of the purpose of the order, and contact information for any inquires or complaints, on each of their websites, in a prominent manner.
15. Where access to a Target Server is blocked by a third party respondent pursuant to this order, that third party respondent shall make reasonable efforts to make the following information immediately available to its residential Internet service customers who attempt to access the Target Servers and whose access is blocked:
 - (a) that access has been blocked by this order;
 - (b) the identity of the plaintiffs and the Federal Court File for this matter and contact information of the plaintiffs, to be provided by the plaintiffs to the third party respondents for use by such customers;
 - (c) a statement to the effect that the operators of the Target Servers (i.e. the John Doe defendants), any third party who claim to be affected by this order, and any Internet service customer affected by the order, may apply to the Court to discharge or vary the order pursuant to paragraph below; and
 - (d) contact information that the plaintiffs' agent shall provide to the third party respondents, and may update from time to time on 30 days' notice, that enables the affected customer to readily contact the plaintiff or its agent to direct any complaints, including false positives.

Avis aux clients des tierces parties intimées

14. Les demandereses doivent publier la présente ordonnance, ainsi qu'une explication de l'objet de l'ordonnance, et les coordonnées pour toute demande de renseignements ou plainte, sur chacun de leurs sites Web, d'une manière importante.
15. Lorsque l'accès à un serveur cible est bloqué par une tierce partie intimée en application de la présente ordonnance, que la tierce partie intimée doit mettre en œuvre tous les efforts raisonnables pour rendre les renseignements ci-après immédiatement disponibles à ses clients des services Internet résidentiels qui tentent d'accéder aux serveurs cibles et dont l'accès est bloqué :
 - a) que l'accès a été bloqué par cette ordonnance;
 - b) l'identité des demandereses et le dossier de la Cour fédérale pour la présente espèce et les coordonnées des demandereses, qui doivent être fournis par les demandereses aux tierces parties intimées aux fins d'utilisation par ces clients;
 - c) une déclaration voulant que les exploitants des serveurs cibles (c.-à-d. les défendeurs Jean Untel), tout tiers qui prétend être touché par la présente ordonnance et tout client du service Internet touché par l'ordonnance puissent présenter une demande à la Cour en vue de révoquer ou de modifier l'ordonnance en application du paragraphe ci-après;
 - d) les coordonnées que le représentant des demandereses doit fournir aux tierces parties intimées, et qu'il peut mettre à jour de temps à autre en vertu d'un avis de 30 jours, qui permet au client touché de communiquer facilement avec la demanderesse ou à son représentant pour orienter toutes les plaintes, incluant tous les faux positifs.

The reasonable expenses incurred by the third party respondents in making the efforts required by this section 12 shall be paid by the plaintiffs.

Les dépenses raisonnables engagées par les tierces parties intimées en mettant en œuvre les efforts exigés par le présent article 12 doivent être assumées par les demanderesse.

15.1 Any personal information collected to achieve the objectives of this order, or collected through any Deep Packet Inspection (DPI) or other system adopted to achieve the objectives of this order, will be used solely for the purposes of providing notice to customers, will not be disclosed, and will only be retained as long as is strictly necessary to ensure the integrity of the customer notification obligation.

15.1 Tous les renseignements personnels recueillis pour réaliser les objectifs de la présente ordonnance, recueillis au moyen d'un système d'inspection approfondie des paquets (IAP) ou d'un autre système adopté pour réaliser les objectifs de la présente ordonnance, seront utilisés exclusivement aux fins de communiquer un avis aux clients, ne seront pas divulgués et seront uniquement conservés aussi longtemps qu'il est strictement nécessaire pour assurer l'intégrité de l'obligation en matière de notification des clients.

Changes to Confidential Schedule 2

Modifications apportées à l'annexe confidentielle n° 2

16. No changes to the contents of Part 1, paragraphs (a)–(g), or to Part II, paragraphs (a)–(e) of Confidential Schedule 2 may be made unless approved by order of this Court. No additions to Part II, paragraph (f) of Confidential Schedule 2 may be made unless approved by order of this Court. For greater certainty, deletions from Part II, paragraph (f) may be made without approval of the Court, and must be made without delay as soon as the plaintiffs or agent become aware that the criteria for inclusion are no longer met.

16. Aucune modification au contenu des alinéas a) à g) de la partie 1 ou aux alinéas a) à e) de la partie II de l'annexe confidentielle n° 2 ne peut être apportée sans être autorisée par une ordonnance de notre Cour. Aucun ajout à l'alinéa f) de la partie II de l'annexe confidentielle n° 2 ne peut être effectué sans être autorisé par une ordonnance de notre Cour. Il est entendu que les suppressions à l'alinéa f) de la partie II peuvent être effectuées sans l'autorisation de la Cour et qu'elles doivent être effectuées sans tarder dès que les demanderesse ou le représentant sont informés que les critères d'inclusion ne sont plus satisfaits.

17. The plaintiffs must report any deletions to the Court, on a confidential basis, within 30 days of the end of the NHL playoffs.

17. Les demanderesse doivent signaler toutes les suppressions à la Cour, sur une base confidentielle, dans les 30 jours suivant la fin des séries éliminatoires de la LNH.

18. All parties have permission to apply by way of motion to vary the contents of Confidential Schedule 2, such motion to be supported by evidence and on notice to all the other parties.

18. Toutes les parties sont autorisées à présenter une demande par voie de requête en modification du contenu de l'annexe confidentielle n° 2, une telle requête doit être étayée par des éléments de preuve et être communiquée à l'ensemble des autres parties.

Permission to apply

19. The operators of the Target Servers (i.e. the John Doe defendants), any other third party who claims to be affected by this order, and any Internet service customer of the third party respondents affected by the order, may bring a motion to seek a variation of this order insofar as this order affects their ability to access or distribute non-infringing content by serving and filing a motion record within 30 days of the first occurrence of the event that allegedly affects them and that results from this order.

20. This order shall in no way limit the ability of a third party respondent to seek to stay, vary, or set aside this order or oppose on any basis any other related or similar order sought by the plaintiffs or any other party. In particular and without limitation, this order shall in no way limit the ability of a Third Party Respondent to raise issues in connection with the implementation or renewal of this order on grounds relating to the technical implementation of this order, impacts on a third party respondent's services to its subscribers, or the effectiveness of the order in preventing the unauthorized streaming during an NHL Live Game Window.

Sunset clause

21. This order shall terminate at the end of the last NHL Live Game Windows of the 2021–2022 NHL season (i.e. the final of the Stanley Cup), unless the Court orders otherwise.

Confidentiality

22. The confidential affidavits filed by any of the parties, any cross-examination on these confidential

Permission de présenter une demande

19. Les exploitants des serveurs cibles (c.-à-d. les défendeurs Jean Untel), toute autre partie qui prétend être touchée par la présente ordonnance, et tout client des services Internet des tierces parties intimées touchées par l'ordonnance, peuvent présenter une requête en modification de la présente ordonnance dans la mesure où la présente ordonnance a une incidence sur leur capacité d'accéder au contenu non contrefait, ou de le distribuer, en signifiant et en déposant un dossier de requête dans les trente (30) jours suivant la première occurrence de l'événement qui les aurait touchés et qui découle de la présente ordonnance.

20. La présente ordonnance ne doit aucunement limiter la capacité d'une tierce partie intimée de demander le sursis, la modification ou l'annulation de l'ordonnance, ou de s'y opposer pour tout autre motif à toute autre ordonnance connexe ou similaire sollicitée par les demanderesse ou toute autre partie. Plus particulièrement et sans limitation, la présente ordonnance ne doit aucunement limiter la capacité d'une tierce partie intimée de soulever des questions relativement à la mise en œuvre ou au renouvellement de la présente ordonnance pour des motifs liés à la mise en œuvre technique de la présente ordonnance, aux répercussions sur les services d'une tierce partie intimée sur ses abonnés ou à l'efficacité de l'ordonnance pour empêcher la diffusion en continu non autorisée pendant une fenêtre de matchs en direct de la LNH.

Mesure de temporisation

21. La présente ordonnance doit prendre fin à la fin de la dernière fenêtre de matchs de la LNH en direct de la saison de la LNH 2021-2022 (c.-à-d. la finale de la Coupe Stanley), sauf si la Cour en décide autrement.

Confidentialité

22. Les affidavits confidentiels déposés par l'une des parties, tout contre-interrogatoire portant sur ces

affidavits, and any written representations by any of the parties that refer to this information shall remain confidential and be sealed in the Court record, subject to those portions addressed in paragraph 23 below, because this is necessary to prevent a serious risk to the efficacy of the present order and similar orders rendered by courts in other jurisdictions; and no reasonable alternative measures will prevent that risk; and the benefits of protecting this efficacy outweigh the negative effects of confidentiality.

23. The Court is satisfied that, while certain portions of the documents listed below can be made public, it is necessary for other portions to remain confidential. For greater certainty, the following portions of the documents listed below will be treated as confidential and be sealed in the Court record to prevent a serious risk to the efficacy of the present order and similar orders rendered by courts in other jurisdictions; and that no reasonable alternative measures will prevent that risk; and that the benefits of protecting this efficacy outweigh the negative effects of confidentiality:

- (a) Certain paragraphs of the affidavit of Mr. George Demetriades sworn June 28, 2021;
- (b) Certain paragraphs of Exhibit JF-5 to the affidavit of Mr. Jonathan Friend sworn October 15, 2021;
- (c) Certain portions of the cross-examinations of Mr. Demetriades (held October 25, 2021) and Mr. Friend (held November 4, 2021);
- (d) Certain paragraphs of the confidential version of the plaintiffs' written representations in support of the present order;

affidavits confidentiels ainsi que tous les arguments écrits par l'une des parties qui renvoient à ces renseignements doivent demeurer confidentiels et être mis sous scellés dans le dossier de la Cour, sous réserve des parties abordées au paragraphe 23 ci-après, car cela est nécessaire pour prévenir un risque grave pour l'efficacité de la présente ordonnance et d'ordonnances similaires rendues par les tribunaux dans d'autres territoires de compétence; et aucune autre mesure raisonnable n'empêchera ce risque; et les avantages associés à la protection de cette efficacité l'emportent sur les effets négatifs de la confidentialité.

23. La Cour est convaincue que, même si certaines parties des documents énumérés ci-après peuvent être rendues publiques, il est nécessaire de préserver la confidentialité d'autres parties. Il est entendu que les parties ci-après des documents énumérés ci-dessous seront traités comme étant confidentielles et qu'elles peuvent être mises sous scellés dans le dossier de la Cour afin de prévenir un risque grave pour l'efficacité de la présente ordonnance et d'ordonnances similaires rendues par les tribunaux dans d'autres territoires de compétence; et qu'aucune autre mesure raisonnable n'empêchera ce risque; et que les avantages associés à la protection de cette efficacité l'emportent sur les effets négatifs de la confidentialité :

- a) certains paragraphes de l'affidavit de M. George Demetriades assermenté le 28 juin 2021;
- b) certains paragraphes de la pièce JF-5 de l'affidavit de M. Jonathan Friend assermenté le 15 octobre 2021;
- c) certaines parties des contre-interrogatoires de M. Demetriades (qui a eu lieu le 25 octobre 2021) et de M. Friend (qui a eu lieu le 4 novembre 2021);
- d) certains paragraphes de la version confidentielle des observations écrites des demandresses à l'appui de la présente ordonnance;

- (e) Schedule 2 to this order (as well as Schedule 2 to the draft order submitted by the plaintiffs);
- (f) Any portion of the written representations submitted by the third party respondents and/ or interveners that references the information contained in documents (a) to (f); and
- (g) Item (i) of the reports to be submitted to the Court pursuant to paragraph 17 of this order.

(Collectively, “Confidential Information”).

The parties are to provide proposed redactions, identifying the specific portions of the documents listed in paragraphs (a)–(d), and paragraphs (f) and (g) to be treated as “Confidential Information”, within 30 days of the issuance of this order. The redactions approved by the Court will be incorporated into a revised confidentiality order. Until then, the existing confidentiality order continues to apply.

- 24. The confidential information shall be treated as confidential by the Registry of the Court and shall not be available to anyone other than the plaintiffs, the third party respondents, the interveners and appropriate Court personnel.
- 25. Any defendant or third party bringing a motion pursuant to paragraph of this order who wishes to have access to the confidential information for the purposes of these proceedings shall serve and file a motion record seeking leave from the Court to have access to the confidential information.
- 26. Any party who is authorized to have access to the confidential information pursuant to paragraphs or of this order may only make use of the confidential information for the purposes of these proceedings and shall not disclose the confidential material to anyone (except their legal counsel or experts who

- e) l’annexe 2 de la présente ordonnance (ainsi que l’annexe 2 au projet d’ordonnance présenté par les demanderessees);
- f) toute partie des observations écrites présentées par les tierces parties intimées ou intervenants qui renvoie aux renseignements contenus dans les documents a) à f);
- g) le point i) des rapports à présenter à la Cour en application du paragraphe 17 de la présente ordonnance.

(Collectivement, les renseignements confidentiels.)

Les parties doivent fournir les caviardages proposés, en indiquant les parties précises des documents énumérés aux alinéas a) à d), et aux alinéas f) et g) qui doivent être traités comme des « renseignements confidentiels », dans les 30 jours suivant la délivrance de la présente ordonnance. Les caviardages approuvés par la Cour seront incorporés dans une ordonnance de confidentialité. Jusqu’à ce moment, l’ordonnance de confidentialité actuelle continue de s’appliquer.

- 24. Les renseignements confidentiels doivent être traités comme étant confidentiels par le greffe de la Cour et ne doivent pas être mis à la disposition de toute autre personne que les demanderessees, les tierces parties intimées, les intervenants et les membres du personnel de la Cour appropriés.
- 25. Tout défendeur ou tout tiers présentant une requête en application du paragraphe de la présente ordonnance qui souhaite avoir accès aux renseignements confidentiels aux fins de la présente instance doit signifier et déposer un dossier de requête demandant l’autorisation de la Cour pour avoir accès aux renseignements confidentiels.
- 26. Toute partie qui est autorisée à avoir accès aux renseignements confidentiels en application de paragraphes ou de la présente ordonnance peut uniquement avoir recours aux renseignements confidentiels aux fins de la présente instance et ne doit divulguer aucun des documents confidentiels

have been informed of the present order), without leave from the Court.

à quiconque (sauf à son avocat ou à des experts qui ont été informés de la présente ordonnance), sans autorisation de la Cour.

Reporting to the Court

27. The plaintiffs shall retain an independent expert, selected with input from the third party respondents. If the parties cannot agree, they may propose up to three possible experts, by letter to the Court, and the Court will advise the plaintiffs which of the list they must retain.

28. This expert shall have several principal tasks:

- a. To review the application of the criteria by the plaintiff's agent for the identification of IP addresses for blocking, including the application of all of the criteria set out in confidential Schedule 2;
- b. To convey to the Court a list (which list shall be prepared by the agent) of all IP addresses that were notified for blocking, the dates and times on which they were required to be blocked, and the criteria which were applied that resulted in them being notified for blocking;
- c. To review and report on the implementation of the blocking by as many of the third party respondents as is feasible (and no less than four);
- d. To report on compliance with the terms of the order, by both the plaintiffs and the agent, as well as the third party respondents;
- e. To compile information on any complaint(s) received by any of the plaintiffs or third party respondents relating to the implementation of

Rapports à la Cour

27. Les demanders doivent retenir les services d'un expert indépendant, sélectionné à l'aide de commentaires de tierces parties intimées. Si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre, elles peuvent proposer jusqu'à trois experts possibles, au moyen d'une lettre adressée à la Cour, et la Cour informera les demanders de l'expert figurant sur la liste dont ils doivent retenir les services.

28. Cet expert devra accomplir plusieurs tâches principales :

- a. passer en revue l'application des critères par le représentant des demanders pour l'identification des adresses IP aux fins de blocage, y compris l'application de tous les critères énoncés dans l'annexe confidentielle n° 2;
- b. communiquer à la Cour une liste (laquelle doit être préparée par le représentant) de toutes les adresses IP qui ont été désignées à des fins de blocage, les dates et les heures auxquelles elles devaient être bloquées, et les critères qui ont été appliqués et qui ont fait en sorte qu'elles ont été désignées à des fins de blocage;
- c. passer en revue la mise en œuvre du blocage par autant de tierces parties intimées que possible (pas moins de quatre) et établir des rapports sur celle-ci;
- d. établir un rapport sur la conformité des modalités de l'ordonnance, par les demanders et le représentant, ainsi que par les tierces parties intimées;
- e. compiler des renseignements sur toutes les plaintes reçues par l'une des demanders ou des tierces parties intimées relativement à

this order (which information shall be compiled by the respective parties);

- f. To assess and report on the expert's assessment of the effectiveness of the order, including the criteria for measuring success, why these were selected, and the results of the assessment.

The expert shall be provided the necessary access to facilities, processes or information that is needed to fulfil these responsibilities.

29. The expert will be subject to an ongoing obligation of confidentiality, and shall not disclose any information obtained pursuant to this mandate, except as permitted by the terms of this order.

30. The expert will prepare three reports:

- a. An initial confidential report—on the implementation of the order, as set out in paragraphs (a)–(e) above, which shall be prepared and provided to the parties and the Court, on a confidential basis, within 30 days of the end of the NHL playoffs;
- b. A further confidential report — on the expert's assessment of the effectiveness of the order, as set out in paragraph (f) above, within 60 days of the end of the NHL playoffs; and
- c. A “public” report — which shall be prepared following consultations with all parties as to proposed redactions or alternate wording needed to protect confidential information. If the parties cannot agree on proposed redactions, the expert can seek the assistance of the Court to resolve the issue. This report shall be issued as soon as is feasible following the completion of the reports under paragraphs (a)

la mise en œuvre de la présente ordonnance (dont les renseignements doivent être compilés par les parties respectives);

- f. évaluer l'évaluation de l'expert quant à l'efficacité de l'ordonnance, y compris les critères pour mesurer la réussite, la raison pour laquelle ses services ont été retenus et les résultats de l'évaluation, et établir des rapports sur celle-ci.

On doit accorder à l'expert l'accès nécessaire aux installations, aux processus ou aux renseignements nécessaires pour s'acquitter de ces responsabilités.

29. L'expert doit être assujéti à une obligation permanente en matière de confidentialité et ne doit divulguer aucun des renseignements obtenus en application de ce mandat, sauf dans la mesure où cela est autorisé par les modalités de la présente ordonnance.

30. L'expert préparera trois rapports :

- a. un rapport confidentiel initial — sur la mise en œuvre de l'ordonnance, conformément à ce qui est énoncé aux alinéas a) à e) ci-dessus, qui doit être préparé et communiqué aux parties et à la Cour, d'une manière confidentielle, dans les trente (30) jours suivant la fin des séries éliminatoires de la LNH;
- b. un autre rapport confidentiel — sur l'évaluation de l'efficacité de l'ordonnance par l'expert, tel qu'il est indiqué à l'alinéa f) ci-dessus, dans les soixante (60) jours suivant la fin des séries éliminatoires de la LNH;
- c. un rapport « public » — qui doit être préparé à la suite de consultations avec toutes les parties quant aux caviardages proposés ou l'autre libellé nécessaire pour protéger les renseignements confidentiels. Si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les caviardages proposés, l'expert peut demander l'aide de la Cour pour régler la question. Ce rapport doit être délivré dès que possible à la suite de

and (b) above. This report shall be posted on each party's website within 30 days of its completion.

l'achèvement des rapports en vertu des alinéas a) et b) ci-dessus. Ce rapport doit être publié dans le site Web de chaque partie dans les trente (30) jours suivant son achèvement.

Costs of Implementation

31. The plaintiffs shall indemnify and save harmless the third party respondents for:
 - a. the reasonable marginal cost of implementing this order, up to a maximum amount of \$50,000; and
 - b. any reasonably incurred loss, liability, obligation, claim, damages, costs (including defence costs), or expenses resulting from a third party complaint, demand, action, claim, application or similar proceeding whether administrative, judicial, or quasi-judicial in nature, in respect of the third party respondents as a result of their compliance with the order.

32. With respect to the costs referenced in paragraph (a) above:
 - a. the third party respondents shall provide the plaintiffs with an invoice setting out the claimed costs elements and the total cost claimed, within 30 days of the end of the NHL playoffs;
 - b. the plaintiffs shall, within 30 days of receipt of the invoice, either (i) pay the invoice; or (ii) serve and file a motion disputing the reasonableness of the costs claimed in the invoice, failing which the costs shall be deemed to be reasonable.

Costs

33. There shall be no costs on the motion.

Coût de mise en œuvre

31. Les demanderesse doivent indemniser et dégager de toute responsabilité les tierces parties intimées relativement à ce qui suit :
 - a. le coût marginal raisonnable de la mise en œuvre de la présente ordonnance, jusqu'à concurrence de 50 000 \$;
 - b. toutes les pertes, obligations, demandes, et tous les dommages-intérêts et coûts (y compris les coûts de défense) ou toutes les dépenses engagées raisonnablement découlant de la plainte, de l'action, de la réclamation ou de l'instance similaire d'un tiers, qu'elle soit de nature administrative, judiciaire ou quasi judiciaire, relativement aux tierces parties intimées en raison de leur conformité par rapport à l'ordonnance.

32. En ce qui concerne les coûts mentionnés à l'alinéa a) ci-dessus :
 - a. les tierces parties intimées doivent fournir aux demanderesse une facture établissant les éléments de coûts demandés et le total des coûts demandés, dans les 30 jours suivant la fin des séries éliminatoires de la LNH;
 - b. les demanderesse doivent, dans les trente (30) jours suivant la réception de la facture, (i) payer la facture; (ii) ou signifier et déposer une requête contestant le caractère raisonnable des coûts demandés dans la facture, faute de quoi les coûts doivent être réputés raisonnables.

Dépens

33. Aucuns dépens ne seront adjugés à l'égard de la présente requête.

SCHEDULE 1: NHL LIVE GAME WINDOWS

- The NHL Live Game Window of all national and regional NHL games broadcast in Canada by any of the plaintiffs via television broadcast and/or on-line streaming during the regular 2021–2022 NHL season (starting on or around October 1, 2021) as per the schedule found on the NHL website (<https://www.nhl.com/schedule>), as updated from time to time.
- The NHL Live Game Window of all national NHL games broadcast in Canada by any of the plaintiffs via television broadcast and/or online streaming during the 2021–2022 Stanley Cup playoffs and final series as per the schedule found on the NHL website (<https://www.nhl.com/schedule>), as updated from time to time.

CONFIDENTIAL SCHEDULE 2: [***]

[***]

- (a) [***]
 - (b) [***]
 - (c) [***]
 - (d) [***]
 - (e) [***]
 - (f) [***]
 - (g) [***]
1. [***]
 - (a) [***]

ANNEXE n° 1 : FENÊTRES DE MATCHS DE LA LNH EN DIRECT

- La fenêtre de matchs de la LNH en direct pour l'ensemble des matchs de la LNH régionaux et nationaux diffusés au Canada par l'une des demandereses par l'intermédiaire d'une émission de télévision ou d'une diffusion en continu en ligne pendant la saison régulière de la LNH 2021-2022 (à compter du 1^{er} octobre 2021 ou aux environs de cette date), conformément au calendrier figurant dans le Web de la LNH (<https://www.nhl.com/fr/schedule>), mis à jour de temps à autre.
- La fenêtre de matchs de la LNH en direct pour la diffusion de l'ensemble des matchs de la LNH par l'une des demandereses par l'intermédiaire d'une émission de télévision ou d'une diffusion en continu en ligne pendant les séries éliminatoires de la Coupe Stanley de 2021-2022 et de la série finale, conformément au calendrier figurant dans le site Web de la LNH (<https://www.nhl.com/fr/schedule>), mis à jour de temps à autre.

ANNEXE CONFIDENTIELLE n°2 : [***]

[***]

- a) [***]
 - b) [***]
 - c) [***]
 - d) [***]
 - e) [***]
 - f) [***]
 - g) [***]
1. [***]
 - a) [***]

(b) [***]

(c) [***]

(d) [***]

[***]

(e) [***]

(f) [***]

(g) [***]

(h) [***]

(i) [***]

(j) [***]

(k) [***]

(l) [***]

(m) [***]

(n) [***]

(o) [***]

(p) [***]

(q) [***]

(r) [***]

(s) [***]

(t) [***]

(u) [***]

(v) [***]

(w) [***]

b) [***]

c) [***]

d) [***]

e) [***]

f) [***]

g) [***]

h) [***]

i) [***]

j) [***]

k) [***]

l) [***]

m) [***]

n) [***]

o) [***]

p) [***]

q) [***]

r) [***]

s) [***]

t) [***]

u) [***]

v) [***]

w) [***]

(x) [***]

(y) [***]

(z) [***]

(aa) [***]

(bb) [***]

(cc) [***]

(dd) [***]

(ee) [***]

(ff) [***]

(gg) [***]

(hh) [***]

(ii) [***]

(jj) [***]

(kk) [***]

(ll) [***]

(mm) [***]

(nn) [***]

(oo) [***]

x) [***]

y) [***]

z) [***]

aa) [***]

bb) [***]

cc) [***]

dd) [***]

ee) [***]

ff) [***]

gg) [***]

hh) [***]

ii) [***]

jj) [***]

kk) [***]

ll) [***]

mm) [***]

nn) [***]

oo) [***]

IMM-3890-21
2022 FC 857

IMM-3890-21
2022 CF 857

Dusko Jankovic (*Applicant*)

Dusko Jankovic (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : JANKOVIC c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Go J.—By videoconference, May 12; Toronto, June 8, 2022.

Cour fédérale, juge Go—Par vidéoconférence, 12 mai; Toronto, 8 juin 2022.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Refugee Protection Division — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision refusing to reopen applicant's claim (Reopening Decision) pursuant to Refugee Protection Division Rules (RPD Rules), r. 62 — In 2014, RPD found applicant was excluded from refugee protection, pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 98, United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(b) for committing serious non-political crime of heroin trafficking in Croatia — Applicant noted he was convicted of “drug misuse or abuse”, but identified drug as marijuana, not heroin — Matter sent back for redetermination on judicial review — On redetermination of applicant's refugee claim, respondent intervening in case based on information from Interpol Zagreb indicating that applicant had been found guilty of “Abuse of Narcotic Drugs (heroin)”, sentenced to imprisonment — Respondent argued that applicant would have been convicted of either trafficking in controlled substance or possession for purposes of trafficking under Controlled Drugs and Substances Act, while applicant submitted that amount of heroin in question not appearing in any of judgments from Croatia; it only appeared in document from Interpol Zagreb, which was extrinsic evidence — RPD concluded that respondent had met burden of showing serious reasons for considering that, in Croatia, claimant committed serious non-political crime of trafficking in controlled substance — Subsequently, applicant sought, obtained Adjustment Letter from Croatian authorities amending applicant's conviction to correct inaccurate information — Requested that refugee claim be reopened — Applicant submitted reply arguments to respondent's on May 18, 2021 — While Reopening Decision mentioned applicant's reply arguments, Reopening Decision itself dated May 14, 2021 — In Reopening Decision, RPD found that applicant had ample opportunity to challenge Interpol evidence, adduce his own evidence in response before Exclusion

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Section de la protection des réfugiés — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié refusant de rouvrir la demande d'asile du demandeur (décision quant à la réouverture) au titre de la règle 62 des Règles de la Section de la protection des réfugiés (Règles de la SPR) — En 2014, la SPR a conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de réfugié, aux termes de l'article 98 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, pour avoir commis le crime grave de droit commun de trafic d'héroïne en Croatie — Le demandeur a mentionné qu'il avait été reconnu coupable de [TRADUCTION] « mauvais usage ou [d']abus de drogues », et il a précisé que la substance en question était la marijuana, et non pas l'héroïne — L'affaire a été renvoyée pour nouvel examen en contrôle judiciaire — Lors du nouvel examen de la demande d'asile du demandeur, le défendeur en l'espèce s'est fondé sur les renseignements obtenus d'Interpol Zagreb selon lesquels le demandeur avait été reconnu coupable [TRADUCTION] « d'abus de stupéfiants (héroïne) » et avait été condamné à une peine d'emprisonnement — Le défendeur a affirmé que le demandeur aurait été reconnu coupable de trafic d'une substance désignée ou de possession en vue d'en faire le trafic, en contravention de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances, tandis que le demandeur a soutenu que la quantité d'héroïne en question n'était inscrite dans aucun des jugements rendus en Croatie; elle ne figurait que dans le document obtenu d'Interpol Zagreb, qui était un élément de preuve extrinsèque — La SPR a conclu que le défendeur s'était acquitté de son fardeau d'établir qu'il existait des motifs sérieux de croire qu'en Croatie, le demandeur d'asile avait commis le crime grave de droit commun de trafic d'une substance désignée — Par la suite, le demandeur a demandé

Decision made; that Exclusion Decision's reliance on Interpol evidence not unfair — RPD also stated that applicant should make arguments of respondent's obligation to cooperate in obtaining correction mentioned in Adjustment Letter in context of pre-removal risk assessment (PRRA) — Issues were: whether RPD breached procedural fairness or displayed apprehension of bias based on timing of Reopening Decision; whether RPD had obligation to verify information in Interpol communication; whether natural justice required RPD to give applicant opportunity to present new evidence — Applicant not meeting high threshold for finding of real or perceived bias on RPD's part — Reopening Decision indeed referred to applicant's reply, reasonably captured essence of applicant's reply arguments — In this case, RPD member invited, considered reply submissions of applicant before decision issued — Date of Reopening Decision (May 14, 2021) was of no factual significance — In reading Reopening Decision as whole, taking into consideration circumstances surrounding issuance of said decision, it was not established that informed person, viewing matter realistically, practically, and having thought matter through, would conclude that reasonable apprehension of bias existing — Applicant bore onus of demonstrating why his claim should be reopened — However, his particular situation illustrated why fairness would sometimes require RPD to take small, not-too-onerous, step of making further inquiry into information relevant to claim — Given circumstances of present matter, given importance of Adjustment Letter to applicant's claim, RPD's conclusion that verifying information contained in Interpol letter not falling within its role was not only unreasonable, it was breach of procedural fairness — Adjustment Letter was relevant to determining seriousness of applicant's conviction, applicant was least able to compel Canadian authorities to produce letter in question — Under these circumstances, natural justice required RPD to reopen his claim, to consider this evidence if obtained by applicant, or to assist applicant in obtaining this information if he could not through other means — Also, stating that applicant has opportunity to make PRRA submissions not cure to procedural unfairness before RPD — Thus, matter sent back for redetermination by different member — Application allowed.

et obtenu, de la part des autorités croates, une lettre relative au rajustement modifiant la déclaration de culpabilité pour y corriger les renseignements inexacts qui y figuraient — Il a demandé la réouverture de la demande d'asile — Le 18 mai 2021, le demandeur a présenté au défendeur des arguments en réplique — Même si la décision quant à la réouverture mentionne les arguments en réplique présentés par le demandeur, la décision quant à la réouverture est datée du 14 mai 2021 — Dans la décision quant à la réouverture, la SPR a estimé que le demandeur avait eu amplement la possibilité de contester les éléments de preuve d'Interpol et de présenter sa propre preuve en réponse avant que la décision quant à l'exclusion ne soit rendue, et que le fait que cette dernière décision repose sur les éléments de preuve d'Interpol n'était pas inéquitable — La SPR a également affirmé que c'est plutôt dans le cadre d'une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR) que le demandeur devrait présenter ses arguments quant à l'obligation du défendeur de l'aider à obtenir la correction mentionnée dans la lettre relative au rajustement — Il s'agissait de déterminer si la SPR a manqué à l'équité procédurale ou fait montre de partialité en rendant d'avance la décision quant à la réouverture; si la SPR était tenue de vérifier l'information figurant dans la communication d'Interpol; si la justice naturelle exigeait que la SPR donne au demandeur la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve — Le demandeur n'a pas atteint le seuil élevé permettant une conclusion de partialité réelle ou apparente de la part de la SPR — La décision quant à la réouverture mentionnait bel et bien la réplique envoyée par le demandeur et résumait de façon raisonnable l'essentiel des arguments présentés en réplique par le demandeur — Le commissaire de la SPR en l'espèce a bel et bien invité le demandeur à présenter des observations en réplique et a bel et bien pris celles-ci en compte avant de rendre sa décision — La date de la décision quant à la réouverture ne revêtait pas d'importance sur le plan des faits — Après avoir lu la décision quant à la réouverture dans son ensemble, tout en prenant en compte les circonstances entourant le prononcé de ladite décision, il n'a pas été établi qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait qu'il existait une crainte raisonnable de partialité — Il incombait au demandeur d'établir les motifs pour lesquels sa demande devait être rouverte — Toutefois, sa situation particulière illustrait les raisons pour lesquelles l'équité exigerait parfois que la SPR prenne la peine d'approfondir l'information se rapportant à une demande d'asile — À la lumière des circonstances de l'espèce, et compte tenu de l'importance de la lettre relative au rajustement pour la demande d'asile du demandeur, la conclusion tirée par la SPR selon laquelle il ne lui appartenait pas de vérifier l'information contenue dans la lettre d'Interpol Zagreb était non seulement déraisonnable, mais elle constituait aussi un manquement à l'équité procédurale — La lettre relative au rajustement a permis d'établir la gravité de la déclaration de culpabilité du demandeur et le demandeur est celui qui était le moins à même de forcer les autorités canadiennes à produire

This was an application for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision refusing to reopen the applicant's claim (Reopening Decision) pursuant to rule 62 of the *Refugee Protection Division Rules* (RPD Rules).

The applicant is a citizen of Croatia who arrived in Canada in 2011 and made a refugee claim based on his sexual orientation and Serbian ethnicity. In 2014, the RPD found that the applicant was excluded from refugee protection, pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) and Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* for committing the serious non-political crime of heroin trafficking in Croatia. In his claim documents, the applicant noted that he had twice been convicted of "drug misuse or abuse", identifying the drug as marijuana, not heroin. After the applicant sought judicial review at the Federal Court, and with the respondent's consent, the matter was sent back for redetermination. The respondent intervened in the applicant's claim before the RPD based on information from Interpol Zagreb indicating that the applicant had been found guilty of "Abuse of Narcotic Drugs (heroin)" and sentenced to five months' imprisonment, which sentence was reduced on appeal. The respondent argued that the quantity of heroin at issue was more than what would be required for personal use and that in Canada the applicant would have been convicted of either trafficking in a controlled substance or possession for the purposes of trafficking under the *Controlled Drugs and Substances Act*. The applicant submitted that the amount of heroin in question did not appear in any of the judgments from Croatia; it only appeared in the document from Interpol Zagreb, which was extrinsic evidence. He also contended that he had faced charges involving marijuana, not heroin, and that when he reported to the police station, he was brutalized and forced to sign a self-incriminatory police report. The RPD concluded that the respondent had met the burden of showing "serious reasons for considering that, in Croatia, the claimant committed the serious non-political crime of trafficking in a controlled substance" and that he was therefore excluded from refugee protection (Exclusion Decision).

la lettre en question — Vu les circonstances, le principe de la justice naturelle exigeait que la SPR rouvre sa demande d'asile, prenne en compte cet élément de preuve si le demandeur parvenait à l'obtenir ou apporte son aide à celui-ci pour obtenir l'information, s'il ne parvenait pas à le faire autrement — En outre, le fait d'affirmer que le demandeur a la possibilité de formuler des observations dans le cadre de l'ERAR ne remédie pas au manquement à l'équité procédurale devant la SPR — Par conséquent, l'affaire a été renvoyée de sorte qu'un autre commissaire procède à un nouvel examen — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié refusant de rouvrir la demande d'asile du demandeur (décision quant à la réouverture) au titre de la règle 62 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (Règles de la SPR).

Le demandeur est un citoyen de la Croatie qui est entré au Canada en 2011 et qui a présenté une demande d'asile fondée sur son orientation sexuelle et son origine ethnique serbe. En 2014, la SPR a conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de réfugié, aux termes de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, pour avoir commis le crime grave de droit commun de trafic d'héroïne en Croatie. Dans les documents relatifs à sa demande d'asile, le demandeur a mentionné qu'il avait été reconnu coupable de [TRADUCTION] « mauvais usage ou [d']abus de drogues » à deux occasions, et il a précisé que la substance en question était la marijuana, et non pas l'héroïne. Après que le demandeur eut sollicité le contrôle judiciaire de la décision devant la Cour fédérale, et avec le consentement du défendeur, l'affaire a été renvoyée pour nouvel examen. Le défendeur est intervenu dans la demande d'asile du demandeur devant la SPR sur la foi des renseignements obtenus d'Interpol Zagreb selon lesquels le demandeur avait été reconnu coupable [TRADUCTION] « d'abus de stupéfiants (héroïne) » et avait été condamné à une peine de cinq mois d'emprisonnement, peine qui avait été réduite en appel. Le défendeur a soutenu que la quantité d'héroïne en cause dépassait ce qui correspondrait à un usage personnel et qu'au Canada, le demandeur aurait été reconnu coupable de trafic d'une substance désignée ou de possession en vue d'en faire le trafic, en contravention de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*. Le demandeur a soutenu que la quantité d'héroïne en question n'était inscrite dans aucun des jugements qui ont été rendus en Croatie; elle ne figurait que dans le document obtenu d'Interpol Zagreb, qui était un élément de preuve extrinsèque. Il a également prétendu que les accusations portées contre lui concernaient de la marijuana, et non pas de l'héroïne, et que lorsqu'il s'était présenté au poste de police, un agent l'avait brutalisé et contraint à signer un rapport de police l'incriminant. La SPR a conclu que le défendeur s'était acquitté de son fardeau d'établir qu'il existait [TRADUCTION] « des motifs

After the Exclusion Decision was issued, the applicant sought a retraction or amendment of his conviction from the Croatian authorities. In a letter dated February 2021, the Croatian authorities wrote back stating that an adjustment had been made to the Criminal records and that an amendment to inaccurate information would be submitted to “Ottawa NBC” (Adjustment Letter). On the basis of the Adjustment Letter, the applicant requested that the RPD reopen his claim. After receiving the respondent’s opposing submissions, the RPD asked the applicant whether he intended to reply, which he did on May 18, 2021. While the Reopening Decision mentioned the applicant’s reply arguments and was sent out under cover of a Notice of Decision dated May 19, 2021, the Reopening Decision itself was dated May 14, 2021. In the Reopening Decision, the RPD found that the applicant had ample opportunity to challenge the Interpol evidence and to adduce his own evidence in response before the Exclusion Decision was made, and that the Exclusion Decision’s reliance on the Interpol evidence was not unfair. In the RPD’s view, the case law did not support the applicant’s argument that it was unfair for the RPD not to have verified the information contained in the Interpol letter. While the applicant argued that the respondent was required to cooperate in obtaining the correction mentioned in the Adjustment Letter, the RPD found these arguments irrelevant to a reopening decision and stated that the applicant should instead make them in the context of a pre-removal risk assessment (PRRA). The RPD further found that the applicant could have appealed to the Refugee Appeal Division (RAD).

The issues were whether the RPD breached procedural fairness or displayed an apprehension of bias based on the timing of the Reopening Decision; whether the RPD had an obligation to verify information in the Interpol communication; and whether natural justice required the RPD to give the applicant an opportunity to present new evidence.

Held, the application should be allowed.

The applicant did not meet the high threshold for a finding of real or perceived bias on the part of the RPD. The Reopening Decision did refer to the applicant’s reply. While brief, the two paragraphs in the Reopening Decision under the heading “Submissions in Reply” reasonably captured the essence of the applicant’s reply arguments. In this case, the RPD member

sérieux de croire qu’en Croatie, le demandeur a[vait] commis le crime grave de droit commun de trafic d’une substance désignée » et qu’il ne pouvait, par conséquent, avoir la qualité de réfugié (la décision quant à l’exclusion).

Après que la décision quant à l’exclusion eut été rendue, le demandeur a demandé aux autorités croates de rétracter ou de modifier sa condamnation. Dans une lettre datée de février 2021, les autorités croates ont répondu en indiquant qu’un rajustement a été apporté aux documents judiciaires et qu’une modification aux renseignements inexacts serait transmise aux [TRADUCTION] « autorités compétentes à Ottawa » (la lettre relative au rajustement). Sur la foi de la lettre relative au rajustement, le demandeur a demandé à la SPR de rouvrir sa demande d’asile. Après avoir reçu les observations contradictoires du défendeur, la SPR a demandé au demandeur s’il avait l’intention d’y répliquer, ce qu’il a fait le 18 mai 2021. Même si la décision quant à la réouverture mentionnait les arguments en réplique présentés par le demandeur et avait été envoyée sous la forme d’un avis de décision daté du 19 mai 2021, la décision quant à la réouverture était datée du 14 mai 2021. Dans la décision quant à la réouverture, la SPR a estimé que le demandeur avait eu amplement la possibilité de contester les éléments de preuve d’Interpol et de présenter sa propre preuve en réponse aux observations du ministre avant que la décision quant à l’exclusion ne soit rendue, et que le fait que cette dernière décision reposait sur les éléments de preuve d’Interpol n’était pas inéquitable. La SPR croyait que la jurisprudence ne corroborait pas l’argument selon lequel il était inéquitable de sa part de ne pas avoir vérifié l’information contenue dans la lettre d’Interpol. Le demandeur a soutenu que le défendeur était tenu de l’aider à obtenir la correction mentionnée dans la lettre relative au rajustement, mais la SPR a estimé que ces arguments ne concernaient pas une décision de réouverture et a affirmé que le demandeur devrait plutôt les présenter dans le cadre d’une demande d’examen des risques avant renvoi (ERAR). De plus, la SPR a conclu que le demandeur aurait pu interjeter appel devant la Section d’appel des réfugiés (la SAR).

Il s’agissait de déterminer si la SPR a manqué à l’équité procédurale ou fait montre de partialité en rendant d’avance la décision quant à la réouverture; si la SPR était tenue de vérifier l’information figurant dans la communication d’Interpol; et si la justice naturelle exigeait que la SPR donne au demandeur la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le demandeur n’a pas atteint le seuil élevé permettant une conclusion de partialité réelle ou apparente de la part de la SPR. La décision quant à la réouverture mentionnait bel et bien la réplique envoyée par le demandeur. Malgré leur brièveté, les deux paragraphes figurant dans la décision quant à la réouverture sous la rubrique « Observations présentées en réplique »

did invite and consider the reply submissions of the applicant before the decision was issued. As to the date of the Reopening Decision, the reference to May 14, 2021, was of no factual significance. In reading the Reopening Decision as a whole, while taking into consideration the circumstances surrounding the issuance of the said decision, it was not established that an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—would conclude that there was a reasonable apprehension of bias.

Regarding the RPD's obligation to verify information, the applicant argued that the RPD had such an obligation especially where, as in this case, the information was not readily available to the applicant. There was no question that the applicant bore the onus of demonstrating why his claim should be reopened. However, his particular situation illustrated why fairness would sometimes require the RPD to take a small, not-too-onerous step of making further inquiry into the information relevant to a claim. The applicant was seeking the RPD's assistance to obtain a document that had presumably been submitted to Canadian authorities, who failed to respond to the applicant's Access to Information and Privacy request. The document in question was not in the possession of the applicant but instead was in the possession of the Canadian authorities. The applicant was not in a position to force the Canadian authorities to produce the document to the RPD, only the respondent if he so chose to do so. Given all these circumstances, and given the importance of the Adjustment Letter to the applicant's claim, the RPD's conclusion that verifying the information contained in the Interpol letter did not fall within its role was not only unreasonable, it was a breach of procedural fairness.

As to natural justice, the applicant argued that it required that he be given the opportunity to present the evidence he had obtained that Croatian authorities had retracted their misstatement. He stated that he reasonably believed the correction related to the amount of heroin, as this was what he requested. The Adjustment Letter was relevant to determining the seriousness of the applicant's conviction and the applicant was the least able to compel the Canadian authorities to produce the letter in question. Under these circumstances, natural justice required the RPD to reopen his claim, to consider this evidence if obtained by the applicant, or to assist the applicant in obtaining and reviewing this information if he could not through other means. Also, the argument the applicant submitted that the RPD had erred in finding that he should make his arguments to the officer in the context of a PRRA was accepted. Stating that the applicant has an opportunity to make PRRA submissions is

résumaient de façon raisonnable l'essentiel des arguments présentés en réplique par le demandeur. Le commissaire de la SPR en l'espèce a bel et bien invité le demandeur à présenter des observations en réplique et a bel et bien pris celles-ci en compte avant de rendre sa décision. En ce qui concerne la date de la décision quant à la réouverture, la mention du 14 mai 2021 ne revêtait pas d'importance sur le plan des faits. Après avoir lu la décision dans son ensemble, tout en prenant en compte les circonstances entourant le prononcé de ladite décision, il n'a pas été établi qu'une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait qu'il existait une crainte raisonnable de partialité.

Quant à la question de savoir si la SPR était tenue de vérifier l'information, le demandeur a soutenu que la SPR était tenue de vérifier l'information, particulièrement lorsque, comme c'est le cas ici, l'information n'était pas facilement accessible pour le demandeur. Il n'y avait aucun doute qu'il incombait au demandeur d'établir les motifs pour lesquels sa demande devrait être rouverte. Toutefois, sa situation particulière illustre les raisons pour lesquelles l'équité exigerait parfois que la SPR prenne la peine d'approfondir l'information se rapportant à une demande d'asile. Le demandeur demandait plutôt l'aide de la SPR pour obtenir un document qui aurait été transmis aux autorités canadiennes, lesquelles n'ont pas répondu à la demande d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels qu'il a présentée. Le document en question n'était pas en la possession du demandeur; il était plutôt en la possession des autorités canadiennes. Le demandeur n'était pas en mesure de forcer les autorités canadiennes à fournir le document à la SPR; seul le défendeur pouvait le faire si telle était sa volonté. À la lumière de toutes les circonstances, et compte tenu de l'importance de la lettre relative au rajustement pour la demande d'asile du demandeur, la conclusion tirée par la SPR selon laquelle il ne lui appartenait pas de vérifier l'information contenue dans la lettre d'Interpol Zagreb était non seulement déraisonnable, mais elle constituait aussi un manquement à l'équité procédurale.

Quant à la justice naturelle, le demandeur a affirmé que le principe de la justice naturelle exige désormais qu'il ait la possibilité de produire les éléments de preuve qu'il avait obtenus selon lesquels les autorités croates avaient retiré leur déclaration erronée. Il a soutenu qu'il croyait de façon raisonnable que la correction se rapportait à la quantité d'héroïne, puisque c'était ce qu'il avait demandé. La lettre relative au rajustement a permis d'établir la gravité de la déclaration de culpabilité du demandeur et le demandeur était celui qui était le moins à même de forcer les autorités canadiennes à produire la lettre en question. Vu les circonstances, le principe de la justice naturelle exigeait que la SPR rouvre sa demande d'asile, prenne en compte cet élément de preuve si le demandeur parvenait à l'obtenir ou apporte son aide à celui-ci pour obtenir l'information, s'il ne parvenait pas à le faire autrement. De plus, l'argument soumis par le demandeur portant que la SPR avait commis une erreur en concluant

not a cure to the procedural unfairness before the RPD. More importantly, a person who was excluded under Article 1F has access only to a restricted PRRA under section 97 of the Act and cannot be considered under section 96 thereof. Thus, the only appropriate remedy was to send the matter back for re-determination by a different member.

qu'il aurait dû faire valoir ses arguments auprès de l'agent dans le cadre d'un ERAR a été accepté. Le fait d'affirmer que le demandeur a la possibilité de formuler des observations dans le cadre de l'ERAR ne remédie pas au manquement à l'équité procédurale devant la SPR. Et surtout, une personne qui est exclue aux termes de la section F de l'article premier de la Convention n'a accès qu'à un ERAR restreint au titre de l'article 97 de la Loi, dont les risques ne peuvent être appréciés en fonction de l'article 96. Par conséquent, la seule réparation qui convenait consistait à renvoyer l'affaire de sorte qu'un autre commissaire procède à un nouvel examen.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(1),(2),(3)(a).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 96, 97, 98, 170.2.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2012-256, r. 62.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(b).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282; *Saran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 524; *Paxi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 905; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 197.

CONSIDERED:

Huang v. Canada (Citizenship and Immigration), 2018 FC 940; *Mohamed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1537; *Natt v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 238, [2009] 3 F.C.R. D-2; *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700.

REFERRED TO:

Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General), 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Canada (Citizenship and Immigration) v. XYZ*, 2019 FC 140; *Djilal*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(1),(2),(3)a).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 96, 97, 98, 170.2.
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2012-256, règle 62.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1Fb).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282; *Saran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 524; *Paxi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 905; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 197.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2018 CF 940; *Mohamed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1537; *Natt c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 238, [2009] 3 R.C.F. F-2; *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général), 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. XYZ*, 2019 CF 140;

v. Canada (Citizenship and Immigration), 2014 FC 812; *Khakpour v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 25; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Lutonadio v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 18; *Downer v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2018 FC 45; *Nugent v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1380; *Avril v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1512.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision refusing to reopen the applicant's claim pursuant to rule 62 of the *Refugee Protection Division Rules*. Application allowed.

APPEARANCES

Daniel Kingwell for applicant.
Suzanne Bruce for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Mamann, Sandaluk and Kingwell LLP, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

Go J.:

I. Overview

[1] Mr. Dusko Jankovic (applicant) is a citizen of Croatia who arrived in Canada in 2011 and made a refugee claim based on his sexual orientation and Serbian ethnicity. He was found by the Refugee Protection Division (RPD) to be excluded from seeking refugee protection. The applicant seeks judicial review of the RPD's refusal to reopen his claim (Reopening Decision) pursuant to rule 62 of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256 (RPD Rules).

Djilal c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2014 CF 812; *Khakpour c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 25; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Lutonadio c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 18; *Downer c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 45; *Nugent c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1380; *Avril c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1512.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada refusant de rouvrir la demande d'asile du demandeur au titre de la règle 62 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Daniel Kingwell pour le demandeur.
Suzanne Bruce pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Mamann, Sandaluk and Kingwell LLP, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LA JUGE Go :

I. Aperçu

[1] Monsieur Dusko Jankovic (le demandeur) est un citoyen de la Croatie qui est entré au Canada en 2011 et qui a présenté une demande d'asile fondée sur son orientation sexuelle et son origine ethnique serbe. La Section de la protection des réfugiés (la SPR) a conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de réfugié. Le demandeur sollicite le contrôle judiciaire du refus de la SPR de rouvrir sa demande d'asile (la décision quant à la réouverture) au titre de la règle 62 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256 (les Règles de la SPR).

[2] I find the RPD erred in refusing to reopen the applicant's claim and as such I grant the application.

II. Background

[3] On May 28, 2014, the RPD found the applicant was excluded from refugee protection, pursuant to section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and Article 1F(b) of the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees* [July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6], for committing the serious non-political crime of heroin trafficking in Croatia. In his claim documents, the applicant noted that he had twice been convicted of "drug misuse or abuse", identifying the drug as marijuana, not heroin.

[4] After the applicant sought judicial review at the Federal Court, and with the Minister's consent, the matter was sent back for redetermination.

[5] The Minister intervened in the applicant's claim before the RPD based on information from Interpol Zagreb indicating that the applicant had been found guilty of "Abuse of Narcotic Drugs (7 grams and 82 milligrams of heroin, in total)" and sentenced to five months' imprisonment. On appeal, the sentence was reduced to 50 days of community service. The Minister argued that this quantity of heroin amounted to 78 doses and was more than what would be required for personal use. The Minister also argued that in Canada the applicant would have been convicted of either trafficking in a controlled substance or possession for the purposes of trafficking, contrary to subsection 5(1) or subsection 5(2) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (CDSA), either of which are punishable by a maximum of life imprisonment under paragraph 5(3)(a) of the CDSA.

[2] Je conclus que la SPR a commis une erreur en refusant de rouvrir la demande d'asile du demandeur et, pour cette raison, j'accueille la demande de contrôle judiciaire.

II. Contexte

[3] Le 28 mai 2014, la SPR a conclu que le demandeur n'avait pas la qualité de réfugié, aux termes de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) et de l'alinéa Fb) de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* [28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6], pour avoir commis le crime grave de droit commun de trafic d'héroïne en Croatie. Dans les documents relatifs à sa demande d'asile, le demandeur a mentionné qu'il avait été reconnu coupable de [TRADUCTION] « mauvais usage ou [d']abus de drogues » à deux occasions, et il a précisé que la substance en question était la marijuana, et non pas l'héroïne.

[4] Après que le demandeur eut sollicité le contrôle judiciaire de la décision devant la Cour fédérale, et avec le consentement du ministre, l'affaire a été renvoyée pour nouvel examen.

[5] Le ministre est intervenu dans la demande d'asile du demandeur devant la SPR sur la foi des renseignements obtenus d'Interpol Zagreb selon lesquels le demandeur avait été reconnu coupable [TRADUCTION] « d'abus de stupéfiants (7 grammes et 82 milligrammes d'héroïne, en tout) » et avait été condamné à une peine de cinq mois d'emprisonnement. En appel, la peine d'emprisonnement a été réduite à 50 jours de service communautaire. Le ministre a soutenu que cette quantité d'héroïne équivalait à 78 doses et dépassait ce qui correspondrait à un usage personnel. De plus, le ministre a affirmé qu'au Canada, le demandeur aurait été reconnu coupable de trafic d'une substance désignée ou de possession en vue d'en faire le trafic, en contravention du paragraphe 5(1) ou 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la LRCDS), qui sont deux infractions punissables d'un emprisonnement maximal à perpétuité aux termes de l'alinéa 5(3)a) de la LRCDS.

[6] The applicant submitted that the amount of 7.082 grams of heroin did not appear in any of the judgments from Croatia; it only appeared in the document from Interpol Zagreb, which was extrinsic evidence. The applicant contended that he had faced charges involving marijuana, not heroin, and that when he reported to the police station, an officer had brutalized him, harassed him, and forced him to sign a self-incriminatory police report. He also submitted that this officer had telephoned him daily, making remarks about his ethnicity and sexual orientation. The Croatian court documents before the RPD showed that the applicant had stated the police had harassed and intimidated him, as well as that he had not pled guilty but had stated he felt “partially guilty” as he was purchasing drugs for his own needs.

[7] In a decision dated July 22, 2019, the RPD concluded that the Minister had met the burden of showing “serious reasons for considering that, in Croatia, the claimant committed the serious non-political crime of trafficking in a controlled substance” and that he was therefore excluded from refugee protection (Exclusion Decision).

[8] After the Exclusion Decision was issued, the applicant, assisted by his Canadian common-law partner, sought a retraction or amendment of his conviction from the Croatian authorities. In a letter dated February 26, 2021, the Croatian authorities stated that “with regards to the processed data regarding drug amounts, we hereby inform you that an adjustment has been made to the Criminal records” and that an amendment to inaccurate information would be submitted to “Ottawa NBC” (Adjustment Letter).

[9] On the basis of the Adjustment Letter, the applicant requested that the RPD reopen his claim. The applicant also made an access to information and privacy (ATIP) request through the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 with a view to obtaining the letter, to no avail.

[6] Le demandeur a soutenu que la quantité de 7,082 grammes d’héroïne n’était inscrite dans aucun des jugements qui ont été rendus en Croatie; elle ne figurait que dans le document obtenu d’Interpol Zagreb, qui était un élément de preuve extrinsèque. Il a prétendu que les accusations portées contre lui concernaient de la marijuana, et non pas de l’héroïne, et que lorsqu’il s’était présenté au poste de police, un agent l’avait brutalisé, harcelé et contraint à signer un rapport de police l’incriminant. De plus, il a affirmé que l’agent l’appelait tous les jours au téléphone et faisait des commentaires sur son appartenance ethnique et sur son orientation sexuelle. Selon les documents judiciaires croates dont disposait la SPR, le demandeur a affirmé que la police l’avait harcelé et intimidé, et qu’il ne s’était pas reconnu coupable, mais qu’il s’était senti [TRADUCTION] « partiellement coupable » puisqu’il achetait des stupéfiants pour ses propres besoins.

[7] Dans une décision en date du 22 juillet 2019, la SPR a conclu que le ministre s’était acquitté de son fardeau d’établir qu’il existait [TRADUCTION] « des motifs sérieux de croire qu’en Croatie, le demandeur a[avait] commis le crime grave de droit commun de trafic d’une substance désignée » et qu’il ne pouvait, par conséquent, avoir la qualité de réfugié (la décision quant à l’exclusion).

[8] Après que la décision quant à l’exclusion eut été rendue, le demandeur, avec l’aide de son conjoint de fait canadien, a demandé aux autorités croates de rétracter ou de modifier sa condamnation. Dans une lettre datée du 26 février 2021, les autorités croates ont fait savoir que [TRADUCTION] « en ce qui concerne les données traitées se rapportant aux quantités de stupéfiants, nous vous informons par la présente qu’un rajustement a été apporté aux documents judiciaires » et qu’une modification aux renseignements inexacts serait transmise aux [TRADUCTION] « autorités compétentes à Ottawa » (la lettre relative au rajustement).

[9] Sur la foi de la lettre relative au rajustement, le demandeur a demandé à la SPR de rouvrir sa demande d’asile. Il a aussi présenté une demande d’accès à l’information et de protection des renseignements personnels (AIPRP), au titre de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, pour obtenir copie de la lettre, mais en vain.

[10] After receiving the Minister's opposing submissions, the RPD asked the applicant whether he intended to reply, which he did on May 18, 2021. While the Reopening Decision mentions the applicant's reply arguments and was sent out under cover of a Notice of Decision dated May 19, 2021, the Reopening Decision itself is dated May 14, 2021.

[11] In the Reopening Decision, the RPD found that the applicant had ample opportunity to challenge the Interpol evidence and to adduce his own evidence in response before the Exclusion Decision was made, and that the Exclusion Decision's reliance on the Interpol evidence was not unfair. In the RPD's view, the jurisprudence did not support the applicant's argument that it was unfair for the RPD not to have verified the information contained in the Interpol letter. While the applicant argued that the Minister was required to cooperate in obtaining the correction mentioned in the Adjustment Letter, the RPD found these arguments irrelevant to a reopening decision and stated the applicant should instead make them in the context of a pre-removal risk assessment (PRRA). The RPD further found that the applicant could have appealed to the Refugee Appeal Division (RAD).

III. Issues and Standard of Review

[12] In his judicial review application, the applicant raises several arguments which I summarize as follows:

- (a) The Reopening Decision and reasons pre-date the applicant's reply to the RPD in breach of the RPD Rules allowing for a reply and the RPD's own assurance, and give rise to a reasonable apprehension of bias that the RPD Member prejudged the application in favour of the Minister;
- (b) The RPD erred in faulting the applicant for failing to file a RAD appeal;

[10] Après avoir reçu les observations contradictoires du ministre, la SPR a demandé au demandeur s'il avait l'intention d'y répondre, ce qu'il a fait le 18 mai 2021. Même si elle mentionne les arguments en réplique présentés par le demandeur et a été envoyée sous la forme d'un avis de décision daté du 19 mai 2021, la décision quant à la réouverture est datée du 14 mai 2021.

[11] Dans la décision quant à la réouverture, la SPR a estimé que le demandeur avait eu amplement la possibilité de contester les éléments de preuve d'Interpol et de présenter sa propre preuve en réponse aux observations du ministre avant que la décision quant à l'exclusion ne soit rendue, et que le fait que cette dernière décision repose sur les éléments de preuve d'Interpol n'était pas inéquitable. La SPR croit que la jurisprudence ne corroborait pas l'argument selon lequel il était inéquitable de sa part de ne pas avoir vérifié l'information contenue dans la lettre d'Interpol. Le demandeur a soutenu que le ministre était tenu de l'aider à obtenir la correction mentionnée dans la lettre relative au rajustement, mais la SPR a estimé que ces arguments ne concernaient pas une décision de réouverture et a affirmé que le demandeur devrait plutôt les présenter dans le cadre d'une demande d'examen des risques avant renvoi (ERAR). De plus, la SPR a conclu que le demandeur aurait pu interjeter appel devant la Section d'appel des réfugiés (la SAR).

III. Questions en litige et norme de contrôle

[12] Dans sa demande de contrôle judiciaire, le demandeur soulève plusieurs arguments que je résumerai en ces termes :

- a) La décision quant à la réouverture et les motifs précèdent la réponse du demandeur à la SPR, ce qui contrevient aux Règles de la SPR permettant une réplique dans un délai prescrit et suscite une crainte raisonnable de partialité voulant que le commissaire ait tranché d'avance la demande en faveur du ministre;
- b) La SPR a commis une erreur en reprochant au demandeur de ne pas avoir interjeté appel devant la SAR;

- (c) The RPD erred in finding no breach of procedural fairness resulting from the Exclusion Decision’s reliance on extrinsic evidence, namely, the letter from Interpol Zagreb;
- (d) The RPD erred in finding that the RPD was under no obligation to make efforts to obtain and review the new correspondence from the Croatian authorities, either on its own or with the assistance of the Minister; and
- (e) Natural justice requires the RPD to give the applicant an opportunity to present new evidence with respect to the amendment made by the Croatian authorities.
- c) La SPR a commis une erreur en concluant qu’étant donné que la décision quant à l’exclusion reposait sur une preuve extrinsèque, soit la lettre d’Interpol Zagreb, il n’y avait pas eu manquement à l’équité procédurale;
- d) La SPR a commis une erreur en concluant qu’elle n’était pas tenue de chercher à obtenir et d’examiner la nouvelle lettre des autorités croates, seule ou avec l’aide du ministre;
- e) Selon le principe de la justice naturelle, la SPR aurait dû accorder au demandeur la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve au sujet de la modification apportée par les autorités croates.

[13] The applicant submits the decision of the RPD with respect to an application to re-open a refugee claim is reviewable on the reasonableness standard per *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, and that the standard of review for procedural fairness is effectively correctness, citing *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Canada (Citizenship and Immigration) v. XYZ*, 2019 FC 140, at paragraph 9.

[13] Le demandeur soutient que la décision de la SPR quant à une demande de réouverture d’une demande d’asile est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, conformément à l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, et que la norme de contrôle applicable à l’équité procédurale est celle de la décision correcte, en citant l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 et la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. XYZ*, 2019 CF 140, au paragraphe 9.

[14] The respondent submits that the standard of review for the RPD’s application of rule 62 of the RPD Rules is reasonableness, citing *Djilal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 812, at paragraphs 6–7; *Khakpour v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 25, at paragraphs 20–21.

[14] Le défendeur affirme que la norme de contrôle relative à l’application de la règle 62 des Règles de la SPR par cette dernière est celle de la décision raisonnable, en citant les décisions *Djilal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 812, aux paragraphes 6–7 et *Khakpour c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 25, aux paragraphes 20–21.

[15] For issues of procedural fairness, the respondent submits that “the true question raised when procedural fairness and the duty to act fairly are the object of an application for judicial review is not so much whether the decision was ‘correct’, but rather whether, taking into account the particular context and circumstances at issue, the process followed by the decision-maker was fair and offered the parties a right to be heard and the opportunity to know and respond to the case against them”: *Huang v. Canada*

[15] En ce qui concerne l’équité procédurale, le défendeur affirme que « lorsqu’une demande de contrôle judiciaire porte sur l’équité procédurale et l’obligation d’agir équitablement, la véritable question n’est pas tant de savoir si la décision était “correcte”, mais plutôt de déterminer si, en tenant compte du contexte particulier et des circonstances de l’espèce, le processus suivi par le décideur était équitable et a donné aux parties le droit de se faire entendre ainsi que la possibilité d’être

(*Citizenship and Immigration*), 2018 FC 940, at paragraph 54. For questions of natural justice, the respondent submits the standard is correctness per *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraphs 55, 57 and 79.

[16] I will apply the correctness standard to issues of procedural fairness and natural justice and the reasonableness standard to the remaining issues.

[17] A reasonable decision “is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker”: *Vavilov*, at paragraph 85. The onus is on the applicant to demonstrate that the RPD decision is unreasonable. To set aside a decision on this basis, the reviewing court must be satisfied that “there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency”: *Vavilov*, at paragraph 100.

IV. Relevant Provisions

[18] Rule 62 of the RPD Rules states, in relevant part:

Application to reopen claim

62 (1) At any time before the Refugee Appeal Division or the Federal Court has made a final determination in respect of a claim for refugee protection that has been decided or declared abandoned, the claimant or the Minister may make an application to the Division to reopen the claim.

....

Factor

(6) The Division must not allow the application unless it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice.

Factors

(7) In deciding the application, the Division must consider any relevant factors, including

informées de la preuve à réfuter et d’y répondre » (*Huang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*), 2018 CF 940, au paragraphe 54. Pour les questions de justice naturelle, le défendeur affirme que la norme applicable est celle de la décision correcte, selon l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, aux paragraphes 55, 57 et 79.

[16] J’appliquerai la norme de la décision correcte aux questions d’équité procédurale et de justice naturelle et celle de la décision raisonnable aux questions résiduelles.

[17] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » : *Vavilov*, au paragraphe 85. Il incombe aux demandeurs de démontrer que la décision de la SPR est déraisonnable. Afin de pouvoir infirmer la décision pour ce motif, la cour de révision doit être convaincue « qu’elle souffre de lacunes graves à un point tel qu’on ne peut pas dire qu’elle satisfait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence » : *Vavilov*, au paragraphe 100.

IV. Dispositions pertinentes

[18] Les passages pertinents de la règle 62 des Règles de la SPR sont ainsi libellés :

Demande de réouverture d’une demande d’asile

62 (1) À tout moment avant que la Section d’appel des réfugiés ou la Cour fédérale rende une décision en dernier ressort à l’égard de la demande d’asile qui a fait l’objet d’une décision ou dont le désistement a été prononcé, le demandeur d’asile ou le ministre peut demander à la Section de rouvrir cette demande d’asile.

[...]

Élément à considérer

(6) La Section ne peut accueillir la demande que si un manquement à un principe de justice naturelle est établi.

Éléments à considérer

(7) Pour statuer sur la demande, la Section prend en considération tout élément pertinent, notamment :

(a) whether the application was made in a timely manner and the justification for any delay; and

(b) the reasons why

(i) a party who had the right of appeal to the Refugee Appeal Division did not appeal, or

(ii) a party did not make an application for leave to apply for judicial review or an application for judicial review.

a) la question de savoir si la demande a été faite en temps opportun et, le cas échéant, la justification du retard;

b) les raisons pour lesquelles :

(i) soit une partie qui en avait le droit n'a pas interjeté appel auprès de la Section d'appel des réfugiés;

(ii) soit une partie n'a pas présenté une demande d'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire ou une demande de contrôle judiciaire.

[19] The IRPA also states as follows:

170.2 The Refugee Protection Division does not have jurisdiction to reopen on any ground — including a failure to observe a principle of natural justice — a claim for refugee protection, an application for protection or an application for cessation or vacation, in respect of which the Refugee Appeal Division or the Federal Court, as the case may be, has made a final determination.

V. Analysis

[20] While the applicant raises a number of arguments, I will only focus my analysis on the following three questions:

- (a) Whether the RPD breached procedural fairness or displayed an apprehension of bias based on the timing of the Reopening Decision;
- (b) Whether the RPD has an obligation to verify information in the Interpol communication; and
- (c) Whether natural justice requires the RPD to give the applicant an opportunity to present new evidence.

Issue 1: Did the RPD breach procedural fairness or display an apprehension of bias based on the timing of the Reopening Decision?

[21] The applicant points out that the reasons for the Reopening Decision are dated May 14, 2021, before the applicant's reply submissions were filed on May 18, 2021.

[19] De plus, la LIPR énonce ce qui suit :

170.2 La Section de la protection des réfugiés n'a pas compétence pour rouvrir, pour quelque motif que ce soit, y compris le manquement à un principe de justice naturelle, les demandes d'asile ou de protection ou les demandes d'annulation ou de constat de perte de l'asile à l'égard desquelles la Section d'appel des réfugiés ou la Cour fédérale, selon le cas, a rendu une décision en dernier ressort.

V. Analyse

[20] En dépit du fait que le demandeur soulève un certain nombre d'arguments, je ne concentrerai mon analyse que sur les trois questions qui suivent :

- a) La SPR a-t-elle manqué à l'équité procédurale ou fait montre de partialité en rendant d'avance la décision quant à la réouverture?
- b) La SPR est-elle tenue de vérifier l'information figurant dans la communication d'Interpol?
- c) La justice naturelle exige-t-elle que la SPR donne au demandeur la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve?

Question en litige 1 : La SPR a-t-elle manqué à l'équité procédurale ou fait montre de partialité en rendant d'avance la décision quant à la réouverture?

[21] Le demandeur souligne que les motifs de la décision quant à la réouverture sont datés du 14 mai 2021, soit avant qu'il ne produise ses observations en réplique,

In the applicant's view, to the extent that the decision and reasons were issued prior to the applicant's reply, this was in breach of the RPD Rules allowing for a reply, as well as the RPD's assurance that he would be given five days to reply.

[22] While acknowledging that the RPD mentioned his reply in its reasons, the applicant argues that the reference is brief and generic, partly in a different font size, and not responsive to his detailed arguments, giving the clear impression that it was simply added to a decision that had already been written.

[23] The applicant further argues that a reasonable apprehension of bias arises, as the circumstances give a clear impression that the decision had been made and substantially written on May 14, 2021, prior to the receipt of the applicant's reply, and that the RPD prejudged the application in favour of the Minister. The applicant points to the fact that the RPD Member allowed the late filing of the Minister's response without comment, asked the applicant if he wished to reply despite his right to do so under the RPD Rules, and sent out the decision under cover of notice dated only a day after the applicant's reply was received.

[24] I am not persuaded by the applicant's argument on this point.

[25] As the applicant submits, the test for a reasonable apprehension of bias was reaffirmed in *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282 (*Yukon*), at paragraph 20:

The test for a reasonable apprehension of bias is undisputed and was first articulated by this Court as follows:

... what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly. [Citation omitted.]

le 18 mai 2021. Il estime que, puisque la décision et les motifs ont été rendus avant qu'il ne présente sa réplique, les Règles de la SPR autorisant une réplique et le délai de cinq jours prescrit pour ce faire n'ont pas été respectés.

[22] Même s'il a reconnu que la SPR avait mentionné sa réplique dans ses motifs, le demandeur soutient que la mention était brève et d'ordre général, que la taille des caractères était différente pour une partie de la mention, et qu'elle ne tenait pas compte de ses arguments détaillés, ce qui donnait clairement l'impression qu'elle avait été tout simplement ajoutée à une décision qui était déjà rédigée.

[23] De plus, le demandeur prétend qu'il y a une crainte raisonnable de partialité puisque les circonstances donnent clairement l'impression que la décision a été prise et rédigée substantiellement le 14 mai 2021 avant que la SPR ne reçoive sa réponse, et que la SPR a tranché d'avance la demande en faveur du ministre. Le demandeur souligne que le commissaire a laissé le ministre présenter sa réponse hors délai sans formuler de commentaires, lui a demandé s'il souhaitait y répliquer, alors que son droit à cet égard était inscrit dans les Règles de la SPR, et a envoyé la décision sous la forme d'un avis daté d'un jour seulement après la réception de sa réplique.

[24] Les arguments du demandeur sur cette question ne me convainquent pas.

[25] Ainsi que le prétend le demandeur, le critère applicable à une crainte raisonnable de partialité a été confirmé dans l'arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282 (*Commission scolaire francophone du Yukon*), au paragraphe 20 :

Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité n'est pas contesté et il a été formulé pour la première fois par notre Cour en ces termes :

[...] à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? [Référence omise.]

[26] More recently, this Court reiterated the high threshold required to establish an apprehension of bias in *Saran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 524, at paragraph 10:

... There is a rebuttable presumption that a tribunal member will act fairly and impartially. Suspicion alone of bias is not enough; a real likelihood or probability of bias must be demonstrated (by the person alleging bias) and the threshold for a finding of real or **perceived** bias is high. [Emphasis in original.]

[27] In my view, the applicant has not met the high threshold for a finding of real or perceived bias on the part of the RPD.

[28] The Reopening Decision did refer to the applicant's reply. While brief, the two paragraphs in the Reopening Decision under the heading "Submissions in Reply" reasonably captured the essence of the applicant's reply arguments, namely, that the Exclusion Decision erred in relying on extrinsic evidence and that he was denied due process by the Croatian courts. Later on in the Reopening Decision, the RPD Member further explained why he rejected the applicant's characterization of the Interpol evidence as extrinsic and why he found there was no denial of natural justice.

[29] Unlike the case in *Yukon*, where the trial judge advised counsel he would entertain additional arguments and then refused to hear the arguments *after* his ruling, the RPD Member in this case did invite and consider the reply submissions of the applicant before the decision was issued.

[30] As to the date of the Reopening Decision, I agree with the respondent that the reference to May 14, 2021, is of no factual significance. In reading the Reopening Decision as a whole, while taking into consideration the circumstances surrounding the issuance of the said

[26] Plus récemment, la Cour a réitéré le seuil élevé à franchir pour établir une crainte de partialité dans la décision *Saran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 524, au paragraphe 10 :

... Il existe une présomption réfutable selon laquelle les membres de tribunaux agiront de manière équitable et impartiale. Un simple soupçon de partialité ne suffit pas; la personne qui allègue la partialité doit établir une probabilité réelle de partialité et le seuil à franchir pour conclure à une partialité réelle ou apparente est élevé. [Souligné dans l'original.]

[27] J'estime que le demandeur n'a pas atteint le seuil élevé permettant une conclusion de partialité réelle ou apparente de la part de la SPR.

[28] La décision quant à la réouverture mentionnait bel et bien la réplique envoyée par le demandeur. Malgré leur brièveté, les deux paragraphes figurant dans la décision sous la rubrique « Observations présentées en réplique » résumaient de façon raisonnable l'essentiel des arguments présentés en réplique par le demandeur, soit que la décision quant à la réouverture était erronée parce qu'elle reposait sur une preuve extrinsèque et que les tribunaux croates l'avaient privé de l'application régulière de la loi. Plus loin dans la décision, le commissaire a explicité les raisons pour lesquelles il avait rejeté la qualification des éléments de preuve d'Interpol d'extrinsèques par le demandeur et les raisons pour lesquelles il concluait qu'il n'y avait pas eu manquement au principe de justice naturelle.

[29] Contrairement à l'arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon*, où le juge du procès a dit aux avocats qu'il entendrait d'autres arguments sur l'affaire pour ensuite refuser d'entendre les arguments après avoir rendu son jugement, le commissaire en l'espèce a bel et bien invité le demandeur à présenter des observations en réplique et a bel et bien pris celles-ci en compte avant de rendre sa décision.

[30] En ce qui concerne la date de la décision quant à la réouverture, je conviens avec le défendeur que la mention du 14 mai 2021 ne revêt pas d'importance sur le plan des faits. Après avoir lu la décision dans son ensemble, tout en prenant en compte les circonstances entourant le

decision, I am not convinced that an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—would conclude that there is a reasonable apprehension of bias.

Issue 2: Did the RPD have an obligation to verify information in the Interpol communication?

[31] The applicant argues that the RPD has an obligation to verify information, especially where, as here, such information is not readily available to the applicant. In *Paxi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 905 (*Paxi*), at paragraph 52, the RPD found a letter of support not credible because it was not notarized and did not attach other objective evidence, but Justice Russell found that the Board should at least have attempted to contact the author through the contact information provided.

[32] The Reopening Decision rejected this argument, finding that *Paxi* “has been criticized and not generally followed recently.” The RPD cited *Mohamed v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1537 (*Mohamed*), at paragraph 88, in which Justice Annis stated: “I disagree that an administrative tribunal has an obligation to contact a witness to obtain information” (which was followed by Justice Roy in *Lutonadio v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 18, at paragraph 23).

[33] In response, the applicant argues that *Paxi* is in fact good law and has been followed in *Downer v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2018 FC 45, at paragraph 63; *Nugent v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1380, at paragraph 17; and *Avril v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1512, at paragraphs 60–64.

[34] In addition to the cases cited by the applicant, I note that *Paxi* was mentioned as recently as this year by Justice Manson in *Zhang v. Canada (Citizenship and*

prononcé de ladite décision, je ne suis pas convaincue qu’une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique, conclurait qu’il existe une crainte raisonnable de partialité.

Question en litige 2 : La SPR était-elle tenue de vérifier l’information figurant dans la communication d’Interpol?

[31] Le demandeur soutient que la SPR était tenue de vérifier l’information, particulièrement lorsque, comme c’est le cas ici, l’information n’est pas facilement accessible pour le demandeur. Dans la décision *Paxi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 905 (*Paxi*), au paragraphe 52, la SPR avait jugé qu’une lettre de soutien n’était pas crédible parce qu’elle n’était pas notariée et qu’elle n’était pas accompagnée d’autres éléments de preuve objectifs, mais le juge Russell avait conclu que la Commission aurait dû, à tout le moins, tenter de contacter l’auteur de la lettre au moyen des coordonnées qui étaient fournies.

[32] Cet argument a été rejeté dans la décision quant à la réouverture, où il était souligné que la décision *Paxi* « a[vait] été critiquée et [...] n’a[vait] pas été généralement suivie récemment ». La SPR a cité la décision *Mohamed c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1537 (*Mohamed*), au paragraphe 88, dans laquelle le juge Annis avait statué : « je ne souscris pas à la position selon laquelle un tribunal administratif a l’obligation de communiquer avec un témoin pour obtenir des renseignements » (qui a été suivie par le juge Roy dans la décision *Lutonadio c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 18, au paragraphe 23).

[33] Le demandeur soutient en réponse que la décision *Paxi* est en fait bien fondée en droit et qu’elle a été suivie dans les décisions *Downer c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2018 CF 45, au paragraphe 63; *Nugent c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1380, au paragraphe 17; et *Avril c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1512, aux paragraphes 60–64.

[34] Outre les affaires citées par le demandeur, je constate que la décision *Paxi* a été mentionnée cette année par le juge Manson dans la décision *Zhang c. Canada*

Immigration), 2022 FC 197 (*Zhang*) before finding an officer failed to provide cogent reasoning why the documents provided by the applicant should result in a determination of fraudulent conduct amounting to a misrepresentation. As Justice Manson noted [at paragraph 24]:

In addition, while the onus lies on the Applicant to provide the best evidence and the Officer does not have to conduct further enquiries, there does appear to be an expectation that an Officer will take it upon themselves to simply use the contact information provided to verify the authenticity of the evidence that is provided [*Paxi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 905 at paragraph 52; *Kojouri v. Canada (Minister and Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1389 at paragraphs 18 to 19; *Hui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2011 FC 1098] at paragraph 3; *Huyen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 904] at paragraph 5]. The Officer, in this case, was provided contact information with the Applicant's documents and did not use this to simply call and verify their authenticity.

[35] Based on the above, I find the RPD's conclusion that *Paxi* "has been criticized and not generally followed recently" is not supported by the cases that have cited *Paxi*. At the very least, this conclusion does not reflect the totality of the case law.

[36] I also find it worth repeating why Justice Russell concluded [at paragraph 52] in *Paxi* that the RPD should have taken steps to verify the information of which it questioned the authenticity:

.... Lives are at stake here, and yet a simple check is not made. For the Board to take issue with the authenticity of the document yet make no further inquiries despite having the appropriate contact information to do so is a reviewable error: *Kojouri v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1389 at paras 18-19; *Huyen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001 FCT 904 (CanLII)] [2001] FCJ No 1267 at para 5.

[37] There is no question that the applicant bears the onus of demonstrating why his claim should be reopened.

(*Citoyenneté et Immigration*), 2022 CF 197 (*Zhang*) avant qu'il ne conclue qu'un agent avait omis de fournir un raisonnement convaincant quant aux raisons pour lesquelles les documents produits par le demandeur devaient entraîner une conclusion de conduite frauduleuse équivalant à une fausse déclaration. Comme l'a souligné le juge Manson [au paragraphe 24] :

De plus, bien qu'il incombe au demandeur de fournir les meilleurs éléments de preuve et que l'agent n'ait pas à obtenir des renseignements additionnels, on peut s'attendre en général à ce que l'agent se fasse un devoir d'utiliser les coordonnées fournies pour vérifier l'authenticité des éléments de preuve fournis [*Paxi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 905 au para 52; *Kojouri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration)*, 2003 CF 1389, aux para 18-19; *Hui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 1098 au para 3; *Huyen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 904 au para 5]. L'agent, en l'espèce, a reçu des coordonnées dans les documents de la demanderesse et il n'a pas cru utile d'appeler pour vérifier l'authenticité de la preuve.

[35] Sur la foi de ce qui précède, j'estime que la conclusion tirée par la SPR, selon laquelle la décision *Paxi* « a été critiquée et [...] n'a pas été généralement suivie récemment », n'est pas étayée par les affaires qui ont cité la décision. À tout le moins, cette conclusion ne reflète pas la totalité de la jurisprudence.

[36] J'estime aussi qu'il convient de réitérer les raisons pour lesquelles le juge Russell a conclu dans la décision *Paxi* [au paragraphe 52] que la SPR aurait dû faire ce qu'il fallait pour vérifier l'information dont elle contestait l'authenticité :

... Des vies sont en jeu ici, et pourtant pas la moindre vérification n'a été faite. Le fait que la Commission a remis en cause l'authenticité du document sans s'être renseignée davantage alors qu'elle disposait des coordonnées appropriées pour le faire constitue une erreur susceptible de révision : *Kojouri c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1389, aux paragraphes 18 et 19; *Huyen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 1267, au paragraphe 5.

[37] Il n'y a aucun doute qu'il incombe au demandeur d'établir les motifs pour lesquels sa demande devrait être

However, his particular situation, in my view, illustrates why fairness would sometimes require the RPD to take a small, not-too-onerous, step of making further inquiry into the information relevant to a claim.

[38] The applicant is not seeking the RPD's assistance to contact a witness, unlike the situation in *Mohamed*, or to verify the authenticity of a document, as in *Paxi* and *Zhang*. Rather, the applicant seeks the RPD's assistance to obtain a document that has presumably been submitted to Canadian authorities, who have thus far failed to respond to the applicant's ATIP request. The document in question is not in the possession of the applicant, but instead is in the possession of the Canadian authorities. The applicant is not in a position to force the Canadian authorities to produce the document to the RPD, only the Minister would be able to do so, should he so choose. Further, the Minister has relied on the Interpol Zagreb letter to seek the applicant's exclusion from refugee protection—the same letter whose accuracy is now put into question by the very document that the applicant requires assistance to obtain.

[39] Given all these circumstances, and given the importance of the Adjustment Letter to the applicant's claim, the RPD's conclusion that verifying the information contained in the Interpol letter did not fall within its role was not only unreasonable, it was a breach of procedural fairness.

[40] At the hearing, the respondent made the following arguments:

- The Adjustment Letter was unclear and therefore it was not for the RPD to rely on to find that there was any correction to the amount of drug;
- Based on the decisions from the Croatian courts, the amount of drug that the applicant was alleged to be dealing was far greater than 7.082 grams; and hence the applicant already had the benefit of a conservative error made by the RPD;

rouverte. Toutefois, j'estime que cette situation particulière illustre les raisons pour lesquelles l'équité exigerait parfois que la SPR prenne la peine d'approfondir l'information se rapportant à une demande d'asile.

[38] Le demandeur ne demande pas l'aide de la SPR pour contacter un témoin, contrairement à la situation dans la décision *Mohamed*, ou pour vérifier l'authenticité d'un document, comme dans les décisions *Paxi* et *Zhang*. Il demande plutôt l'aide de la SPR pour obtenir un document qui aurait été transmis aux autorités canadiennes, lesquelles, jusqu'à maintenant, n'ont pas répondu à la demande d'AIPRP qu'il a présentée. Le document en question n'est pas en la possession du demandeur; il est plutôt en la possession des autorités canadiennes. Le demandeur n'est pas en mesure de forcer les autorités canadiennes à fournir le document à la SPR; seul le ministre le pourrait si telle était sa volonté. De plus, le ministre s'est fondé sur la lettre envoyée par Interpol Zagreb pour exclure le demandeur de la qualité de réfugié — la lettre dont l'exactitude est désormais contestée par le document que le demandeur voudrait qu'on l'aide à obtenir.

[39] À la lumière de toutes les circonstances, et compte tenu de l'importance de la lettre relative au rajustement pour la demande d'asile du demandeur, la conclusion tirée par la SPR selon laquelle il ne lui appartenait pas de vérifier l'information contenue dans la lettre d'Interpol Zagreb était non seulement déraisonnable, mais elle constituait aussi un manquement à l'équité procédurale.

[40] Lors de l'audience, le défendeur a avancé les arguments qui suivent :

- La lettre relative au rajustement n'était pas claire, et il n'appartenait pas à la SPR de se fonder sur elle pour conclure si la quantité de stupéfiants avait été corrigée;
- Selon les décisions rendues par les tribunaux croates, la quantité de stupéfiants dont le demandeur aurait fait le trafic dépassait de beaucoup 7,082 grammes; par conséquent, le demandeur bénéficiait déjà d'une erreur d'appréciation de la part de la SPR;

- The ATIP request is processed by a different department, and therefore RPD has no obligation to assist the applicant with his ATIP request;
- The applicant lacks credibility as he failed to disclose the heroin charges in his refugee claim.
- Le traitement de la demande d'AIPRP relève d'un autre ministère; par conséquent, la SPR n'était pas tenue d'apporter son aide au demandeur à cet égard;
- Le demandeur n'est pas crédible parce qu'il a omis de divulguer les accusations de possession d'héroïne qui avaient été portées contre lui dans sa demande d'asile.

[41] At one point during the hearing, the respondent asserted that there was evidence indicating that ATIP had advised the applicant that no letter has been received by the Canadian authorities regarding any amendment to his criminal conviction. The respondent retracted this assertion after failing to find such evidence in the record.

[41] À un certain moment au cours de l'audience, le défendeur a affirmé qu'il y avait des éléments de preuve selon lesquels la division de l'AIPRP avait informé le demandeur que les autorités canadiennes n'avaient reçu aucune lettre concernant une modification de ses condamnations au criminel. Le défendeur a retiré cette affirmation après ne pas avoir pu trouver les éléments de preuve dans le dossier.

[42] In my view, none of the respondent's submissions addressed the key argument raised by the applicant, namely, the RPD has an obligation to assist in obtaining evidence in this case. Nor were these the arguments relied on by the RPD in its analysis. It is not up to the respondent to bolster the reasoning of the RPD.

[42] J'estime qu'aucune des observations formulées par le défendeur n'abordait l'argument principal avancé par le demandeur selon lequel la SPR était tenue de lui apporter son aide pour obtenir des éléments de preuve dans la présente affaire. La SPR ne s'est pas non plus appuyée sur ces observations dans son analyse. Ce n'est pas le rôle du défendeur de renforcer le raisonnement de la SPR.

Issue 3: Did natural justice require the RPD to give the applicant an opportunity to present new evidence in the Reopening Decision proceedings?

Question en litige 3 : La justice naturelle exigeait-elle que la SPR donne au demandeur la possibilité de présenter de nouveaux éléments de preuve?

[43] The applicant further argues that natural justice now requires that he be given the opportunity to present the evidence he has obtained that Croatian authorities have retracted their misstatement. He states that he reasonably believes the correction relates to the amount of heroin, as this was what he requested. I also note that the Adjustment Letter stated that "with regards to the processed data regarding drug amounts, we hereby inform you that an adjustment has been made to the Criminal records" [emphasis added].

[43] De plus, le demandeur affirme que le principe de la justice naturelle exige désormais qu'il ait la possibilité de produire les éléments de preuve qu'il a obtenus selon lesquels les autorités croates ont retiré leur déclaration erronée. Il soutient qu'il croit de façon raisonnable que la correction se rapporte à la quantité d'héroïne, puisque c'était ce qu'il avait demandé. Aussi, je constate que la lettre relative au rajustement mentionnait que [TRADUCTION] « en ce qui concerne les données traitées se rapportant aux quantités de stupéfiants, nous vous informons par la présente qu'un rajustement a été apporté aux documents judiciaires » [non souligné dans l'original].

[44] Before the RPD, the applicant submitted that he had made an ATIP request for the communication that Interpol Zagreb indicated it would make to Canadian

[44] Devant la SPR, le demandeur a soutenu qu'il avait présenté une demande d'AIPRP pour obtenir la communication qu'Interpol Zagreb était censé envoyer aux autorités

authorities. However, the applicant submits that there is no guarantee the information will be released, as there are numerous exceptions in this legislation. He adds that he has been served with a PRRA and may be removed before he receives a response. He also argues that an access to information request is not a substitute for disclosure (citing *Natt v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 238, [2009] 3 F.C.R. D-2, at paragraph 25, in which the Court stated “[n]o ‘access to information’ request is necessary to obtain information which the respondent relied upon in accusing the applicant of misrepresentation”).

[45] In the Reopening Decision, the RPD responded that these arguments are not relevant to the question of natural justice and should rather be made in a PRRA. The RPD further concluded that despite the mention of an amendment or adjustment of the applicant’s criminal record, there was no information on file about what that amendment would be.

[46] The applicant argues that the RPD’s reasoning fails *Vavilov*’s requirement of responsive reasons and did not respond to his arguments. I agree.

[47] The Adjustment Letter was relevant to determining the seriousness of the applicant’s conviction. And, as I have noted above, as among the applicant, the respondent and the RPD, the applicant is the least able to compel the Canadian authorities to produce the letter in question.

[48] Under these circumstances, natural justice requires the RPD to reopen his claim, to consider this evidence if obtained by the applicant, or to assist the applicant in obtaining and reviewing this information if he cannot, for instance, through a request from the Board’s Research Directorate, or by requiring the Minister to make inquiries of the relevant Canadian law enforcement agencies.

canadiennes. Toutefois, il prétend que rien ne garantit qu’il obtiendra l’information puisque les dispositions législatives pertinentes prévoient de nombreuses exceptions. Il précise qu’il a reçu signification d’un ERAR et qu’il pourrait être renvoyé du pays avant de recevoir une réponse. De plus, il soutient qu’une demande d’accès à l’information ne remplace pas la divulgation, (en citant la décision *Natt c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2009 CF 238, [2009] 3 R.C.F. F-2, au paragraphe 25, dans laquelle la Cour a affirmé qu’« [a]ucune demande en vertu de la *Loi sur l’accès à l’information* n’est nécessaire pour obtenir des renseignements sur lesquels le défendeur s’est appuyé pour accuser le demandeur de fausses déclarations »).

[45] Dans la décision quant à la réouverture, la SPR a répondu que ces arguments ne concernaient pas la question relative à la justice naturelle et que le demandeur devrait plutôt les faire valoir dans un ERAR. De plus, la SPR a estimé qu’en dépit de la mention d’une modification ou d’un rajustement au casier judiciaire du demandeur il n’y avait pas d’information au dossier quant à la teneur de cette modification.

[46] Le demandeur soutient que le raisonnement de la SPR ne répond pas à l’exigence quant à la présentation de motifs adaptés énoncée dans l’arrêt *Vavilov* et ne répondait pas aux arguments qu’il avait avancés. C’est aussi mon avis.

[47] La lettre relative au rajustement a permis d’établir la gravité de la déclaration de culpabilité du demandeur. Et, comme je l’ai souligné précédemment, entre le demandeur, le défendeur et la SPR, le demandeur est celui qui est le moins à même de forcer les autorités canadiennes à produire la lettre en question.

[48] Vu les circonstances, le principe de la justice naturelle exige que la SPR rouvre la demande d’asile, prenne en compte cet élément de preuve si le demandeur parvient à l’obtenir ou apporte son aide à celui-ci pour obtenir l’information, s’il ne parvient pas à le faire, et l’examiner, par exemple, au moyen d’une demande émanant de la Direction des recherches de la Commission, ou en enjoignant au ministre de s’adresser aux organismes canadiens d’exécution de la loi.

[49] The applicant further argues that the RPD erred in finding he should make his arguments to the officer in the context of a PRRA. The applicant points to the Federal Court of Appeal’s statement that a PRRA officer “does not have the discretion to revisit past evidence or to decide that the question of exclusion should be redetermined”: *Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700 (*Tapambwa*), at paragraphs 57–58.

[50] I note, first of all, stating that the applicant has an opportunity to make PRRA submissions is not a cure to the procedural unfairness before the RPD. More importantly, a person who was excluded under Article 1F has access only to a restricted PRRA under section 97 of IRPA and cannot be considered under section 96, and this restricted PRRA can only stay removal and not confer refugee protection: *Tapambwa*, at paragraphs 2–5.

[51] I also reject the respondent’s submission that the applicant was “misusing” the RPD and the court process by choosing not to appeal to the RAD or submit a PRRA.

[52] Thus, the only appropriate remedy is to send the matter back for redetermination by a different member.

[53] While I cannot compel the RPD or the Minister to assist the applicant in obtaining the missing document, I would certainly hope that, in light of the seriousness of the allegations against the applicant, and the serious consequence to the applicant if his claim is not re-opened, both the RPD and the Minister would see fit to exercise their power to ensure fairness in the applicant’s claim process going forward.

VI. Conclusion

[54] The application for judicial review is granted and the matter is returned for redetermination by a different member of the RPD.

[49] De plus, le demandeur soutient que la SPR a commis une erreur en concluant qu’il aurait dû faire valoir ses arguments auprès de l’agent dans le cadre d’un ERAR. Il souligne l’affirmation de la Cour d’appel fédérale selon laquelle un agent d’ERAR « n’a pas le pouvoir discrétionnaire de réexaminer les éléments de preuve antérieurs ou de décider que la question de l’exclusion doit être réexaminée » : *Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700 (*Tapambwa*), aux paragraphes 57–58.

[50] Tout d’abord, je fais remarquer, qu’affirmer que le demandeur a la possibilité de formuler des observations dans le cadre de l’ERAR ne remédie pas au manquement à l’équité procédurale devant la SPR. Et surtout, une personne qui est exclue aux termes de la section F de l’article premier de la Convention n’a accès qu’à un ERAR restreint au titre de l’article 97 de la LIPR, dont les risques ne peuvent être appréciés en fonction de l’article 96, et cet ERAR restreint ne peut que surseoir au renvoi et ne confère pas l’asile : *Tapambwa*, aux paragraphes 2–5.

[51] Je rejette également l’observation formulée par le défendeur selon laquelle le demandeur a fait [TRADUCTION] « mauvais usage » de la SPR et du processus judiciaire en décidant de ne pas interjeter appel devant la SAR ou de ne pas présenter une demande d’ERAR.

[52] Par conséquent, la seule réparation qui convienne consiste à renvoyer l’affaire de sorte qu’un autre commissaire procède à un nouvel examen.

[53] Bien que je ne puisse pas forcer la SPR ou le ministre à aider le demandeur à obtenir le document manquant, j’ose certainement espérer que, à la lumière de la gravité des allégations qui pèsent contre le demandeur, ainsi que des conséquences sérieuses pour le demandeur si sa demande d’asile n’est pas rouverte, la SPR et le ministre accepteront d’exercer les pouvoirs dont ils sont investis pour que la demande d’asile du demandeur soit désormais traitée de façon équitable.

VI. Conclusion

[54] La demande de contrôle judiciaire est accueillie et l’affaire est renvoyée à un autre commissaire de la SPR pour nouvel examen.

[55] There is no question to certify.

[55] Il n'y a aucune question à certifier.

JUDGMENT in IMM-3890-21

JUGEMENT dans le dossier IMM-3890-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE :

1. The application for judicial review is granted.
2. The matter is returned for redetermination by a different member of the RPD.
3. There are no questions to certify.

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. L'affaire est renvoyée à un autre commissaire de la SPR pour nouvel examen.
3. Il n'y a pas de questions à certifier.

IMM-8878-21
2022 FC 1091

IMM-8878-21
2022 CF 1091

Dana Levin (*Applicant*)

Dana Levin (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (*Respondent*)

Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (*défendeur*)

INDEXED AS: LEVIN v. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)

RÉPERTORIÉ : LEVIN c. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)

Federal Court, Strickland J.—By videoconference, July 12; Ottawa, July 25, 2022.

Cour fédérale, juge Strickland—Par vidéoconférence, 12 juillet; Ottawa, 25 juillet 2022.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Persons with Temporary Status — Application for judicial review of decision by Canada Border Services Agency (CBSA) Officer refusing applicant’s application for work permit under Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA) — Applicant, American, accepted probationary, tenure-track assistant professor position at University of Windsor — Received five-year work permit when she entered Canada to begin work in June 2010 — Applicant not residing in Canada, having no desire to do so — In 2017, applicant promoted to tenured position — In 2015, 2018, applicant’s work permit successfully renewed under North American Free Trade Agreement (NAFTA) — In 2021, applicant applied for renewed work permit under new CUSMA agreement but CBSA officer, referencing section 3.7 of Immigration, Refugees and Citizenship Canada’s (IRCC) International Mobility Program: Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA) guidelines (Guidelines) found that, because applicant was tenured, her employment was not considered “temporary” — Subsequently, applicant applied to renew work permit under CUSMA through IRCC’s web portal, received IRCC’s initial approval — Later, after applicant returned to port of entry to obtain work permit for which initial approval received, CBSA Officer refused her request — Whether Officer’s decision refusing to issue work permit to applicant reasonable — At time decision rendered, applicant qualified as “professional” under CUSMA, met other requirements — Only issue before Officer related to concept of “temporary entry” — In rendering decision, Officer relied exclusively on Guidelines, s. 3.7; found that applicant’s employment was not temporary; specifically found that because applicant was tenured, employment was not considered temporary — While administrative guidelines can be useful in indicating what constitutes reasonable interpretation of given legislative provision, they are not legally binding, are not intended to be either exhaustive or restrictive — Officer erred: by relying exclusively on Guidelines, s. 3.7 to make decision; in

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Personnes ayant un statut temporaire — Demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un agent de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a rejeté la demande présentée par la demanderesse en vue d’obtenir un permis de travail en vertu de l’Accord Canada-États-Unis-Mexique (l’ACEUM) — La demanderesse, une citoyenne des États-Unis, a accepté un poste de professeure extraordinaire adjointe menant à la permanence à l’Université de Windsor — Elle a obtenu un permis de travail d’une durée de cinq ans lorsqu’elle est entrée au Canada pour intégrer son emploi en juin 2010 — La demanderesse ne réside pas au Canada et ne souhaite pas le faire — En 2017, la demanderesse a été promue au poste de professeure permanente — En 2015, puis en 2018, le permis de travail de la demanderesse a été renouvelé aux termes de l’Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) — En 2021, la demanderesse a demandé le renouvellement de son permis de travail en vertu du nouvel ACEUM, mais l’agent de l’ASFC, invoquant la section 3.7 des lignes directrices d’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC), intitulées Programme de mobilité internationale : l’Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM) (les Lignes directrices), a conclu que, comme la demanderesse disposait d’un emploi permanent, l’emploi ne pouvait être considéré comme « temporaire » — Par la suite, la demanderesse a demandé le renouvellement de son permis de travail en vertu de l’ACEUM sur le portail Web d’IRCC, puis a reçu l’approbation initiale d’IRCC — La demanderesse est ensuite retournée au point d’entrée pour demander la délivrance du permis de travail pour lequel elle avait reçu l’approbation initiale d’IRCC, mais l’agent de l’ASFC a refusé sa demande — Il s’agissait de savoir si la décision de l’agent de refuser de délivrer un permis de travail à la demanderesse était raisonnable — Au moment où la décision a été rendue, la demanderesse était une « professionnelle » aux termes de l’ACEUM et satisfaisait aux autres exigences — La seule

failing to also consider whether, pursuant to CUSMA, Art. 16.1, applicant sought “temporary entry” since she did not intend to establish permanent residence in Canada — Therefore, Officer fettered discretion by failing to also consider whether applicant intended to establish herself permanently in Canada, whether she complied with Canada’s measures applicable to temporary entry — Officer’s decision set aside, matter remitted to another CBSA officer for redetermination having regard to reasons herein — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision rendered by an officer (Officer) of the Canada Border Services Agency (CBSA) refusing the applicant’s application for a work permit under the *Canada-United States-Mexico Agreement* (CUSMA).

The applicant is a citizen of the United States. In 2010, she accepted a probationary, tenure-track assistant professor position with the School of Social Work at the University of Windsor (University). That offer of employment was made following a positive Labour Market Impact Assessment (LMIA) submitted by the University. The applicant received a five-year work permit when she entered Canada to begin work in June 2010. The applicant does not reside in Canada, nor does she desire to do so. Windsor’s proximity to Ann Arbor, Michigan, where she resides with her family, allows the applicant to commute to work to fulfill her teaching and other on-campus responsibilities. In 2015, the applicant applied to renew her work permit, in person, at the Ambassador Bridge port of entry. She was issued a three-year work permit as a professional under the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA), the predecessor to CUSMA. In July 2017, the applicant was promoted to the position of tenured associate professor. In 2018, she again applied for a renewed work permit, as a professional under NAFTA, which was granted for another three-year period. On July 1, 2020, CUSMA came into force replacing NAFTA. On June 7, 2021, the applicant applied for a renewed work permit, in person, at the Ambassador Bridge port of entry. A CBSA officer noted that she had applied under CUSMA,

question dont l’agent était saisi concernait la notion d’« admission temporaire » — Pour rendre sa décision, l’agent s’est appuyé exclusivement sur la section 3.7 des Lignes directrices et a conclu que l’emploi de la demanderesse n’était pas temporaire; il a expressément conclu que parce que la demanderesse disposait d’un emploi permanent, l’emploi ne pouvait être considéré comme temporaire — Si les lignes directrices administratives peuvent être utiles pour indiquer ce qui constitue une interprétation raisonnable d’une disposition législative donnée, elles ne sont pas juridiquement contraignantes et ne sont pas conçues pour être exhaustives ou restrictives — L’agent a commis une erreur en se fondant exclusivement sur la section 3.7 des Lignes directrices pour rendre sa décision et en n’examinant pas la question de savoir si la demanderesse sollicitait une « admission temporaire » en vertu de l’article 16.1 de l’ACEUM, puisqu’elle n’avait pas l’intention de résider de manière permanente au Canada — Par conséquent, l’agent a effectivement entravé son pouvoir discrétionnaire en n’examinant pas si la demanderesse avait l’intention d’établir sa résidence permanente au Canada et si elle se conformait aux mesures canadiennes applicables à l’admission temporaire — La décision a été annulée et l’affaire renvoyée à un autre agent de l’ASFC pour qu’il rende une nouvelle décision en tenant compte des présents motifs — Demande accueillie.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision par laquelle un agent (l’agent) de l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) a rejeté la demande présentée par la demanderesse en vue d’obtenir un permis de travail en vertu de l’*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (l’ACEUM).

La demanderesse est citoyenne des États-Unis. En 2010, elle a accepté un poste de professeure extraordinaire adjointe menant à la permanence à l’École de service social de l’Université de Windsor (l’Université). Cette offre d’emploi a été présentée après que l’Université eut obtenu une étude d’impact sur le marché du travail (l’EIMT) favorable. La demanderesse a obtenu un permis de travail d’une durée de cinq ans lorsqu’elle est entrée au Canada pour intégrer son emploi en juin 2010. La demanderesse ne réside pas au Canada et ne souhaite pas le faire. Elle habite avec sa famille à Ann Arbor, au Michigan, et la proximité de Windsor lui permet de se rendre au travail pour enseigner et s’acquitter d’autres responsabilités sur le campus. En 2015, la demanderesse s’est présentée au point d’entrée du pont Ambassador et a demandé le renouvellement de son permis de travail. Elle a obtenu un permis de travail de trois ans à titre de professionnelle en vertu de l’*Accord de libre-échange nord-américain* (l’ALENA), l’accord antérieur à l’ACEUM. En juillet 2017, la demanderesse a été promue au poste de professeure adjointe permanente. En 2018, elle a de nouveau demandé le renouvellement de son permis de travail à titre de professionnelle aux termes de l’ALENA, lequel lui a été accordé pour une nouvelle période de trois ans. Le 1^{er} juillet 2020, l’ACEUM est entré en vigueur et a remplacé l’ALENA. Le

in the professional category, but referencing section 3.7 of Immigration, Refugees and Citizenship Canada's (IRCC) guidelines — *International Mobility Program: Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA) (Guidelines)* found that, because the applicant was tenured, her employment was not considered “temporary”. The officer advised the applicant that she would need to apply through the LMIA process for future work permits. She was issued an “Allowed to Leave” letter. The applicant returned to the Ambassador Bridge on June 10, 2021 to again apply for a renewal of her work permit but a CBSA officer again refused her application, referencing section 9 of the Guidelines. Upon returning home, the applicant applied to renew her work permit under CUSMA through IRCC's web portal. In July 2021, the applicant received a procedural fairness letter from IRCC raising concerns about misrepresentation and dual intent. This was responded to by her counsel by letter afterwards. The applicant received initial approval from IRCC on October 7, 2021. On October 8, 2021, the applicant returned to the Ambassador Bridge port of entry seeking the issuance of the work permit for which she received the IRCC initial approval but the Officer refused to issue a work permit for the same reasons as previously. In reaching this conclusion, the Officer relied on section 3.7 of the Guidelines and stated that the applicant would have to have the University sponsor her for permanent residence or apply and be approved for an LMIA.

The applicant submitted that the Officer misapprehended the law and substituted a personal and subjective standard for evaluating whether she was a temporary worker under CUSMA. She submitted that “temporary entry” is defined in Article 16.1 of CUSMA as “entry into the territory of a Party by a business person of another Party without the intent to establish permanent residence”. She contended that she meets this definition. The respondent submitted in particular that the applicant's argument was essentially that an officer has no discretion in deciding whether to allow a person to enter Canada under CUSMA and that this was incorrect. Rather, an officer must be satisfied that the nature of the applicant's employment is temporary. As such, it was reasonable for the Officer to find that the applicant does not hold temporary employment.

7 juin 2021, la demanderesse s'est présentée au point d'entrée du pont Ambassador et a demandé le renouvellement de son permis de travail. L'agent de l'ASFC a fait remarquer qu'elle avait présenté sa demande dans le cadre de l'ACEUM, à titre de professionnelle, mais il s'est fondé sur la section 3.7 des lignes directrices d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC), intitulées *Programme de mobilité internationale : l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)* (les Lignes directrices), pour conclure que l'emploi de la demanderesse ne pouvait être considéré comme « temporaire » puisqu'elle occupait un poste permanent. L'agent a informé la demanderesse qu'elle devrait présenter ses prochaines demandes de permis de travail dans le cadre du processus d'EIMT. Elle a reçu une lettre d'autorisation de quitter le Canada. La demanderesse est retournée au pont Ambassador le 10 juin 2021 pour demander encore une fois le renouvellement de son permis de travail, mais l'agent de l'ASFC a de nouveau refusé sa demande, invoquant la section 9 des Lignes directrices. De retour chez elle, la demanderesse a demandé le renouvellement de son permis de travail en vertu de l'ACEUM sur le portail Web d'IRCC. En juillet 2021, la demanderesse a reçu une lettre d'équité procédurale dans laquelle IRCC faisait part de ses doutes au sujet de fausses déclarations et d'une double intention. Son avocat a par la suite répondu par une lettre. La demanderesse a reçu l'approbation initiale d'IRCC le 7 octobre 2021. Le 8 octobre 2021, la demanderesse est retournée au point d'entrée du pont Ambassador pour demander la délivrance du permis de travail pour lequel elle avait reçu l'approbation initiale d'IRCC, mais l'agent a refusé de délivrer un permis de travail pour les mêmes raisons qu'il l'avait fait précédemment. L'agent s'est appuyé sur la section 3.7 des lignes directrices pour tirer cette conclusion et il a affirmé que la demanderesse devrait être parrainée par l'Université pour obtenir la résidence permanente ou présenter une demande dans le cadre du processus d'EIMT.

La demanderesse a soutenu que l'agent a mal saisi le droit et qu'il a substitué une norme personnelle et subjective au critère prévu pour évaluer si elle était une travailleuse temporaire au sens de l'ACEUM. La demanderesse a soutenu que, selon l'article 16.1 de l'ACEUM, l'« admission temporaire » s'entend de « l'admission, sur le territoire d'une Partie, d'un homme ou d'une femme d'affaires d'une autre Partie qui n'a pas l'intention d'y établir sa résidence permanente ». Elle a soutenu qu'elle répondait à cette définition. Le défendeur a allégué notamment que la thèse de la demanderesse équivalait essentiellement à dire qu'un agent n'a aucun pouvoir discrétionnaire au moment de décider si une personne peut entrer au Canada en vertu de l'ACEUM, et il a fait valoir que cela était inexact. L'agent doit plutôt être convaincu que la nature de l'emploi d'un demandeur est temporaire. À ce titre, il était raisonnable pour l'agent de conclure que la demanderesse n'occupe pas un emploi temporaire.

The issue was whether the Officer's decision to refuse to issue a work permit to the applicant was reasonable.

Held, the application should be allowed.

Subsection 30(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) states that a foreign national may only work in Canada if authorized under the Act. Subsection 30(1.1) states that an officer may, on application, authorize a foreign national to work in Canada if the foreign national meets the conditions set out in the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRP Regulations). Paragraph 204(a) of the IRP Regulations states that a foreign national may apply for a work permit under an international agreement or arrangement. In this matter, the applicant applied for a work permit under such an agreement, CUSMA. Article 16.4(1) of CUSMA provides that “[e]ach Party shall grant temporary entry to a business person who is otherwise qualified for entry ...” At the time the decision was rendered, the applicant qualified as a “professional” under the CUSMA and met other requirements. The only issue before the Officer related to the concept of “temporary entry”. CUSMA defines “temporary entry” as “entry into the territory of a Party by a business person of another Party without the intent to establish permanent residence” (Article 16.1). Accordingly, Article 16.4, Grant of Temporary Entry, required the Officer to determine whether the applicant intended to establish permanent residence in Canada and whether she otherwise complied with Canada’s “measures applicable to temporary entry”. However, in rendering their decision, the Officer relied exclusively on section 3.7 of the Guidelines. The Officer found that the applicant’s employment was not temporary as she held a permanent, tenured position, she had been working at the University for 11 years, and was not employed elsewhere. The Officer specifically found that because the applicant was tenured, the employment was not considered temporary. The Officer erred by relying exclusively on section 3.7 of the Guidelines to make their decision and in failing to also consider whether, pursuant to Article 16.1 of CUSMA, the applicant sought “temporary entry” as she did not intend to establish permanent residence in Canada. While administrative guidelines can be useful in indicating what constitutes a reasonable interpretation of a given legislative provision, they are not legally binding and are not intended to be either exhaustive or restrictive. Officers can consider guidelines but will err if they treat them as binding or fail to also turn their minds to the specific circumstances of the case before them. Here, the Officer failed to assess whether the applicant had the intent of establishing permanent residence in Canada and whether she complied with Canadian measures applicable to temporary entry, as required by the Act and the IRP Regulations. In that regard, the Officer failed to consider information provided by the applicant. While the employment-related factors relied upon by the Officer may have properly assisted them in an assessment of whether the

Il s’agissait de savoir si la décision de l’agent de refuser de délivrer un permis de travail à la demanderesse était raisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le paragraphe 30(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) prévoit qu’un étranger ne peut exercer un emploi au Canada que sous le régime de la Loi. Le paragraphe 30(1.1) prévoit que l’agent peut, sur demande, autoriser l’étranger qui satisfait aux conditions réglementaires énoncées dans le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) à exercer un emploi au Canada. L’alinéa 204a) du RIPR prévoit qu’un étranger peut demander un permis de travail en vertu d’accords ou d’ententes internationaux. En l’espèce, la demanderesse a demandé un permis de travail en vertu d’un tel accord, à savoir l’ACEUM. Le paragraphe 16.4(1) de l’ACEUM prévoit que « [c]haque des Parties autorise, [...] l’admission temporaire d’un homme ou d’une femme d’affaires qui satisfait par ailleurs aux exigences d’admission [...] » Au moment où la décision a été rendue, la demanderesse était une « professionnelle » aux termes de l’ACEUM et satisfaisait à d’autres exigences. La seule question dont l’agent était saisi concernait la notion d’« admission temporaire ». L’ACEUM définit l’« admission temporaire » comme « l’admission, sur le territoire d’une Partie, d’un homme ou d’une femme d’affaires d’une autre Partie qui n’a pas l’intention d’y établir sa résidence permanente » (article 16.1). Par conséquent, suivant l’article 16.4 : Autorisation d’admission temporaire, l’agent devait juger si la demanderesse avait l’intention d’établir sa résidence permanente au Canada et si elle se conformait par ailleurs aux « [mesures] applicables à l’admission temporaire » du Canada. Cependant, pour rendre sa décision, l’agent s’est appuyé exclusivement sur la section 3.7 des Lignes directrices. L’agent a conclu que l’emploi de la demanderesse n’était pas temporaire puisqu’elle occupait un poste permanent, qu’elle travaillait à l’Université depuis 11 ans et qu’elle n’était pas employée ailleurs. L’agent a expressément conclu que parce que la demanderesse disposait d’un emploi permanent, l’emploi ne pouvait être considéré comme temporaire. L’agent a commis une erreur en se fondant exclusivement sur la section 3.7 des lignes directrices pour rendre sa décision et en n’examinant pas la question de savoir si la demanderesse sollicitait une « admission temporaire » en vertu de l’article 16.1 de l’ACEUM, puisqu’elle n’avait pas l’intention de résider de manière permanente au Canada. Il est incontestable que si les lignes directrices administratives peuvent être utiles pour indiquer ce qui constitue une interprétation raisonnable d’une disposition législative donnée, elles ne sont pas juridiquement contraignantes et ne sont pas conçues pour être exhaustives ou restrictives. Les agents peuvent tenir compte des lignes directrices, mais ils commettront une erreur s’ils les considèrent comme exécutoires ou s’ils n’examinent pas les circonstances particulières de l’affaire dont ils sont saisis. En l’espèce, l’agent n’a pas examiné

applicant intended to establish herself permanently in Canada and whether she complied with Canada's measures applicable to temporary entry, in and of themselves they were not determinative. The Officer also erred in basing the refusal on the fact that the applicant did not meet the definition of temporary work under CUSMA. CUSMA does not define temporary work, only "temporary entry".

In conclusion, by relying exclusively on section 3.7 of the Guidelines and on factors related to the nature of the applicant's employment at the University, the Officer effectively fettered their discretion by failing to also consider whether the applicant intended to establish herself permanently in Canada and whether she complied with Canada's measures applicable to temporary entry. The decision was therefore not justified in light of the factual and legal constraints that bore on it. The decision was set aside and the matter was remitted to another Canada Border Services officer for redetermination having regard to these reasons.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 30(1),(1.1).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, s. 204(a).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

Protocol replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States, July 1, 2020, [2020] Can. T.S. No. 5, as amended by the *Protocol of Amendment to the Agreement Between Canada, the United States of America, and the United Mexican States*, [2020] Can. T.S. No. 6, Arts. 16.1, 16.4(1), Annex 16-A.

si la demanderesse avait l'intention d'établir sa résidence permanente au Canada ni si elle s'est conformée aux mesures canadiennes applicables à l'admission temporaire, comme l'exigent la Loi et le RIPR. À cet égard, l'agent n'a pas tenu compte des renseignements fournis par la demanderesse. Bien que les facteurs liés à l'emploi sur lesquels s'est appuyé l'agent aient pu l'aider à examiner si la demanderesse avait l'intention d'établir sa résidence permanente au Canada et si elle respectait les mesures du Canada applicables à l'admission temporaire, ils n'étaient pas déterminants en soi. L'agent a également commis une erreur en fondant le rejet de la demande sur le fait que l'emploi de la demanderesse ne répondait pas à la définition d'emploi temporaire aux termes de l'ACEUM. L'ACEUM ne définit pas le terme « travail temporaire », seulement le terme « admission temporaire ».

En conclusion, en se fondant exclusivement sur la section 3.7 des lignes directrices et sur les facteurs liés à la nature de l'emploi de la demanderesse à l'Université, l'agent a effectivement entravé son pouvoir discrétionnaire en n'examinant pas si la demanderesse avait l'intention d'établir sa résidence permanente au Canada et si elle se conformait aux mesures canadiennes applicables à l'admission temporaire. La décision n'était donc pas justifiée à la lumière des contraintes factuelles et juridiques qui avaient une incidence sur le décideur. La décision a été annulée et l'affaire a été renvoyée à un autre agent des services frontaliers du Canada pour qu'il rende une nouvelle décision en tenant compte des présents motifs.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 30(1),(1.1).

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 204a).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.

Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains, 1er juillet 2020, [2020] R.T. Can. n° 5, tel que modifié par le *Protocole d'amendement de l'accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains*, 1^{er} juillet 2020, [2020] R.T. Can. n° 6, art. 16.1, 16.4(1), annexe 16-A.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674.

REFERRED TO:

Santiago v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2017 FC 91, [2018] 1 F.C.R. 166; *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Gordon v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 643, [2016] G.S.T.C. 60; *Canadian Reformed Church of Cloverdale B.C. v. Canada (Employment and Social Development)*, 2015 FC 1075; *Marcom Resources Ltd. v. Canada (Employment, Workforce Development and Labour)*, 2020 FC 182; *Castle Building Group Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2021 FC 947, 2021 D.T.C. 5105; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229.

AUTHORS CITED

Immigration, Refugees and Citizenship Canada. *International Mobility Program: Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA)*.

APPLICATION for judicial review of a decision rendered by an officer of the Canada Border Services Agency refusing the applicant's application for a work permit under the *Canada-United States-Mexico Agreement*. Application allowed.

APPEARANCES

Randall Cohn for applicant
Hilla Aharon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Edelmann & Co. Law Offices, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Santiago c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CF 91, [2018] 1 R.C.F. 166; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Gordon c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 643; *Canadian Reformed Church of Cloverdale B.C. c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2015 CF 1075; *Marcom Resources Ltd. c. Canada (Emploi, Développement de la main-d'œuvre et du Travail)*, 2020 CF 182; *Castle Building Group Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2021 CF 947; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229.

DOCTRINE CITÉE

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada. *Programme de mobilité internationale : L'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)*.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada a rejeté la demande présentée par la demanderesse en vue d'obtenir un permis de travail en vertu de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Randall Cohn pour la demanderesse
Hilla Aharon pour le défendeur

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Edelmann & Co. Law Offices, Vancouver, pour la demanderesse
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

STRICKLAND J.:

[1] This is an application for judicial review of a decision rendered by an officer (Officer) of the Canada Border Services Agency (CBSA), refusing the applicant's application for a work permit under the *Canada-United States-Mexico Agreement* (CUSMA).^[1]

[2] For the reasons set out below, this application for judicial review is granted.

Background

[3] The applicant, Dr. Dana Levin, is a citizen of the United States. In 2010, she accepted a probationary, tenure-track assistant professor position with the School of Social Work at the University of Windsor (University). That offer of employment was made following a positive Labour Market Impact Assessment (LMIA) submitted by the University. The applicant received a five-year work permit when she entered Canada to begin work in June 2010.

[4] The applicant does not reside in Canada, nor does she desire to do so. Windsor's proximity to Ann Arbor, Michigan, where she resides with her family, allows the applicant to commute to work to fulfill her teaching and other on-campus responsibilities.

[5] In 2015, the applicant applied to renew her work permit, in person, at the Ambassador Bridge port of entry. She was issued a three-year work permit as a professional under the *North American Free Trade Agreement [Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994]*

¹ *Protocol replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States*, July 1, 2020, [2020] Can. T.S. No. 5, as amended by the *Protocol of Amendment to the Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada*, July 1, 2020, [2020] Can. T.S. No. 6.

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

LA JUGE STRICKLAND :

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent (l'agent) de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) a rejeté la demande présentée par la demanderesse en vue d'obtenir un permis de travail en vertu de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique* (l'ACEUM)^[1].

[2] Pour les motifs qui suivent, la présente demande de contrôle judiciaire est accueillie.

Contexte

[3] La demanderesse, M^{me} Dana Levin, est citoyenne des États-Unis. En 2010, elle a accepté un poste de professeure extraordinaire adjointe menant à la permanence à l'École de service social de l'Université de Windsor (l'Université). Cette offre d'emploi a été présentée après que l'Université eut obtenu une étude d'impact sur le marché du travail (l'EIMT) favorable. La demanderesse a obtenu un permis de travail d'une durée de cinq ans lorsqu'elle est entrée au Canada pour intégrer son emploi en juin 2010.

[4] La demanderesse ne réside pas au Canada et ne souhaite pas le faire. Elle habite avec sa famille à Ann Arbor, au Michigan, et la proximité de Windsor lui permet de se rendre au travail pour enseigner et s'acquitter d'autres responsabilités sur le campus.

[5] En 2015, la demanderesse s'est présentée au point d'entrée du pont Ambassador et a demandé le renouvellement de son permis de travail. Elle a obtenu un permis de travail de trois ans à titre de professionnelle en vertu de l'*Accord de libre-échange nord-américain [entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du*

¹ *Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains*, 1^{er} juillet 2020, [2020] R.T. Can. n° 5, tel que modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains*, 1^{er} juillet 2020, [2020] R.T. Can. n° 6.

Can. T.S. No. 2] (NAFTA), the predecessor to CUSMA. Presumably, this work permit was issued on the basis that it was LMIA-exempt.

[6] In July 2017, the applicant was promoted to the position of tenured associate professor. In 2018, she again applied for a renewed work permit, as a professional under NAFTA, which was granted for another three-year period.

[7] On July 1, 2020, CUSMA came into force, replacing NAFTA.

[8] On June 7, 2021, the applicant applied for a renewed work permit, in person, at the Ambassador Bridge port of entry. A CBSA officer noted that she had applied under CUSMA, in the professional category, but referencing section 3.7 of Immigration, Refugees and Citizenship Canada's (IRCC) Guidelines — *International Mobility Program: Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA)* (Guidelines) found that, because the applicant is tenured, her employment was not considered "temporary". The officer advised the applicant that she would need to apply through the LMIA process for future work permits. She was issued an "Allowed to Leave" letter.

[9] The applicant then sought advice from human resources personnel at the University, whom the applicant states advised her that if she applied for a work permit online, she might qualify for "implied status" and, therefore, be able to work and be paid while her application was being considered. Before doing so, she returned to the Ambassador Bridge on June 10, 2021 to again apply for a renewal of her work permit, explaining her circumstances, including the advice she had received from an immigration lawyer. A CBSA officer again refused her application, referencing section 9 of the Guidelines, and advised the applicant to apply for permanent residency. A second "Allowed to Leave" letter was issued. The applicant advised the officer that she would probably apply online. Upon returning home, the applicant applied to

Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (l'ALENA), l'accord antérieur à l'ACEUM. Ce permis de travail a vraisemblablement été délivré au motif qu'il ne nécessitait pas une EIMT.

[6] En juillet 2017, la demanderesse a été promue au poste de professeure adjointe permanente. En 2018, elle a de nouveau demandé le renouvellement de son permis de travail à titre de professionnelle aux termes de l'ALENA, lequel lui a été accordé pour une nouvelle période de trois ans.

[7] Le 1^{er} juillet 2020, l'ACEUM est entré en vigueur et a remplacé l'ALENA.

[8] Le 7 juin 2021, la demanderesse s'est présentée au point d'entrée du pont Ambassador et a demandé le renouvellement de son permis de travail. L'agent de l'ASFC a fait remarquer qu'elle avait présenté sa demande dans le cadre de l'ACEUM, à titre de professionnelle, mais il s'est fondé sur la section 3.7 des lignes directrices d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC), intitulées *Programme de mobilité internationale : l'Accord Canada-États-Unis-Mexique (ACEUM)* (les lignes directrices), pour conclure que l'emploi de la demanderesse ne pouvait être considéré comme « temporaire » puisqu'elle occupe un poste permanent. L'agent a informé la demanderesse qu'elle devrait présenter ses prochaines demandes de permis de travail dans le cadre du processus d'EIMT. Elle a reçu une lettre d'autorisation de quitter le Canada.

[9] La demanderesse a ensuite sollicité l'aide du personnel des ressources humaines de l'Université, qui l'a informée qu'elle pourrait bénéficier d'un « statut implicite » si elle demandait un permis de travail en ligne et qu'elle serait donc en mesure de travailler tout en étant payée pendant l'examen de sa demande. Avant de présenter sa demande en ligne, la demanderesse est retournée au pont Ambassador le 10 juin 2021 pour demander de nouveau le renouvellement de son permis de travail en expliquant sa situation, notamment les conseils qu'elle avait reçus d'un avocat spécialisé en immigration. L'agent de l'ASFC a invoqué la section 9 des lignes directrices pour rejeter de nouveau sa demande, et il a conseillé à la demanderesse de présenter une demande de résidence permanente. Une seconde lettre d'autorisation de quitter

renew her work permit under CUSMA through IRCC's web portal.

[10] On July 14, 2021, the applicant received a procedural fairness letter from IRCC raising concerns about misrepresentation and dual intent. This was responded to by her counsel by letter of September 27, 2021.

[11] The applicant received initial approval from IRCC on October 7, 2021. On October 8, 2021, the applicant returned to the Ambassador Bridge port of entry seeking the issuance of the work permit for which she received the IRCC initial approval. The Officer refused to issue a work permit. The applicant seeks judicial review of this decision.

Decision under review

[12] While the certified tribunal record (CTR) contains both the Global Case Management System entries and file note entries of the first two officers, who refused the applicant work permits on June 7 and 10, 2021, with respect to the decision under review, the CTR contains only the "Notes to file for ATL on October 8, 2021" prepared by the Officer. The notes to file comprise the reasons for the decision.

[13] The Officer set out background history for the application and refused to issue a work permit to the applicant. The Officer stated that because the applicant's employment with the University is tenured, her employment is not considered to be "temporary" and therefore did not support her application. In reaching this conclusion, the Officer relied on section 3.7 of the Guidelines.

[14] The Officer stated that the applicant has a tenured position, has been working full-time at the University for 11 years, and is not employed elsewhere. The Officer stated that the applicant's first work permit issued in 2010 for a period of five years under the LMIA stream

le Canada a été envoyée. La demanderesse a informé l'agent qu'elle présenterait probablement une demande en ligne. De retour chez elle, la demanderesse a demandé le renouvellement de son permis de travail en vertu de l'ACEUM sur le portail Web d'IRCC.

[10] Le 14 juillet 2021, la demanderesse a reçu une lettre d'équité procédurale dans laquelle IRCC faisait part de ses doutes au sujet de fausses déclarations et d'une double intention. Son avocat a répondu par une lettre datée du 27 septembre 2021.

[11] La demanderesse a reçu l'approbation initiale d'IRCC le 7 octobre 2021. Le 8 octobre 2021, la demanderesse est retournée au point d'entrée du pont Ambassador pour demander la délivrance du permis de travail pour lequel elle avait reçu l'approbation initiale d'IRCC. L'agent a refusé de lui délivrer un permis de travail. La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de cette décision.

Décision faisant l'objet du contrôle

[12] Bien que le dossier certifié du tribunal (le DCT) contienne à la fois les entrées du Système mondial de gestion des cas et les notes aux dossiers des deux premiers agents, qui ont rejeté les demandes de permis de travail de la demanderesse les 7 et 10 juin 2021, pour ce qui est de la décision faisant l'objet du présent contrôle, le DCT ne comporte que les [TRADUCTION] « notes au dossier pour la demande d'autorisation de quitter le Canada du 8 octobre 2021 » préparées par l'agent. Les notes au dossier comprennent les motifs de la décision.

[13] L'agent a exposé le contexte de la demande et a refusé de délivrer un permis de travail à la demanderesse. Selon l'agent, comme l'emploi de la demanderesse à l'Université est permanent, son emploi ne peut être considéré comme « temporaire » et ne peut donc servir à appuyer sa demande. L'agent s'est appuyé sur la section 3.7 des lignes directrices pour tirer cette conclusion.

[14] L'agent a affirmé que la demanderesse occupe un poste permanent, qu'elle travaille à temps plein à l'Université depuis 11 ans et qu'elle n'est pas employée ailleurs. L'agent a estimé que le premier permis de travail de la demanderesse, délivré en 2010 pour une période de

would have been considered “temporary work”, but that after its expiration in 2015, the applicant’s employment was no longer “temporary”. The Officer referred to the submission by the applicant’s counsel that the applicant’s employment at the University meets the definition of “temporary work” under CUSMA because even though she works full-time in Canada, she resides in the United States. The Officer rejected this submission, stating that counsel “hand-selected specific words under CUSMA to try to make it appear” that the applicant’s employment is “temporary”.

[15] The Officer stated that the applicant would have to have the University sponsor her for permanent residence or apply and be approved for an LMIA.

Issue and standard of review

[16] The sole issue in this application for judicial review is whether the Officer’s decision to refuse to issue a work permit to the applicant was reasonable.

[17] The parties submit, and I agree, that the Officer’s decision is subject to review on the reasonableness standard (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraphs 10, 23 and 25). On judicial review, the reviewing court asks whether the decision bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision (*Vavilov*, at paragraph 99).

Relevant legislation

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227 (IRP Regulations)

International agreements or arrangements

204 A work permit may be issued under section 200 to a foreign national who intends to perform work under

cinq ans dans le cadre de l’EIMT, a été accordé pour ce qui était considéré comme un [TRADUCTION] « emploi temporaire », mais qu’après son expiration en 2015, l’emploi de la demanderesse n’était plus « temporaire ». L’agent a renvoyé à l’observation de l’avocat de la demanderesse, qui a affirmé que l’emploi de sa cliente à l’Université satisfait à la définition d’« emploi temporaire » de l’ACEUM, puisqu’elle réside aux États-Unis bien qu’elle travaille à temps plein au Canada. L’agent a rejeté cet argument en disant que l’avocat [TRADUCTION] « a sélectionné des mots précis dans l’ACEUM pour essayer de faire croire » que l’emploi de la demanderesse est « temporaire ».

[15] L’agent a affirmé que la demanderesse devrait être parrainée par l’Université pour obtenir la résidence permanente ou présenter une demande dans le cadre du processus d’EIMT.

Question en litige et norme de contrôle

[16] La seule question en litige en l’espèce est de savoir si la décision de l’agent de refuser de délivrer un permis de travail à la demanderesse était raisonnable.

[17] Les parties soutiennent, et je suis du même avis, que la décision de l’agent est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), aux paragraphes 10, 23 et 25). Dans le cadre d’un contrôle judiciaire, la cour de révision doit se demander si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci (*Vavilov*, au paragraphe 99).

Dispositions législatives pertinentes

Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227 (le RIPR)

Accords ou ententes internationaux

204 Un permis de travail peut être délivré à l’étranger en application de l’article 200 si le travail pour lequel le permis est demandé est visé par :

(a) an agreement or arrangement between Canada and the government of a foreign state or an international organization, other than an agreement or arrangement concerning seasonal agricultural workers[.]

a) un accord ou une entente conclu entre le Canada et le gouvernement d'un État étranger ou une organisation internationale, à l'exclusion d'un accord ou d'une entente concernant les travailleurs agricoles saisonniers[.]

Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States (Canada-United States-Mexico Agreement)

Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains (Accord Canada-États-Unis-Mexique)

Chapter 16—Temporary entry for business persons

Chapitre 16 — Admission temporaire des hommes et des femmes d'affaires

Article 16.1: Definitions

Article 16.1 : Définitions

For the purposes of this Chapter:

Les définitions qui suivent s'appliquent au présent chapitre :

business person means a citizen of a Party who is engaged in trade in goods, the supply of services or the conduct of investment activities;

admission temporaire désigne l'admission, sur le territoire d'une Partie, d'un homme ou d'une femme d'affaires d'une autre Partie qui n'a pas l'intention d'y établir sa résidence permanente.

...

[...]

temporary entry means entry into the territory of a Party by a business person of another Party without the intent to establish permanent residence.

homme ou femme d'affaires désigne un citoyen ou une citoyenne d'une Partie qui pratique le commerce de produits, qui fournit des services ou qui mène des activités d'investissement.

...

[...]

Article 16.4: Grant of Temporary Entry

Article 16.4 : Autorisation d'admission temporaire

1. Each Party shall grant temporary entry to a business person who is otherwise qualified for entry under its measures relating to public health and safety and national security, in accordance with this Chapter, including Annex 16-A (Temporary Entry for Business Persons).

1. Chacune des Parties autorise, conformément au présent chapitre, y compris l'annexe 16-A (Admission temporaire des hommes et des femmes d'affaires), l'admission temporaire d'un homme ou d'une femme d'affaires qui satisfait par ailleurs aux exigences d'admission de ses mesures relatives à la santé et à la sécurité publique ainsi qu'à la sécurité nationale.

...

[...]

Annex 16-A

Annexe 16-A

TEMPORARY ENTRY FOR BUSINESS PERSONS

ADMISSION TEMPORAIRE DES HOMMES ET DES FEMMES D'AFFAIRES

...

[...]

Section D: Professionals

Section D : Professionnels

1. Each Party shall grant temporary entry and provide confirming documentation to a business person seeking to

1. Chacune des Parties autorise l'admission temporaire, et remet des documents confirmant l'autorisation, à un

engage in a business activity at a professional level in a profession set out in Appendix 2, if the business person otherwise complies with the Party's measures applicable to temporary entry, on presentation of:

- (a) proof of citizenship of a Party; and
- (b) documentation demonstrating that the business person will be so engaged and describing the purpose of entry.

Analysis

Applicant's position

[18] The applicant submits that the Officer misapprehended the law and substituted a personal and subjective standard for evaluating whether she is a temporary worker under CUSMA.

[19] She submits that “temporary entry” is defined in Article 16.1 of CUSMA as “entry into the territory of a Party by a business person of another Party without the intent to establish permanent residence”. She contends that she meets this definition, as she explicitly is not trying to establish permanent residence in Canada, or to circumvent normal immigration procedures. Further, she argues that the Officer improperly relied on her tenured position, the length of her employment, her salary, and the fact that she does not have another career in refusing her work permit application. She says that such factors are not enumerated in CUSMA or any other body of law. She submits that the Officer's decision is based on a misreading of Articles 16.1 and 16.4 of CUSMA and sections 1.10 and 3.7 of the Guidelines.

[20] The applicant adds that the Officer's decision was a direct reversal of IRCC's decision, rendered only days earlier, granting initial approval of her work permit application. While the applicant acknowledges that the Officer was not bound by IRCC's decision, she submits that the Officer failed to explain the basis for the different conclusion (*Santiago v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 91, [2018] 1 F.C.R. 166, at paragraphs 34–37).

homme ou une femme d'affaires qui désire exercer des activités commerciales à un niveau professionnel dans l'une des professions énoncées à l'appendice 2, pour autant que l'homme ou la femme d'affaires satisfasse par ailleurs aux mesures de la Partie applicables à l'admission temporaire, sur présentation :

- a) d'une preuve de citoyenneté d'une Partie;
- b) de documents établissant que l'homme ou la femme d'affaires exercera l'une des activités mentionnées et décrivant le but de l'admission.

Analyse

Thèse de la demanderesse

[18] La demanderesse soutient que l'agent a mal saisi le droit et qu'il a substitué une norme personnelle et subjective au critère prévu pour évaluer si elle est une travailleuse temporaire au sens de l'ACEUM.

[19] La demanderesse soutient que, selon l'article 16.1 de l'ACEUM, l'« admission temporaire » s'entend de « l'admission, sur le territoire d'une Partie, d'un homme ou d'une femme d'affaires d'une autre Partie qui n'a pas l'intention d'y établir sa résidence permanente ». Elle soutient qu'elle répond à cette définition, car il est manifeste qu'elle n'essaie pas d'établir sa résidence permanente au Canada ou de contourner les procédures normales d'immigration. De plus, elle soutient que l'agent s'est appuyé à tort sur son poste permanent, la durée de son emploi, son salaire et le fait qu'elle n'a pas d'autre carrière pour rejeter sa demande de permis de travail. Elle affirme que ces facteurs ne figurent pas dans l'ACEUM ou dans tout autre ensemble de règles de droit. Elle soutient que la décision de l'agent est fondée sur une mauvaise interprétation des articles 16.1 et 16.4 de l'ACEUM et des sections 1.10 et 3.7 des lignes directrices.

[20] La demanderesse ajoute que la décision de l'agent a directement annulé la décision d'IRCC, rendue quelques jours plus tôt, qui avait initialement accueilli sa demande de permis de travail. Bien que la demanderesse reconnaisse que l'agent n'était pas lié par la décision d'IRCC, elle fait valoir qu'il n'a pas expliqué les motifs de la conclusion différente à laquelle il est parvenu (*Santiago c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 91, [2018] 1 R.C.F. 166, aux paragraphes 34–37).

Respondent's position

[21] The respondent submits that the applicant's argument is essentially that an officer has no discretion in deciding whether to allow a person to enter Canada under CUSMA and that this is incorrect. Rather, an officer must be satisfied that the nature of the applicant's employment is temporary. As such, it was reasonable for the Officer to find that the applicant does not hold temporary employment. She has been employed by the University for 11 years, first as a probationary, tenure-track full-time professor and, following a promotion in 2017, as a tenured full-time professor.

[22] The respondent adds that IRCC's initial approval of the applicant's work permit application did not guarantee nor authorize her entry into Canada, noting that it is the CBSA that has the responsibility to make a final decision to issue a work permit and allow a foreign national to enter Canada and that this is indicated on the IRCC initial approval.

Analysis

[23] Subsection 30(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) states that a foreign national may only work in Canada if authorized under the IRPA. Subsection 30(1.1) states that an officer may, on application, authorize a foreign national to work in Canada if the foreign national meets the conditions set out in the IRP Regulations. Paragraph 204(a) of the IRP Regulations states that a foreign national may apply for a work permit under an international agreement or arrangement.

[24] In this matter, the applicant applied for a work permit under such an agreement, CUSMA. Article 16.4(1) of CUSMA provides that "[e]ach Party shall grant temporary entry to a business person who is otherwise qualified for entry under its measures relating to public health and safety and national security, in accordance with this Chapter, including Annex 16-A (Temporary Entry for Business Persons)". The relevant provision of Annex 16-A, Section D: Professionals, Article 1, adds that each Party

Thèse du défendeur

[21] Le défendeur allègue que la thèse de la demanderesse équivaut essentiellement à dire qu'un agent n'a aucun pouvoir discrétionnaire au moment de décider si une personne peut entrer au Canada en vertu de l'ACEUM, et il fait valoir que cela est inexact. L'agent doit plutôt être convaincu que la nature de l'emploi du demandeur est temporaire. À ce titre, il était raisonnable pour l'agent de conclure que la demanderesse n'occupe pas un emploi temporaire. Elle a travaillé pour l'Université pendant 11 ans, où elle a d'abord occupé un poste de professeure extraordinaire à temps plein menant à la permanence, puis un poste permanent de professeure à temps plein à la suite d'une promotion en 2017.

[22] Le défendeur ajoute que la décision initiale d'IRCC d'accueillir la demande de permis de travail de la demanderesse ne garantissait ni n'autorisait son admission au Canada, et il fait remarquer que la décision définitive de délivrer un permis de travail et de permettre à un étranger d'entrer au Canada appartient à l'ASFC, et que cela est indiqué sur l'approbation initiale d'IRCC.

Analyse

[23] Le paragraphe 30(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) prévoit qu'un étranger ne peut exercer un emploi au Canada que sous le régime de la LIPR. Le paragraphe 30(1.1) prévoit que l'agent peut, sur demande, autoriser l'étranger qui satisfait aux conditions réglementaires énoncées dans le RIPR à exercer un emploi au Canada. L'alinéa 204a) du RIPR prévoit qu'un étranger peut demander un permis de travail en vertu d'accords ou d'ententes internationaux.

[24] En l'espèce, la demanderesse a demandé un permis de travail en vertu d'un tel accord, à savoir l'ACEUM. Le paragraphe 16.4(1) de l'ACEUM prévoit que « [c]haque des Parties autorise, conformément au présent chapitre, y compris l'annexe 16-A (Admission temporaire des hommes et des femmes d'affaires), l'admission temporaire d'un homme ou d'une femme d'affaires qui satisfait par ailleurs aux exigences d'admission de ses mesures relatives à la santé et à la sécurité publique ainsi qu'à la sécurité

shall grant temporary entry and provide confirming documentation to a business person if they otherwise comply with the Party's measures applicable to temporary entry, on presentation of: (a) proof of citizenship of a Party; and (b) proof of employment.

[25] It is not contested that at the time the decision was rendered, the applicant qualified as a "professional" under the CUSMA, complied with Canadian measures relating to public health and national security, and possessed proof of citizenship and proof of employment. The only issue before the Officer related to the concept of "temporary entry".

[26] CUSMA defines "temporary entry" as "entry into the territory of a Party by a business person of another Party without the intent to establish permanent residence" (Article 16.1). Beyond this, CUSMA does not specify any considerations applicable to a determination of whether a business person is seeking to temporarily enter a Party's territory.

[27] Accordingly, in my view, Article 16.4, Grant of Temporary Entry, required the Officer to determine whether the applicant intended to establish permanent residence in Canada and whether she otherwise complied with Canada's "measures applicable to temporary entry".

[28] However, in rendering their decision, the Officer relied exclusively on section 3.7 of the Guidelines which states:

3.7 How long can a work permit be issued and can it be extended?

Initial work permits can be granted for durations of up to three years.

Extensions can also be issued in increments of up to three years with no limit on the number of extensions providing the individual continues to comply with the requirements for professionals.

nationale ». La disposition pertinente de l'annexe 16-A, section D : Professionnels, article 1, ajoute que chacune des Parties autorise l'admission temporaire, et remet des documents confirmant l'autorisation, pour autant que l'homme ou la femme d'affaires satisfasse par ailleurs aux mesures de la Partie applicables à l'admission temporaire, sur présentation : a) d'une preuve de citoyenneté d'une Partie; b) d'une preuve d'emploi.

[25] Aucune des parties n'a contesté qu'au moment où la décision a été rendue, la demanderesse était une « professionnelle » aux termes de l'ACEUM, qu'elle se conformait aux mesures canadiennes relatives à la santé publique et à la sécurité nationale et qu'elle possédait une preuve de citoyenneté et une preuve d'emploi. La seule question dont l'agent était saisi concernait la notion d'« admission temporaire ».

[26] L'ACEUM définit l'« admission temporaire » comme « l'admission, sur le territoire d'une Partie, d'un homme ou d'une femme d'affaires d'une autre Partie qui n'a pas l'intention d'y établir sa résidence permanente » (article 16.1). Au-delà de cette définition, l'ACEUM ne précise aucun élément d'appréciation pour juger si un homme ou une femme d'affaires cherche à être admis temporairement sur le territoire d'une Partie.

[27] Par conséquent, j'estime que suivant l'article 16.4 : Autorisation d'admission temporaire, l'agent devait juger si la demanderesse avait l'intention d'établir sa résidence permanente au Canada et si elle se conformait par ailleurs aux « [mesures] applicables à l'admission temporaire » du Canada.

[28] Cependant, pour rendre sa décision, l'agent s'est appuyé exclusivement sur la section 3.7 des lignes directrices, qui prévoient ce qui suit :

3.7 Quelle est la durée de validité d'un permis de travail? Peut-elle être prolongée?

Un premier permis de travail délivré peut-être valide pour une période maximale de trois ans.

Des prolongations d'une durée maximale de trois ans peuvent être accordées, à la condition que la personne concernée satisfasse toujours aux exigences applicables aux professionnels.

Officers must be satisfied that the employment is still “temporary” and that the applicant is not using CUSMA entry as a means of circumventing normal immigration procedures.

[29] Section 1.10 of the Guidelines concerns definitions and interpretations. This does not define temporary, temporary work or temporary entry. It does, however, include a note that points out that “temporary entry” means entry “without the intent to establish permanent residence”—which reflects the definition of “temporary entry” as found in Article 16.1 of CUSMA and Article 16.4, Grant of Temporary Entry. Section 1.10 of the Guidelines also contemplates work in both temporary and permanent positions:

Note: Temporary entry means entry into the territory of a Party by a business person of another Party without the intent to establish permanent residence. This definition is consistent with Canadian immigration law. It is sufficiently flexible to respond to the needs of business persons and it recognizes that the concept of temporary entry cannot, in most situations, be based simply on a specific time limitation. The definition is not to be perceived as being open-ended, nor as a mechanism to circumvent procedures applicable to permanent residence.

Like many temporary workers, temporary workers authorized to enter Canada under the CUSMA are allowed to work temporarily either in a temporary or permanent position. The CUSMA cannot be used, however, as a means to remain in Canada indefinitely. [Emphasis added.]

[30] The Guidelines also contain a section dealing specifically with the application of temporary entry under CUSMA (Article 16) for university, college and seminary teachers. Such persons can obtain a document authorizing employment to undertake a temporary appointment at a university by simply presenting at the port of entry a letter from the employer describing the “temporary appointment”. A person entering to be “employed temporarily” as a university teacher can carry out the range of duties normally associated with that position.

Les agents doivent avoir l’assurance que l’emploi est toujours de nature « temporaire » et que le demandeur n’utilise pas l’ACEUM pour se soustraire aux formalités usuelles en matière d’immigration.

[29] La section 1.10 des lignes directrices porte sur les définitions et les interprétations. Elle ne définit pas les termes « temporaire », « emploi temporaire » ou « admission temporaire ». Elle comprend toutefois une note qui souligne que l’« admission temporaire » signifie l’entrée sans « l’intention d’y établir sa résidence permanente » — ce qui est fidèle à la définition de l’« admission temporaire » que l’on trouve à l’article 16.1 de l’ACEUM et à l’article 16.4 : Autorisation d’admission temporaire. La section 1.10 des lignes directrices porte également sur les emplois temporaires et permanents :

Remarque : Admission temporaire s’entend de l’admission, sur le territoire d’une Partie, d’un homme ou d’une femme d’affaires d’une autre Partie n’ayant pas l’intention d’y établir sa résidence permanente. Cette définition est conforme à la Loi canadienne en matière d’immigration. Elle comporte la souplesse nécessaire pour répondre aux besoins des gens d’affaires et elle reconnaît que la notion d’admission temporaire, dans la plupart des cas, ne peut être fondée sur une limitation temporelle stricte. Dans son application, la définition ne doit être comprise ni comme une définition ouverte, ni comme un mécanisme qui permet de se soustraire aux formalités liées à la résidence permanente.

Comme de nombreux travailleurs temporaires, les personnes qui sont autorisées à entrer au Canada aux termes de l’ACEUM peuvent être autorisées à occuper temporairement un poste temporaire ou permanent. Toutefois, une personne ne peut invoquer l’ACEUM pour séjourner indéfiniment au Canada. [Non souligné dans l’original.]

[30] Les lignes directrices contiennent également une section traitant précisément de l’application de l’admission temporaire en vertu de l’ACEUM (article 16) pour les enseignants des universités, collèges et séminaires. Ces personnes peuvent obtenir un permis de travail afin de s’acquitter d’une nomination temporaire dans une université en présentant simplement une lettre de l’employeur au point d’entrée décrivant la nomination temporaire. Une personne admise pour exercer un emploi temporaire à titre de professeur d’université peut effectuer toutes les tâches habituellement associées à ce poste.

[31] That section of the Guidelines also includes the following:

5. Does the CUSMA facilitate permanent admission to Canada, the U.S. or Mexico?

No. The immigration chapter of the CUSMA covers temporary entry only.

6. What is “temporary entry”?

The CUSMA defines “**temporary entry**” as “...entry without the intent to establish permanent residence.” This definition is consistent with immigration law. It is adaptable to individual circumstances and it recognizes that the concept of temporary entry cannot be based simply on a specific time limitation.

The definition does not allow for open-ended temporary entry. The provisions of the CUSMA cannot be used as a mechanism to circumvent procedures applicable to permanent employment nor as a means to establish de facto permanent residence.

Upon arrival at a POE, a work permit may be granted for the length of the contract up to a maximum of twelve months. If the appointment is for a period greater than twelve months, a renewal of the work permit must later be requested and obtained. (A person who is in possession of a valid work permit is eligible to apply for a renewed work permit, and should apply at least one month before the expiry of the work permit. An application can be downloaded from IRCC’s website or from the Call Centre.

Multiple renewals will not be approved routinely even though a lengthy appointment might have been indicated at the time of arrival in Canada. The longer the duration of temporary stay, the greater the onus will be on the individual, especially when requesting an extension of status, to satisfy an officer of temporary intent.

7. Does the CUSMA allow temporary entry to undertake a temporary appointment in a permanent position?

Yes. Many temporary foreign workers in general are authorized to work temporarily in a permanent position that, for one reason or another, is temporarily vacant.

[31] Cette section des lignes directrices comprend également ce qui suit :

5. L’ACEUM facilite-t-il l’admission permanente au Canada, aux États-Unis ou [au] Mexique?

Non. Le chapitre sur l’immigration de l’ACEUM a pour objet de faciliter uniquement l’octroi de l’autorisation de séjour temporaire.

6. Qu’est-ce que l’autorisation de séjour temporaire?

Selon l’ACEUM, un « séjour temporaire » désigne un « séjour sans intention de résidence permanente ». Cette définition est conforme à la législation en matière d’immigration. Elle peut s’adapter aux circonstances et met en évidence le fait que la notion de séjour temporaire ne se limite pas à la simple question de la durée du séjour.

Elle n’autorise pas pour autant le séjour temporaire sans limite de durée. L’ACEUM ne peut être invoqué pour contourner les modalités régissant l’emploi permanent ni comme moyen d’établir la résidence permanente de fait.

Au PDE, un permis de travail peut être accordé pour la durée du contrat, jusqu’à concurrence de douze mois. Si la nomination est pour une durée supérieure à douze mois, il faudra demander et obtenir le renouvellement du permis de travail. (Une personne munie d’un permis de travail en cours de validité peut demander le renouvellement de ce dernier et devrait en faire la demande au moins un mois avant l’échéance du permis. La demande peut être téléchargée du site Web d’IRCC et être obtenue du Télécentre.)

Des prorogations multiples ne seront pas approuvées systématiquement, même si l’intéressé a indiqué au moment de son arrivée au Canada qu’il s’agissait d’une nomination de longue durée. Plus la durée du séjour temporaire se prolonge, plus il incombe au titulaire du permis de convaincre l’agent du caractère temporaire du séjour, en particulier au moment de la demande de prorogation.

7. L’ACEUM autorise-t-il le séjour temporaire pour accepter une nomination temporaire à un poste permanent?

Oui. Beaucoup de travailleurs étrangers temporaires en général sont autorisés à occuper temporairement un poste permanent qui, pour une raison ou pour une autre, est temporairement vacant.

8. Is the LMIA procedure for temporary and permanent employment affected by the CUSMA?

The procedures which apply to permanent employment are unaffected by the CUSMA. The advertising procedure required as part of the LMIA process continues for permanent appointments.

On the other hand, the CUSMA prohibits, as a condition for temporary entry, "...prior approval procedures, petitions, labour certification tests, or other procedures of similar effect." Service Canada labour certification is, therefore, prohibited for a temporary appointment. A hiring (advertising) process which is independent of a labour certification test or other procedure of similar effect is permissible for a temporary appointment under the CUSMA.

A university can institute a "Canadians-first" hiring policy and not be in conflict with provisions of Chapter 16 or any other provisions of the CUSMA. The university would simply be exerting its prerogative as an employer.

Should a decision be made, though, to offer a temporary appointment to a teacher who is a U.S. or Mexican citizen, then that person's entry to Canada and authorization to work will be facilitated through the provisions of Chapter 16 of the CUSMA.

9. What happens when a university wishes to turn a temporary appointment under the CUSMA into a permanent appointment?

The university must offer the person permanent/indeterminate employment. The applicant can then apply for permanent residence, and benefit from receiving points for 'arranged employment'. If they qualify as a skilled worker permanent resident, then a permanent residence visa will be issued.

10. What immigration procedures apply to American or Mexican teachers coming to Canada to undertake temporary appointments?

Teachers require work permits to teach temporarily in Canada at a university, college or seminary. An American or Mexican citizen can apply for a work permit at a Canadian POE and must provide the following documentation:

8. Le processus de l'EIMT visant l'emploi temporaire et l'emploi permanent est-il touché par l'ACEUM?

Les modalités régissant l'emploi permanent ne sont pas touchées par l'ACEUM. La formule de la mise en concurrence exigée dans le processus de l'EIMT continue de s'appliquer aux nominations permanentes.

Par ailleurs, les dispositions de l'ACEUM interdisent, comme condition de l'autorisation d'un séjour temporaire, « des procédures d'approbation préalable, des demandes, des validations de l'offre d'emploi ou d'autres procédures ayant un effet similaire ». Il est donc interdit d'exiger la confirmation de Service Canada lorsqu'il s'agit d'une nomination temporaire. Une formule de recrutement (publicité) qui est indépendante d'une validation de l'offre d'emploi ou d'autres procédures ayant un effet similaire est permise lorsqu'il s'agit d'une nomination temporaire visée par l'ACEUM.

Les autorités d'une université peuvent établir une politique d'embauche des « Canadiens d'abord » et ne pas être en conflit avec les dispositions du chapitre 16 ou toute autre disposition de l'ACEUM. L'université ne ferait qu'exercer sa prérogative à titre d'employeur.

Si l'on décidait toutefois d'offrir un emploi temporaire à un enseignant des États-Unis ou du Mexique, alors l'admission de cette personne au Canada de même que son autorisation de travailler seraient facilitées grâce aux dispositions du chapitre 16 de l'ACEUM.

9. Que se passe-t-il lorsqu'une université souhaite convertir une affectation temporaire en vertu de l'ACEUM en une affectation permanente?

L'université doit offrir le poste permanent ou d'une durée indéterminée au titulaire actuel du poste. Ce dernier doit alors demander le statut de résident permanent et profiter des points accordés du fait d'avoir un emploi réservé; s'il peut prétendre au statut de résident permanent de la catégorie des travailleurs qualifiés, il obtient un visa de résident permanent.

10. Quelles sont les formalités d'immigration que doivent remplir les enseignants des États-Unis et du Mexique qui viennent au Canada pour prendre un emploi temporaire?

Ils ont besoin d'un permis de travail pour enseigner à titre temporaire au Canada dans une université, un collège ou un séminaire. Le citoyen des États-Unis/du Mexique peut solliciter un permis de travail à un PDE au Canada et doit fournir les documents suivants :

a. evidence of citizenship (passport or birth certificate);

a. une preuve de citoyenneté (passeport ou acte de naissance);

b. a letter or signed contract from the institution providing full details of the temporary appointment including:

b. une lettre de l'établissement ou un contrat signé par celui-ci fournissant tous les détails de l'emploi temporaire, notamment :

- the nature of the position offered;
- arrangements for remuneration;
- educational qualifications required; and
- the duration of the appointment.

- la nature du poste offert;
- les dispositions concernant la rémunération;
- les compétences requises;
- la durée de la nomination.

While not mandatory, for the purpose of further facilitating entry at the border, it is recommended that the letter or contract specify that “the offer of employment is for a temporary appointment consistent with the terms of the Canada-United States-Mexico Agreement”;

Afin de faciliter encore davantage l'octroi de l'autorisation de séjour temporaire à la frontière, sans que cela soit obligatoire, il est recommandé de préciser dans la lettre ou le contrat que « l'offre d'emploi est une nomination temporaire jugée conforme aux conditions de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique »;

c. evidence that the applicant holds at least a baccalaureate degree.

c. une preuve que le candidat est au moins titulaire d'un baccalauréat.

Applicants must, as well, be able to satisfy an immigration officer of general compliance with the requirements of the *Immigration and Refugee Protection Act* and Regulations, e.g., be in good health and have no criminal record.

En outre, les demandeurs doivent pouvoir convaincre un agent d'immigration qu'ils se conforment aux exigences de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et du Règlement, c'est-à-dire être en bonne santé et ne pas avoir de casier judiciaire.

[32] Relying solely on section 3.7 of the Guidelines, the Officer found that the applicant's employment was not temporary as she held a permanent, tenured position, she had been working at the University for 11 years, and was not employed elsewhere. The Officer specifically found that because the applicant was “tenured, the employment is not considered ‘temporary’”. The Officer also stated that although the applicant was approved for a work permit, the “work permit was refused due to the fact that the person does not meet the definition of temporary work under CUSMA”.

[32] En se fondant uniquement sur la section 3.7 des lignes directrices, l'agent a conclu que l'emploi de la demanderesse n'était pas temporaire puisqu'elle occupait un poste permanent, qu'elle travaillait à l'Université depuis 11 ans et qu'elle n'était pas employée ailleurs. L'agent a expressément conclu que parce que la demanderesse disposait d'un [TRADUCTION] « emploi permanent, l'emploi ne pouvait être considéré comme “temporaire” ». L'agent a également affirmé qu'en dépit de l'approbation du permis de travail de la demanderesse, [TRADUCTION « la demande de permis de travail a été rejetée parce que l'emploi de la personne ne satisfait pas à la définition d'emploi temporaire prévue par l'ACEUM ».

[33] In my view, the Officer erred by relying exclusively on section 3.7 of the Guidelines to make their decision and in failing to also consider whether, pursuant to Article 16.1 of CUSMA, the applicant sought “temporary

[33] J'estime que l'agent a commis une erreur en se fondant exclusivement sur la section 3.7 des lignes directrices pour rendre sa décision et en n'examinant pas la question de savoir si la demanderesse sollicitait une « admission

entry” as she did not intend to establish permanent residence in Canada.

[34] The Officer noted that:

- the applicant has resided only in the United States for the last 11 years while working in Canada at the University;
- she has been issued work permits consecutively from 2010 to 2021;
- because the applicant is tenured her employment is not considered “temporary” for the purposes of a work permit issued under CUSMA; and
- she did not apply for an LMIA because the University did not want to pay for it.

[35] It is beyond debate that while administrative guidelines can be useful in indicating what constitutes a reasonable interpretation of a given legislative provision, they are not legally binding and are not intended to be either exhaustive or restrictive. Officers can consider guidelines but will err if they treat them as binding or fail to also turn their minds to the specific circumstances of the case before them (see, for example, *Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraph 32; *Gordon v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 643, [2016] G.S.T.C. 60, at paragraph 29; *Canadian Reformed Church of Cloverdale B.C. v. Canada (Employment and Social Development)*, 2015 FC 1075, at paragraphs 10–12; *Marcom Resources Ltd. v. Canada (Employment, Workforce Development and Labour)*, 2020 FC 182, at paragraphs 27–28; *Castle Building Group Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2021 FC 947, 2021 D.T.C. 5105, at paragraph 33).

[36] In my view, the Officer failed to assess whether the applicant had the intent of establishing permanent residence in Canada and whether she complied with Canadian measures applicable to temporary entry, as required by the IRPA and the IRP Regulations. In that regard, the Officer

temporaire » en vertu de l’article 16.1 de l’ACEUM, puisqu’elle n’avait pas l’intention de résider de manière permanente au Canada.

[34] L’agent a fait remarquer ce qui suit :

- la demanderesse a résidé uniquement aux États-Unis au cours des 11 dernières années tout en travaillant à l’Université, au Canada;
- elle a obtenu des permis de travail de manière consécutive de 2010 à 2021;
- comme la demanderesse occupe un poste permanent, son emploi n’est pas considéré comme « temporaire » aux fins d’un permis de travail délivré en vertu de l’ACEUM;
- elle n’a pas demandé à obtenir une EIMT parce que l’Université ne voulait pas la payer.

[35] Il est incontestable que si les lignes directrices administratives peuvent être utiles pour indiquer ce qui constitue une interprétation raisonnable d’une disposition législative donnée, elles ne sont pas juridiquement contraignantes et ne sont pas conçues pour être exhaustives ou restrictives. Les agents peuvent tenir compte des lignes directrices, mais ils commettront une erreur s’ils les considèrent comme exécutoires ou s’ils n’examinent pas les circonstances particulières de l’affaire dont ils sont saisis (voir, par exemple, *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, au paragraphe 32; *Gordon c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 643, au paragraphe 29; *Canadian Reformed Church of Cloverdale B.C. c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2015 CF 1075, aux paragraphes 10–12; *Marcom Resources Ltd. c. Canada (Emploi, Développement de la main-d’œuvre et du Travail)*, 2020 CF 182, aux paragraphes 27–28; *Castle Building Group Ltd. c. Canada (Revenu national)*, 2021 CF 947, au paragraphe 33).

[36] À mon avis, l’agent n’a pas examiné si la demanderesse avait l’intention d’établir sa résidence permanente au Canada ni si elle s’est conformée aux mesures canadiennes applicables à l’admission temporaire, comme l’exigent la LIPR et le RIPR. À cet égard, l’agent n’a pas

failed to consider the information provided by the applicant, such as the fact that she resides exclusively in the United States with her family and commutes to work when needed; she has spent only around 400 days in Canada in the last relevant five-year period; and, significantly, her explanation that she has no intention—as demonstrated over the last 11 years—of residing in Canada, either temporarily or permanently.

[37] While the employment-related factors relied upon by the Officer may have properly assisted them in an assessment of whether the applicant intended to establish herself permanently in Canada and whether she complies with Canada’s measures applicable to temporary entry, in and of themselves they are not determinative.

[38] The Officer also erred in basing the refusal on the fact that the applicant “does not meet the definition of temporary work under CUSMA”. CUSMA does not define temporary work, only “temporary entry”—which is concerned with the applicant’s intent to establish permanent residence.

[39] In conclusion, by relying exclusively on section 3.7 of the Guidelines and on factors related to the nature of the applicant’s employment at the University, the Officer effectively fettered their discretion by failing to also consider whether the applicant intended to establish herself permanently in Canada and whether she complies with Canada’s measures applicable to temporary entry. The decision is therefore not justified in light of the factual and legal constraints that bore on it (*Vavilov*, at paragraph 105).

[40] That said, had the Officer done so, it may well have been open to them to have also concluded that the indeterminate nature of the applicant’s work meant that her permanent teaching position was not of a temporary duration and that her individual circumstances, cross-border commuting, did not alleviate that concern. Indeed, it is unclear to me, based on the record before me, whether CUSMA was intended to apply to someone in the applicant’s circumstances.

tenu compte des renseignements fournis par la demanderesse, comme le fait qu’elle réside exclusivement aux États-Unis avec sa famille et qu’elle se rend au travail au besoin, qu’elle n’a passé qu’environ 400 jours au Canada pendant la dernière période quinquennale pertinente et, notamment, qu’elle a expliqué ne pas avoir l’intention — comme cela a été démontré au cours des 11 dernières années — de résider au Canada, de façon temporaire ou permanente.

[37] Bien que les facteurs liés à l’emploi sur lesquels s’est appuyé l’agent aient pu l’aider à examiner si la demanderesse avait l’intention d’établir sa résidence permanente au Canada et si elle respectait les mesures du Canada applicables à l’admission temporaire, ils ne sont pas déterminants en soi.

[38] L’agent a également commis une erreur en fondant le rejet de la demande sur le fait que l’emploi de la demanderesse [TRADUCTION] « ne répond pas à la définition d’emploi temporaire aux termes de l’ACEUM ». L’ACEUM ne définit pas le travail temporaire, mais seulement l’« admission temporaire » — qui concerne l’intention du demandeur d’établir sa résidence permanente.

[39] En conclusion, en se fondant exclusivement sur la section 3.7 des lignes directrices et sur les facteurs liés à la nature de l’emploi de la demanderesse à l’Université, l’agent a effectivement entravé son pouvoir discrétionnaire en n’examinant pas si la demanderesse avait l’intention d’établir sa résidence permanente au Canada et si elle se conformait aux mesures canadiennes applicables à l’admission temporaire. La décision n’est donc pas justifiée à la lumière des contraintes factuelles et juridiques qui avaient une incidence sur le décideur (*Vavilov*, au paragraphe 105).

[40] Cela dit, si l’agent avait examiné l’intention de la demanderesse, il aurait tout de même pu conclure que la nature indéterminée du travail de la demanderesse signifiait que son poste permanent de professeure n’était pas temporaire et que sa situation particulière, à savoir les déplacements transfrontaliers, n’atténuait pas ses doutes. J’estime en effet qu’il n’est pas clair, au vu du dossier dont je dispose, si l’ACEUM est censé s’appliquer à une personne dans la situation de la demanderesse.

Certified questions

[41] The applicant in this matter proposes the following questions for certification:

- i. Can a citizen of the United States or Mexico who resides in the United States and works in an indeterminate position in Canada benefit from an LMIA exemption under CUSMA Article 16.4?
- ii. Must a foreign national who otherwise qualifies for an LMIA exemption under CUSMA Article 16.4 demonstrate that their employment is temporary in order to meet the test for temporary entry?

[42] In order for this Court to certify a question of general importance, it must be a serious question that is dispositive of the matter, that transcends the interests of the parties, and raises an issue of broad significance or general importance (*Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36).

[43] The Federal Court of Appeal in *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674, revisited the criteria that must be met for certification of a proposed question [at paragraph 46]:

This Court recently reiterated in *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36, the criteria for certification. The question must be a serious question that is dispositive of the appeal, transcends the interests of the parties and raises an issue of broad significance or general importance. This means that the question must have been dealt with by the Federal Court and must arise from the case itself rather than merely from the way in which the Federal Court disposed of the application. An issue that need not be decided cannot ground a properly certified question (*Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211, at paragraph 10). Nor will a question that is in the nature of a reference or whose answer turns on the unique facts of the case be properly certified (*Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 485 N.R. 186, at paragraphs 15, 35).

Questions à certifier

[41] En l'espèce, la demanderesse propose les questions suivantes pour la certification :

- i. Un citoyen des États-Unis ou du Mexique qui réside aux États-Unis et qui occupe un poste de durée indéterminée au Canada peut-il être dispensé de l'obligation d'obtenir une EIMT en application de l'article 16.4 de l'ACEUM?
- ii. Un ressortissant étranger qui peut être dispensé de l'obligation d'obtenir une EIMT, en application de l'article 16.4 de l'ACEUM, doit-il démontrer que son emploi est temporaire afin de satisfaire au critère d'admission temporaire?

[42] Pour que notre Cour certifie une question de portée générale, il doit s'agir d'une question grave, déterminante quant à l'issue de l'affaire, qui transcende les intérêts des parties au litige et qui porte sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale (*Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36).

[43] Dans l'arrêt *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674, la Cour d'appel fédérale a réexaminé les critères à respecter pour la certification d'une question proposée [au paragraphe 46] :

La Cour a récemment réitéré, dans l'arrêt *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36, les critères de certification. La question doit être déterminante quant à l'issue de l'appel, transcender les intérêts des parties au litige et porter sur des questions ayant des conséquences importantes ou qui sont de portée générale. Cela signifie que la question doit avoir été examinée par la Cour fédérale et elle doit découler de l'affaire elle-même, et non simplement de la façon dont la Cour fédérale a statué sur la demande. Un point qui n'a pas à être tranché ne peut soulever une question dûment certifiée (arrêt *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21, au paragraphe 10). Il en est de même pour une question qui est de la nature d'un renvoi ou dont la réponse dépend des faits qui sont uniques à l'affaire (arrêt *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, aux paragraphes 15 et 35).

[44] Given that the proposed questions were not dealt with in my reasons, certification is not appropriate.

JUDGMENT in IMM-8878-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is granted;
2. The decision is set aside and the matter shall be remitted to another Canada Border Services officer for redetermination, having regard to these reasons;
3. There shall be no order as to costs; and
4. The proposed questions are not certified.

[44] Comme les questions proposées n'ont pas été traitées dans mes motifs, la certification n'est pas appropriée.

JUGEMENT dans le dossier IMM-8878-21

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision est annulée et l'affaire est renvoyée à un autre agent des services frontaliers du Canada pour qu'il rende une nouvelle décision en tenant compte des présents motifs.
3. Aucuns dépens ne sont adjugés.
4. Les questions proposées ne sont pas certifiées.

T-1005-21
2022 FC 1087T-1005-21
2022 CF 1087

National Council of Canadian Muslims, Craig Scott, Leslie Green, Arab Canadian Lawyers Association, Independent Jewish Voices Canada and Canadian Muslim Lawyers Association (*Applicants*)

Conseil national des musulmans canadiens, Craig Scott, Leslie Green, Association des avocats arabo-canadiens, Voix juives indépendantes Canada et Association canadienne des avocat(e)s musulman(e)s (*demandeurs*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

Canadian Judicial Council, Centre for Free Expression, Canadian Association of University Teachers, and B'nai Brith of Canada League for Human Rights (*Interveners*)

Conseil canadien de la magistrature, Centre for Free Expression, Association canadienne des professeures et professeurs d'université et Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada (*intervenants*)

INDEXED AS: NATIONAL COUNCIL OF CANADIAN MUSLIMS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : CONSEIL NATIONAL DES MUSULMANS CANADIENS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Kane J.—By videoconference, April 25; Ottawa, July 25, 2022.

Cour fédérale, juge Kane—Par vidéoconférence, 25 avril; Ottawa, 25 juillet 2022.

Judges and Courts — Judicial conduct — Application for judicial review of Canadian Judicial Council (CJC) decision concluding that conduct of Tax Court of Canada Justice David Spiro not warranting establishment of inquiry committee to determine whether to recommend removal from judicial office — Complaints alleging that Justice Spiro interfered in appointment process at University of Toronto (U of T) Faculty of Law — Events underlying complaints concerning Justice Spiro's communication with U of T executive regarding possible appointment of Dr. Valentina Azarova as Director of International Human Rights Program (IHRP) at Faculty of Law — Members of Centre for Israel and Jewish Affairs (CIJA) concerned that Dr. Azarova "anti-Israel academic crusader" — Relaying those concerns to Justice Spiro who then spoke to U of T Assistant Vice-President — Dean of Faculty of Law made aware of status of search process, expressed concerns about Dr. Azarova's potential appointment — Dean later informing search committee that Dr. Azarova's appointment would not proceed — CJC Executive Director referred complaints to Vice-Chair of Judicial Conduct Committee — Vice-Chair expressed view that Justice Spiro had indicated lack of integrity, departed from his duty of impartiality — Referred complaints to Review Panel in accordance with CJC's Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws, 2015 (By-laws) — Review Panel determined that an informed person could not conclude that

Juges et Tribunaux — Conduite judiciaire — Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien de la magistrature (le CCM) a conclu que la conduite reprochée au juge David Spiro de la Cour canadienne de l'impôt ne justifiait pas la constitution d'un comité d'enquête chargé de statuer sur l'opportunité de recommander sa révocation — Des plaintes ont allégué que le juge Spiro s'était immiscé dans un processus de nomination à la Faculté de droit de l'Université de Toronto (l'Université) — Les faits à l'origine de ces plaintes se rapportent à des communications entre le juge Spiro et une cadre de l'Université concernant la nomination éventuelle de M^{me} Valentina Azarova, docteure en droit, au poste de directrice du Programme international des droits de la personne (le Programme) de la Faculté de droit — Des membres du Centre consultatif des relations juives et israéliennes (le CIJA) étaient d'opinion que M^{me} Azarova était une « importante militante anti-Israël » — Ils ont fait part de leurs préoccupations au juge Spiro qui s'est ensuite entretenu avec la vice-rectrice adjointe de l'Université — Le doyen de la Faculté de droit a été informé de l'état d'avancement du processus de recherche et a exprimé des réserves concernant la nomination éventuelle de M^{me} Azarova — Il a plus tard indiqué au comité de recherche que M^{me} Azarova ne serait pas nommée — La directrice exécutive du CCM a renvoyé les plaintes au vice-président du comité sur la conduite des juges — Ce

Justice Spiro would be unable to decide cases impartially — Concluding that future fear of bias not well founded, could not form basis for directing that Inquiry Committee be constituted — Could not conclude, inter alia, that Justice Spiro's conduct "might be serious enough to warrant" removal from office — In formal expression of concern, Vice-Chair stated that Justice Spiro's conduct had put public confidence in integrity, impartiality, independence of judiciary at risk, also risked diminishing confidence in administration of justice — Executive Director subsequently closing complaints — Applicants submitting decision not reasonable, CJC's process for reviewing complaints not procedurally fair — Arguing Review Panel erred by not finding that complaints should be referred to Inquiry Committee, that Vice-Chair erred in finding no further action warranted — Submitting, inter alia, that CJC failed to appreciate that complaints raised two distinct issues, i.e. that Justice Spiro's improper interference for benefit of advocacy organization by relying on his past contacts amounted to misconduct, that this conduct raised reasonable apprehension of bias — Issues whether CJC's ultimate decision to close complaints without constituting Inquiry Committee reasonable; whether CJC breached duty of procedural fairness owed to complainants in circumstances of this case — No fundamental flaws in decision that were "sufficiently central or significant" — Review Panel clearly identified the two distinct issues raised in complaints — CJC's overall decision reasonable, as was reasoning process — Reasons clear, justified by the facts — Review Panel's findings reasonable based on its assessment of evidence before it — Issuance of formal expression of concern is sanction — Vice-Chair having broad discretion regarding how to resolve complaints — Not erring by not explaining why other remedial measures not recommended — Decision to issue expression of concern, provide constructive comments reflecting Vice-Chair's view that Justice Spiro's conduct not condoned — Vice-Chair's conclusion demonstrated balanced approach — CJC did not breach duty of procedural fairness owed to complainants — Factors in Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (Baker factors), case law, supported finding that duty of procedural fairness owed to complainants in CJC's investigative process at lower end of spectrum or range, not comparable to duty owed to judge subject of complaint, investigation — Baker factors can be adapted to inform scope of duty of procedural fairness owed to complainants in CJC review process — Decision not to constitute Inquiry Committee, to issue formal expression of concern administrative decision, not similar to judicial process — Personal interests of complainant not adversely affected in same way as judge subject of complaint — Nothing in Review Procedures or By-laws to provide to complainants legitimate expectation of disclosure of information or greater participation — Importance of decision to complainants not supporting finding higher level of procedural fairness than that provided — While CJC not initiating any follow-up with complainants, this not demonstrating breach of procedural fairness — CJC met duty owed — Application dismissed.

dernier a dit estimer que le juge Spiro avait fait preuve d'un manque d'intégrité et manqué à son devoir d'impartialité — Il a renvoyé les plaintes au Comité d'examen conformément au Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes (le Règlement administratif) — Le Comité d'examen a déterminé qu'une personne informée ne pourrait conclure que ce dernier était incapable de statuer de façon impartiale — Il a conclu que la crainte de partialité future n'était pas fondée et ne pouvait servir de fondement à la constitution d'un comité d'enquête — Il n'a pas pu conclure, entre autres choses, que la conduite du juge Spiro « pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier » sa révocation — Le vice-président a exprimé formellement des préoccupations en déclarant que la conduite du juge Spiro avait mis en péril la confiance que portait le public à l'intégrité, à l'impartialité et à l'indépendance de la magistrature et risquait également de diminuer la confiance en l'administration de la justice — La directrice exécutive a fermé le dossier — Les demandeurs ont fait valoir que la décision n'était pas raisonnable et que le processus d'examen des plaintes du CCM n'était pas équitable sur le plan procédural — Ils ont allégué que le Comité d'examen a commis une erreur en ne concluant pas que les plaintes devraient être renvoyées à un comité d'enquête, et que le vice-président a commis une erreur en concluant qu'aucune autre mesure n'était justifiée — Ils ont également soutenu, entre autres choses, que le CCM n'a pas compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes : celle de savoir si l'ingérence induite du juge Spiro dans une nomination universitaire en faveur d'une organisation de défense des intérêts d'un groupe à l'aide de ses contacts antérieurs constituait une faute, et celle de savoir si cette conduite faisait naître une crainte raisonnable de partialité — Il s'agissait de déterminer si la décision finale du CCM était raisonnable, et si le CCM a manqué à son obligation d'équité procédurale envers les plaignants à la lumière des circonstances de l'affaire — Il n'existait aucune lacune fondamentale dans la décision qui était « suffisamment capitale ou importante » — Le Comité d'examen a compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes — La décision du CCM dans son ensemble était raisonnable, tout comme l'était son raisonnement — Les motifs étaient clairs et justifiés par les faits — Les conclusions du Comité d'examen étaient raisonnables et fondées sur son appréciation de la preuve dont il était saisi — Une expression formelle de préoccupation est une sanction — Le vice-président dispose d'un large pouvoir discrétionnaire quant à la façon de traiter les plaintes — Il n'a pas commis d'erreur en n'expliquant pas pourquoi il n'aurait pas été opportun de prendre d'autres mesures correctives — La décision du vice-président d'exprimer des préoccupations et de formuler des observations constructives traduisent également la désapprobation par le vice-président de la conduite du juge Spiro — La conclusion du vice-président a démontré une approche équilibrée — Le CCM n'a pas manqué à son obligation d'équité procédurale envers les plaignants — Les facteurs énoncés dans l'arrêt Baker c. Canada (Ministre de la

Citoyenneté et de l'Immigration) (Baker) et la jurisprudence ont étayé la conclusion selon laquelle l'obligation d'équité procédurale envers les plaignants, dans le cadre du processus d'enquête du CCM, est minimale et n'est pas comparable à l'obligation envers le juge qui fait l'objet de la plainte et de l'enquête — Les facteurs énoncés dans l'arrêt Baker peuvent être adaptés pour établir le contenu de l'obligation d'équité procédurale envers les plaignants dans le processus d'examen du CCM — La décision de ne pas constituer un comité d'enquête et d'exprimer formellement des préoccupations est une décision administrative — Le processus de traitement des plaintes n'a pas les mêmes répercussions défavorables sur les intérêts du plaignant — Rien dans les Procédures d'examen ou le Règlement administratif ne peut susciter une attente légitime de communication d'informations ou de participation plus importante au processus — L'importance que revêtait la décision pour les plaignants ne justifiait pas de conclure à une obligation d'équité procédurale plus rigoureuse que celle qui a été accordée — Le manque de suivi auprès des plaignants ne prouve pas qu'il y ait eu atteinte à l'équité procédurale — Le CCM s'est acquitté de son obligation — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of a decision of the Canadian Judicial Council (CJC) concluding that the conduct of Justice David Spiro of the Tax Court of Canada did not warrant the establishment of an inquiry committee to determine whether to recommend removal from judicial office.

The applicants filed complaints with the CJC alleging that Justice Spiro had interfered in an appointment process at the University of Toronto (U of T) Faculty of Law. The events underlying those complaints concerned Justice Spiro's communication with an executive at the U of T regarding the possible appointment of Dr. Valentina Azarova as Director of the International Human Rights Program (IHRP) at the Faculty of Law. Although the hiring process was intended to be confidential, persons outside the university became aware of the potential appointment of Dr. Azarova, including members of the Centre for Israel and Jewish Affairs (CIJA). In September 2020, Professor Gerald Steinberg expressed his view by email that Dr. Azarova is an "anti-Israel academic crusader" whose scholarship "is almost entirely focused on promoting the Palestinian narrative, the Israel 'apartheid' theme, war crimes, etc." Professor Steinberg shared a detailed memo with the CIJA setting out his concerns and objections to Dr. Azarova's possible appointment. CIJA members relayed their concerns about Dr. Azarova's potential appointment to Justice Spiro, a former Director of the CIJA and alumnus of the U of T Faculty of Law. Justice Spiro, who had resigned from his role with the CIJA upon his appointment to the Tax Court, then spoke with the Assistant Vice-President of Divisional Relations at the Division of University Enhancement, U of T. Justice Spiro recounted that he had asked the Assistant Vice-President to find out the status

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien de la magistrature (le CCM) a conclu que la conduite reprochée au juge David Spiro de la Cour canadienne de l'impôt ne justifiait pas la constitution d'un comité d'enquête chargé de statuer sur l'opportunité de recommander sa révocation.

Les demandeurs ont déposé des plaintes auprès du CCM alléguant que le juge Spiro s'était immiscé dans un processus de nomination à la Faculté de droit de l'Université de Toronto (l'Université). Les faits à l'origine de ces plaintes se rapportent à des communications entre le juge Spiro et un cadre de l'Université concernant la nomination éventuelle de M^{me} Valentina Azarova, docteure en droit, au poste de directrice du Programme international des droits de la personne (le Programme) de la Faculté de droit. En dépit du caractère confidentiel que devait avoir la campagne de recrutement, la nomination éventuelle de M^{me} Azarova a transpiré à l'extérieur de l'université, pour être connue notamment de certains membres du Centre consultatif des relations juives et israéliennes (le CIJA). En septembre 2020, le professeur Gerald Steinberg a fait part de son opinion à ses contacts au CIJA selon laquelle M^{me} Azarova était une « importante militante anti-Israël » et ses travaux étaient « presque entièrement axés sur la promotion du discours palestinien, le thème de l'"apartheid" israélien, les crimes de guerre, etc. ». Le professeur Steinberg a fait parvenir au CIJA une note détaillée dans laquelle il exposait ses préoccupations à l'égard de la nomination possible de M^{me} Azarova et ses objections à celle-ci. Des membres du CIJA ont fait part de leurs préoccupations concernant la possible nomination de M^{me} Azarova au juge Spiro, ancien directeur du CIJA et diplômé de la Faculté de droit de l'Université. Le juge Spiro,

of the appointment process, and learned that the appointment of Dr. Azarova had not been finalized. The Assistant Vice-President advised she had passed along the points they had discussed to the Dean of the Faculty of Law. The Dean was made aware of the status of the search process and expressed concerns about Dr. Azarova's potential appointment on a number of grounds. In September 2020, the Dean informed the search committee that Dr. Azarova's appointment would not proceed, citing the need for the selected candidate to be available soon and the immigration obstacles encountered.

In accordance with the CJC's Review Procedures, the Executive Director referred the complaints to the Vice-Chair of the Judicial Conduct Committee. In January 2021, the Vice-Chair issued written reasons for finding that he had concerns significant enough to require the establishment of a Judicial Conduct Review Panel. The Vice-Chair expressed the view that Justice Spiro had indicated a lack of integrity and departed from his duty of impartiality when he received information from the CIJA about their concerns regarding Dr. Azarova; conveyed this information to an executive at the university; failed to clarify that the views he expressed were not necessarily his own; asked the executive to make inquiries regarding the status of the selection process; and conveyed that information to another person. The Vice-Chair referred the complaints to the Review Panel in accordance with subsection 2(1) of the CJC's *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws, 2015* (By-laws). The Review Panel's task was to determine whether an Inquiry Committee should be constituted to inquire into Justice Spiro's conduct. The Review Panel determined that an informed person, apprised of the conduct of Justice Spiro over the course of his career and including this matter, could not conclude that Justice Spiro would be unable to decide cases impartially. It concluded that the future fear of bias was not well founded and could not form the basis for directing that an Inquiry Committee be constituted. The Review Panel found, *inter alia*, that the appropriate characterization of Justice Spiro's conduct was an expression of concern that the appointment might subject the Faculty of Law to adverse criticism and publicity. The Review Panel could not conclude that Justice Spiro's conduct "might be serious enough to warrant" his removal from office. The Review Panel referred the matter back to the Vice-Chair in accordance with the By-laws. In a formal expression of concern, the Vice-Chair stated that Justice Spiro's conduct had put public confidence in the integrity, impartiality and independence of the judiciary at risk and also risked diminishing confidence in the administration of justice. In May 2021, the Executive Director of the CJC wrote to each

qui avait démissionné de son poste au CIJA lorsqu'il avait été nommé à la Cour canadienne de l'impôt, s'est ensuite entretenu avec la vice-rectrice adjointe aux relations avec les divisions à la division de la valorisation universitaire de l'Université. Le juge Spiro a rapporté qu'il avait alors demandé à la vice-rectrice adjointe de se renseigner sur l'état du processus de nomination, et avait appris que la nomination de M^{me} Azarova n'avait pas été officialisée. La vice-rectrice adjointe a indiqué au juge Spiro qu'elle avait transmis au doyen de la Faculté de droit les points dont ils avaient discuté. Le doyen a été informé de l'état d'avancement du processus de recherche et a exprimé des réserves concernant la nomination éventuelle de M^{me} Azarova pour plusieurs raisons. Le doyen a plus tard indiqué au comité de recherche que M^{me} Azarova ne serait pas nommée, invoquant la nécessité que le candidat retenu soit disponible rapidement et les obstacles rencontrés en matière d'immigration.

Conformément aux Procédures d'examen du CCM, la directrice exécutive a renvoyé les plaintes au vice-président du comité sur la conduite des juges. En janvier 2021, le vice-président a conclu que la conduite pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier la constitution d'un comité d'examen de la conduite judiciaire. Le vice-président a dit estimer que le juge Spiro avait fait preuve d'un manque d'intégrité et manqué à son devoir d'impartialité en recevant des renseignements du CIJA concernant les objections de ce dernier à la sélection de M^{me} Azarova, en transmettant ces renseignements à une cadre de l'Université, en omettant de préciser que les opinions exprimées n'étaient pas nécessairement les siennes, en demandant à cette cadre de se renseigner sur l'état du processus de sélection et en transmettant les renseignements obtenus à une autre personne. Le vice-président a renvoyé les plaintes au Comité d'examen conformément au paragraphe 2(1) du *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes (2015)* (le Règlement administratif). Le Comité a indiqué que sa mission consistait à déterminer s'il convenait de constituer un comité d'enquête chargé de se pencher sur la conduite du juge Spiro. Le Comité d'examen a déterminé qu'une personne informée, connaissant la conduite du juge Spiro au cours de sa carrière, y compris en l'espèce, ne pourrait conclure que ce dernier était incapable de statuer de façon impartiale. Le Comité d'examen a conclu que la crainte de partialité future n'était pas fondée et ne pouvait servir de fondement à la constitution d'un comité d'enquête. Le Comité d'examen a conclu, entre autres choses, qu'il convenait de qualifier la conduite du juge Spiro d'expression d'une crainte que la nomination expose la Faculté de droit à des critiques et à une mauvaise publicité. Le Comité d'examen n'a pas pu conclure que la conduite du juge Spiro « pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier » sa révocation et a renvoyé l'affaire au vice-président, conformément au Règlement administratif. Le vice-président a exprimé formellement des préoccupations en déclarant que la conduite du juge Spiro avait mis en péril la confiance que portait le public à l'intégrité, à l'impartialité et à l'indépendance de la magistrature

complainant to inform them of the review procedures that had been undertaken, the conclusions of the Review Panel, and the key facts and reasons for the Review Panel's conclusion. The Executive Director subsequently closed the complaints.

The applicants submitted that the decision was not reasonable and that the CJC's process for reviewing complaints is not procedurally fair. The applicants argued that the Review Panel erred by not finding that the complaints should be referred to an Inquiry Committee, and that the Vice-Chair erred in finding that no further action was warranted. The applicants submitted that given that the CJC agreed that Justice Spiro's conduct was a serious mistake, the conclusion that no further remedial measures were required was unreasonable. The applicants also submitted that the CJC failed to appreciate that the complaints raised two distinct issues: whether Justice Spiro's improper interference in an academic appointment for the benefit of an advocacy organization by relying on his past contacts amounted to misconduct; and whether this conduct raised a reasonable apprehension of bias. The applicants further submitted, *inter alia*, that the decision lacked internal coherence and a rational chain of analysis for several reasons, and that the decision was unreasonable because it was not justified in the light of the facts and the law.

At issue was whether the CJC's ultimate decision—to close the complaints without constituting an Inquiry Committee and with a formal expression of concern and no further remedial action—was reasonable, and whether the CJC breached the duty of procedural fairness owed to the complainants in the circumstances of this case.

Held, the application should be dismissed.

The decision for the purpose of this application for judicial review was the decision of the CJC's Judicial Conduct Committee—in other words, the end result with respect to the complaints against Justice Spiro, as informed by the Report of the Review Panel and the reasons set out in the letter of the Vice-Chair for issuing an expression of concern and closing the complaints. There were no fundamental flaws in the decision that were “sufficiently central or significant”. The Review Panel clearly identified the two distinct issues raised in the complaints. The CJC's overall decision was reasonable, as was the reasoning process. Both the Review Panel's and the Vice-Chair's reasons were clear and justified by the facts. Not every complaint that calls into question a judge's adherence to the CJC's *Ethical Principles for Judges* will result in the most severe sanction. The Review Panel found that the conduct was not as initially reported

et risquait également de diminuer la confiance en l'administration de la justice. En mai 2021, la directrice exécutive a informé chaque plaignant par écrit des procédures d'examen réalisées, des conclusions du Comité d'examen, ainsi que des principaux faits et raisons motivant la conclusion du Comité d'examen. La directrice exécutive a ensuite fermé le dossier.

Les demandeurs ont fait valoir que la décision n'était pas raisonnable et que le processus d'examen des plaintes du CCM n'était pas équitable sur le plan procédural. Les demandeurs ont allégué que le Comité d'examen a commis une erreur en ne concluant pas que les plaintes devraient être renvoyées à un comité d'enquête, et que le vice-président a commis une erreur en concluant qu'aucune autre mesure n'était justifiée. Les demandeurs ont fait valoir que, le CCM ayant convenu que la conduite du juge Spiro constituait une grave erreur, la conclusion selon laquelle aucune autre mesure corrective n'était nécessaire était déraisonnable. Les demandeurs ont également soutenu que le CCM n'a pas compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes : celle de savoir si l'ingérence induite du juge Spiro dans une nomination universitaire en faveur d'une organisation de défense des intérêts d'un groupe à l'aide de ses contacts antérieurs constituait une faute, et celle de savoir si cette conduite faisait naître une crainte raisonnable de partialité. Les demandeurs ont aussi soutenu, entre autres choses, que la décision n'était pas fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle pour plusieurs raisons, et que la décision était déraisonnable parce qu'elle n'était pas justifiée à la lumière des faits et du droit.

Il s'agissait de déterminer si la décision finale du CCM — c'est-à-dire la décision de clore le dossier sans constituer un comité d'enquête ni prendre de mesure corrective autre qu'une expression des préoccupations — était raisonnable, et si le CCM a manqué à son obligation d'équité procédurale envers les plaignants à la lumière des circonstances de l'affaire.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La décision aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire était la décision rendue par le comité sur la conduite des juges du CCM, c'est-à-dire l'issue des plaintes contre le juge Spiro, à la lumière du rapport du Comité d'examen et des motifs énoncés dans la lettre du vice-président à l'appui de sa décision d'exprimer des préoccupations et de clore le dossier. Il n'existait aucune lacune fondamentale dans la décision qui était « suffisamment capitale ou importante ». Le Comité d'examen a compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes. La décision du CCM dans son ensemble était raisonnable, tout comme l'était son raisonnement. Les motifs du Comité d'examen et ceux du vice-président étaient clairs et justifiés par les faits. Toutes les plaintes qui mettent en question le respect par un juge des *Principes de déontologie judiciaire* du CCM n'entraînent pas nécessairement l'imposition

and although the Review Panel still characterized this as a “serious mistake,” the CJC reasonably concluded that an expression of concern was the appropriate outcome. The Review Panel identified the tests and made the distinction between the role of the Vice-Chair and its own role. Each fulfilled their respective roles based on the appropriate legal test and the information before them. The Review Panel’s findings were reasonable based on its assessment of the evidence before it. The Review Panel and Vice-Chair did not err by failing to specifically address the allegation of anti-Palestinian bias, and did not conflate anti-Palestinian racism with anti-Muslim and anti-Arab racism. The Review Panel considered the issue of bias collectively, which is not an error, and concluded that there was no reasonable perception of bias. The Review Panel’s determination that “right thinking persons” would not conclude that there was an apprehension of bias or a perception of bias did not mean that the complainants are not “right thinking,” but rather reflects the test set out in the case law and suggests that the complainants were not aware of all the same information as the Review Panel. The issuance of a formal expression of concern is a sanction. The Vice-Chair has broad discretion regarding how to resolve complaints, and did not err by not explaining why other remedial measures were not recommended. The Vice-Chair explained how Justice Spiro’s acknowledgement and his remorse were factors in deciding that no other remedial action was required. However, the Vice-Chair’s decision to issue an expression of concern and provide constructive comments also reflected the Vice-Chair’s view that Justice Spiro’s conduct was not condoned. The Vice-Chair’s conclusion demonstrated a balanced approach and was justified in the light of the facts and the law.

The CJC did not breach the duty of procedural fairness owed to the complainants. First, the duty of procedural fairness owed to the complainants is at the lower end of the spectrum, but that is not to say that there is no duty owed. Second, the CJC met the duty owed in the circumstances; the complainants had the opportunity to submit their complaints, which were detailed, the CJC conducted an impartial review in accordance with its By-laws and Review Procedures, and the complainants were informed of the outcome. In the present case, both the factors in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (*Baker* factors) and the case law supported finding that the duty of procedural fairness owed to the complainants in the CJC’s investigative process is at the lower end of the spectrum or range and is not comparable to the duty owed to the judge who is the subject of the complaint and the investigation. Although

de la sanction la plus sévère. Le Comité d’examen a conclu que la conduite était différente de ce qui avait été initialement rapporté et, bien qu’il qualifie encore cette conduite d’« erreur grave », le CCM a raisonnablement conclu qu’une expression de préoccupation était la mesure la plus indiquée. Le Comité d’examen a énoncé les critères applicables et fait la distinction entre le rôle du vice-président et son propre rôle. Chacun d’eux a rempli son rôle respectif en appliquant le bon critère juridique et en fonction des informations dont il disposait. Les conclusions du Comité d’examen étaient raisonnables et fondées sur son appréciation de la preuve dont il était saisi. Le Comité d’examen et le vice-président n’ont pas commis d’erreur en ne répondant pas spécifiquement à l’allégation de préjugés anti-palestiniens et n’ont pas fait d’amalgame entre le racisme anti-palestinien et le racisme anti-musulman et anti-arabe. Le Comité d’examen a examiné la question de la partialité dans son ensemble, ce qui n’est pas une erreur, et a conclu qu’il n’y avait pas de perception raisonnable de partialité. La décision du Comité d’examen selon laquelle « toute personne sensée » ne pourrait conclure à l’existence d’une crainte ou d’une perception de partialité n’implique pas que les plaintes ne sont pas des « personnes sensées ». Elle reflète plutôt le critère énoncé dans la jurisprudence et signifie que les plaignants n’avaient pas connaissance des mêmes renseignements que le Comité d’examen. Une expression formelle de préoccupation est une sanction. Le vice-président dispose d’un large pouvoir discrétionnaire quant à la façon de traiter les plaintes et n’a pas commis d’erreur en n’expliquant pas pourquoi il n’aurait pas été opportun de prendre d’autres mesures correctives. Le vice-président a expliqué en quoi l’admission par le juge Spiro de son erreur et ses remords ont pesé dans la décision qu’aucune autre mesure corrective n’était nécessaire. Toutefois, la décision du vice-président d’exprimer des préoccupations et de formuler des observations constructives traduisent également la désapprobation par le vice-président de la conduite du juge Spiro. La conclusion du vice-président a démontré une approche équilibrée et était justifiée à la lumière des faits et du droit.

Le CCM n’a pas manqué à son obligation d’équité procédurale envers les plaignants. Premièrement, l’obligation d’équité procédurale envers les plaignants était minimale, ce qui ne veut pas dire inexistante. Deuxièmement, le CCM s’est acquitté de son obligation dans les circonstances : les plaignants ont eu la possibilité de déposer des plaintes, qui étaient détaillées, le CCM a procédé à un examen impartial conformément à son Règlement administratif et à ses Procédures d’examen, et les plaignants ont été informés du résultat. En l’espèce, tant les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (*Baker*) que la jurisprudence ont étayé la conclusion selon laquelle l’obligation d’équité procédurale envers les plaignants, dans le cadre du processus d’enquête du CCM, est minimale et n’est pas comparable à l’obligation envers le juge qui fait l’objet de la plainte et de

the *Baker* factors are more often relied on to determine the scope of the duty of procedural fairness owed to a person who does have a “case to meet,” the factors can be adapted to inform the scope of the duty of procedural fairness owed to complainants in the CJC review process. *Baker* guides that the more the process resembles judicial decision making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required. The review of complaints about judicial conduct is an investigative, not an adversarial, process. The Review Panel does not make findings of fact or hear evidence. The decision not to constitute an Inquiry Committee and to issue a formal expression of concern is an administrative decision. The process does not resemble the judicial process even though the decision is made by judges. As to the importance of the decision to the individuals affected, another significant factor affecting the content of the duty, the decision to either constitute an Inquiry Committee or take other measures, such as issue an expression of concern, is of high importance to the judge as it has an impact on their judicial and legal career and their reputation more generally. While not to diminish the importance of the decision to the complainant, given that the complaints process is investigative, the personal interests of the complainant are not adversely affected in the same way. With respect to legitimate expectations, there is nothing in the Review Procedures or By-laws to provide to the complainants a legitimate expectation of disclosure of information or greater participation, nor did the email from the CJC acknowledging the receipt of the complaint suggest any greater procedural rights than those accorded. The importance of the decision to the complainants, on its own, did not support finding a higher level of procedural fairness than that provided. The case law also supported finding that the duty of procedural fairness owed to the complainants in the CJC’s investigation of their complaints was at the lower end of the spectrum. The case law establishes that the CJC’s complaints review process is investigative (*Slansky*). There is no dispute or *lis* between the complainant and the judge against whom the complaint is made. The complaint sets the investigative process in motion. The role of the CJC is to seek the truth, through its own research and with information provided by the complainant and the judge whose conduct is under review. While the CJC did not initiate any follow-up with any of the complainants (who were not otherwise invited to provide further submissions) and while the complainants were not informed of the stages of the review process nor afforded an opportunity to respond to comments made by Justice Spiro, this did not demonstrate any breach of procedural fairness. In conclusion, the duty of procedural fairness owed by the CJC to the complainants in the circumstances was at the lower end of the spectrum. The CJC met the duty owed; the complainants had the opportunity to submit their complaints, which were detailed; the CJC conducted an impartial review and investigation in accordance with its By-laws and Review Procedures; and the CJC followed its By-laws and Review Procedures with respect

l’enquête. Bien que les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* servent plus souvent à déterminer le contenu de l’obligation d’équité procédurale envers une personne qui a une « preuve à réfuter », ils peuvent être adaptés pour établir le contenu de l’obligation d’équité procédurale envers les plaignants dans le processus d’examen du CCM. L’arrêt *Baker* indique que, plus le processus ressemble à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que des protections procédurales proches du modèle du procès seront requises. L’examen des plaintes relatives à la conduite des juges est un processus d’enquête et non un processus contradictoire. Le Comité d’examen ne fait pas de constatations de fait ni n’entend de témoignages. La décision de ne pas constituer un comité d’enquête et d’exprimer formellement des préoccupations est une décision administrative. Le processus ne ressemble pas au processus judiciaire, même si la décision est rendue par des juges. En ce qui concerne l’importance de la décision pour les personnes visées, un autre facteur qui a une incidence significative sur la nature de l’obligation d’équité procédurale, la décision de constituer un comité d’enquête ou de prendre d’autres mesures, comme une expression de préoccupations, revêt une grande importance pour le juge, car elle a une incidence sur sa carrière au sein de la magistrature et dans le milieu juridique, ainsi que sur sa réputation en général. Sans vouloir minimiser l’importance de la décision pour le plaignant, le processus de traitement des plaintes étant un processus d’enquête, il n’a pas les mêmes répercussions défavorables sur les intérêts du plaignant. Pour ce qui est des attentes légitimes, rien dans les Procédures d’examen ou le Règlement administratif ne peut susciter une attente légitime de communication d’informations ou de participation plus importante au processus. L’accusé de réception de la plainte envoyé par courriel par le CCM ne suggérerait pas non plus des droits procéduraux plus étendus que ceux qui sont effectivement conférés. L’importance que revêtait la décision pour les plaignants, à elle seule, ne justifiait pas de conclure à une obligation d’équité procédurale plus rigoureuse que celle qui a été accordée. La jurisprudence étayait également la conclusion que l’obligation d’équité procédurale incombant au CCM envers les plaignants dans le cadre de son examen des plaintes était minimale. La jurisprudence établit que le processus d’examen des plaintes du CCM a le caractère d’enquête (*Slansky*). Il n’y a pas de litige ou de *lis* entre le plaignant et le juge contre lequel la plainte est déposée. La plainte déclenche le processus d’enquête. La fonction du CCM est la recherche de la vérité, par ses propres recherches et celles du plaignant et du juge qui fait l’objet de la plainte. Bien que le CCM n’ait pas fait de suivi auprès des plaignants (qui n’ont pas été autrement invités à présenter d’autres observations) et bien que les plaignants n’aient pas été informés des étapes du processus d’examen et ne se soient pas vu offrir la possibilité de répondre aux observations du juge Spiro, cela ne prouvait pas qu’il y ait eu atteinte à l’équité procédurale. En conclusion, l’obligation d’équité procédurale incombant au CCM envers les plaignants dans les circonstances était minimale. Le CCM s’est

to the role of complainants, including informing the complainants of the outcome.

acquitté de son obligation; les plaignants ont eu la possibilité de déposer des plaintes, lesquelles étaient détaillées; le CCM a effectué un examen et une enquête de manière impartiale dans le respect de son Règlement administratif et de ses Procédures d'examen; et le CCM a appliqué son Règlement administratif et ses Procédures d'examen en ce qui concerne les droits des plaignants, y compris en informant ceux-ci du résultat de l'examen.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Bill C-9, *An Act to amend the Judges Act*, 44th Parl., 1st Sess., 2021.
Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws, SOR/2015-203, ss. 2(1),(4),(5),(6), 8(1).
Health Professions Act, R.S.A. 2000, c. H-7.
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, ss. 61(3)(c), 65.
Police Services Act, R.S.O. 1990, c. P.15.

CASES CITED

APPLIED:

Therrien (Re), 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 129, [2020] 4 F.C.R. 557; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 1999 CanLII 699; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121.

CONSIDERED:

Portnov v. Canada (Attorney General), 2021 FCA 171, [2021] 4 F.C.R. 501; *Tran v. College of Physicians and Surgeons of Alberta*, 2017 ABQB 337, 22 Admin. L.R. (6th) 114; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 1976 CanLII 2; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 55, [2003] 3 F.C. 3; *Figueiras v. (York) Police Services Board*, 2013 ONSC 7419 (CanLII).

REFERRED TO:

Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General), 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, 1985 CanLII 25; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, 1997 CanLII 324; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, 1986 CanLII 24; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, 1995 CanLII 49.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Health Professions Act, R.S.A. 2000, ch. H-7.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, art. 61(3)c), 65.
Loi sur les services policiers, L.R.O. 1990, ch. P.15.
Projet de loi C-44, *Loi modifiant la Loi sur les juges*, 44^e lég., 1^{re} sess., 2021.
Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes, DORS/2015-203, art. 2(1),(4),(5),(6), 8(1).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Therrien (Re), 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 129, [2020] 4 R.C.F. 557; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Portnov c. Canada (Procureur général), 2021 CAF 171, [2021] 4 R.C.F. 501; *Tran v. College of Physicians and Surgeons of Alberta*, 2017 ABQB 337, 22 Admin. L.R. (6th) 114; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, 1976 CanLII 2; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 55, [2003] 3 C.F. 3; *Figueiras v. (York) Police Services Board*, 2013 ONSC 7419 (CanLII).

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale), 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, 1985 CanLII 25; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, 1997 CanLII 324; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, 1986 CanLII 24; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, 1995 CanLII 49.

AUTHORS CITED

- Canadian Judicial Council. News release, “Canadian Judicial Council completes its review of the matter involving the Honourable D.E. Spiro”, Ottawa, 21 May 2021.
- Canadian Judicial Council. News release, “Canadian Judicial Council constitutes a Review Panel in the matter involving the Honourable D.E. Spiro”, Ottawa, 11 January 2021.
- Canadian Judicial Council. *Ethical Principles for Judges*, 2021.
- Canadian Judicial Council. *Judicial Conduct: A Reference Guide for Chief Justices*, 2018.
- Canadian Judicial Council. *Canadian Judicial Council Procedures for the Review of Complaints or Allegations About Federally Appointed Judges*, 2015.
- Canadian Judicial Council. “Report of the Review Panel Regarding the Honourable D.E. Spiro”, Ottawa, 12 October 2021.
- Hon. Thomas A. Cromwell C.C. *Independent Review of the Search Process for the Directorship of the International Human Rights Program at the University of Toronto, Faculty of Law*, March 15, 2021.
- Gall, Gerald. *The Canadian Legal System*, Carswell: Toronto, 1977.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Canadian Judicial Council concluding that the conduct of Justice David Spiro did not warrant the establishment of an inquiry committee to determine whether to recommend removal from judicial office. Application dismissed.

APPEARANCES

- Alexi N. Wood, Laura G. MacLean and Sameha Omer* for applicants.
- Michael H. Morris, Andrew Law, Elizabeth Koudys and Samantha Pillon* for respondent.
- Christopher D. Bredt, Ewa Krajewska and Veronica Sjolín* for intervener Canadian Judicial Council.
- Andrew Bernstein, Yael Bienenstock and Adrienne Oake* for intervener B’nai Brith.
- David Wright, Rebecca R. Jones, Sarah Godwin and Immanuel Lanzaderas* for interveners Centre for Free Expression and Canadian Association of University Teachers.

DOCTRINE CITÉE

- Conseil canadien de la magistrature. « Rapport du Comité d’examen concernant l’honorable D.E. Spiro », Ottawa, 12 octobre 2021.
- Conseil canadien de la magistrature. Communiqué de presse. « Le Conseil canadien de la magistrature termine son examen de l’affaire concernant l’honorable D.E. Spiro », Ottawa, 21 mai 2021.
- Conseil canadien de la magistrature. Communiqué de presse. « Le Conseil canadien de la magistrature constitue un comité d’examen dans l’affaire impliquant l’honorable D.E. Spiro », Ottawa, 11 janvier 2021.
- Conseil canadien de la magistrature. *La conduite des juges : Guide à l’intention des juges en chef*, 2018.
- Conseil canadien de la magistrature. *Principes de déontologie judiciaire*, 2021.
- Conseil canadien de la magistrature. *Procédures du Conseil canadien de la magistrature pour l’examen de plaintes ou d’allégations au sujet de juges de nomination fédérale*, 2015.
- Gall, Gerald. *The Canadian Legal System*, Carswell : Toronto, 1977.
- Hon. Thomas A. Cromwell C.C. *Independent Review of the Search Process for the Directorship of the International Human Rights Program at the University of Toronto, Faculty of Law*, 15 mars 2021.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Conseil canadien de la magistrature a conclu que la conduite reprochée au juge David Spiro de la Cour canadienne de l’impôt ne justifiait pas la constitution d’un comité d’enquête chargé de statuer sur l’opportunité de recommander sa révocation. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

- Alexi N. Wood, Laura MacLean et Sameha Omer* pour les demandeurs.
- Michael H. Morris, Andrew Law, Elizabeth Koudys et Samantha Pillon* pour le défendeur.
- Christopher D. Bredt, Ewa Krajewska et Veronica Sjolín* pour l’intervenant Conseil canadien de la magistrature.
- Andrew Bernstein, Yael Bienenstock et Adrienne Oake* pour l’intervenant B’nai Brith.
- David Wright, Rebecca R. Jones, Sarah Godwin et Immanuel Lanzaderas* pour les intervenants Centre for Free Expression et Association canadienne des professeures et professeurs d’université.

SOLICITORS OF RECORD

St. Lawrence Barristers PC, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Borden Ladner Gervais LLP, Toronto, for intervenor Canadian Judicial Council.
Torys LLP, Toronto, for intervenor B'nai Brith.
Ryder Wright Blair & Holmes LLP and Canadian Association of University Teachers, Toronto, for interveners Centre for Free Expression and Canadian Association of University Teachers.

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

[1] KANE J: The applicants, individuals and organizations, who made complaints to the Canadian Judicial Council (CJC) regarding the conduct of Justice David Spiro, seek judicial review of the decision of the CJC that ultimately concluded that the conduct complained of did not warrant the establishment of an Inquiry Committee to determine whether to recommend removal from judicial office. The CJC issued a formal expression of concern and closed the complaints.

[2] The applicants argue that the decision is unreasonable on several grounds and seek a declaration that it be quashed and remitted to the CJC for reconsideration. The applicants further argue that the CJC's procedures are unfair and should be reviewed, and more particularly, that the CJC breached the duty of procedural fairness owed to the complainants and, as a result, the decision cannot stand.

[3] On October 25, 2021, the CJC was granted leave to intervene in order to explain the statutory provisions and process for reviewing complaints, and to make submissions regarding the scope of the duty of procedural fairness owed to complainants within that process.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

St. Lawrence Barristers LLP, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., S.R.L., Toronto, pour l'intervenant Conseil canadien de la magistrature.
Torys S.E.N.C.R.L., Toronto, pour l'intervenant B'nai Brith.
Ryder Wright Blair & Holmes LLP et Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Toronto, pour les intervenants Centre for Free Expression et *Association canadienne des professeures et professeurs d'université*.

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

[1] LA JUGE KANE : Les demandeurs, des particuliers et des organismes ayant déposé des plaintes auprès du Conseil canadien de la magistrature (le CCM) concernant la conduite du juge David Spiro, demandent le contrôle judiciaire de la décision par laquelle le CCM a conclu que la conduite reprochée au juge ne justifiait pas la constitution d'un comité d'enquête chargé de statuer sur l'opportunité de recommander sa révocation. Le CCM a formellement exprimé des préoccupations et fermé le dossier.

[2] Les demandeurs soutiennent que la décision est déraisonnable pour plusieurs raisons et demandent un jugement déclaratoire selon lequel la décision doit être annulée et renvoyée au CCM pour réexamen. Les demandeurs prétendent en outre que les procédures du CCM sont inéquitables et devraient faire l'objet d'un contrôle. Plus particulièrement, ils ajoutent que le CCM a manqué à son obligation d'équité procédurale envers eux et que, par conséquent, la décision ne peut être maintenue.

[3] Le 25 octobre 2021, le CCM a obtenu l'autorisation d'intervenir afin d'expliquer les dispositions législatives et la procédure d'examen des plaintes et de présenter des observations concernant la portée de l'obligation d'équité procédurale envers les plaignants dans le cadre de cette procédure.

[4] On March 9, 2022, the Centre for Free Expression (CFE) and the Canadian Association of University Teachers (CAUT) were granted leave to jointly intervene to make submissions regarding the impact of Justice Spiro's conduct on academic freedom and the CJC's alleged failure to consider this issue.

[5] Also on March 9, 2022, B'nai Brith of Canada League for Human Rights (B'nai Brith) was granted leave to address the issue of how a judge's affiliations or positions on geopolitical conflicts may or may not affect their impartiality, to the extent that these issues arise.

[6] For the reasons that follow, I find that the decision of the CJC is reasonable. The CJC considered the jurisprudence that has established the test for a recommendation that a judge be removed from office and applied that test to the facts before it. The CJC did not misapprehend the impact of Justice Spiro's conduct on academic freedom nor overlook the complaints regarding an apprehension or perception of bias. The CJC acknowledged that Justice Spiro made a serious mistake; however, based on the consideration of all relevant factors, including the factual account of the conduct at issue, Justice Spiro's acknowledgment of his conduct, early expression of remorse, and the letters of support attesting to his reputation and integrity over the course of his career, the CJC reasonably found that on a go-forward basis there was no reasonable apprehension of bias.

[7] In addition, I find that the duty of procedural fairness owed by the CJC to the complainants in the present circumstances is at the lower end of the spectrum of procedural rights and the CJC did not breach the duty owed.

I. Background

[8] The applicants filed complaints with the Canadian Judicial Council concerning Justice David Spiro of the Tax Court of Canada. The complaints alleged that Justice Spiro had interfered in an appointment process at the University of Toronto (U of T) Faculty of Law. In accordance with the CJC's *Procedures for the Review of Complaints or Allegations About Federally Appointed Judges* (Review

[4] Le 9 mars 2022, le Centre for Free Expression (le CFE) et l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université (l'ACPPU) ont obtenu l'autorisation d'intervenir conjointement pour faire des observations sur les répercussions que la conduite du juge Spiro a eu sur la liberté académique et sur l'allégation selon laquelle le CCM n'a pas examiné cette question.

[5] Le même jour, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith (B'nai Brith) a obtenu l'autorisation d'intervenir sur la question de savoir comment les affiliations ou les positions d'un juge sur les conflits géopolitiques peuvent ou non affecter son impartialité, dans la mesure où ces questions se posent.

[6] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que la décision du CCM est raisonnable. Le CCM a analysé la jurisprudence à partir de laquelle a été établi le critère de recommandation de la révocation d'un juge, et l'a appliqué aux faits dont il était saisi. Le CCM ne s'est pas mépris sur les répercussions de la conduite du juge Spiro sur la liberté académique et n'a pas ignoré les plaintes relatives à la crainte ou à la perception de partialité. Le CCM a reconnu que le juge Spiro avait commis une erreur grave; toutefois, considérant tous les facteurs pertinents, y compris le compte rendu factuel de la conduite en cause, le fait que le juge Spiro ait admis sa conduite, l'expression rapide de remords de sa part et les lettres d'appui témoignant de sa bonne réputation et de son intégrité tout au long de sa carrière, le CCM a raisonnablement conclu que la crainte future de partialité n'était pas fondée.

[7] En outre, je conclus que l'obligation d'équité procédurale incombant au CCM envers les plaignants en l'espèce est minimale et que le CCM n'a pas manqué à cette obligation.

I. Contexte

[8] Les demandeurs ont déposé des plaintes auprès du Conseil canadien de la magistrature à l'égard du juge David Spiro, de la Cour canadienne de l'impôt. Dans les plaintes, il était allégué que le juge Spiro s'était immiscé dans un processus de nomination à la Faculté de droit de l'Université de Toronto (l'Université). Conformément aux *Procédures du Conseil canadien de la magistrature*

Procedures) and the *Canadian Judicial Council Inquiries and Investigations By-laws, 2015*, SOR/2015-203 (By-laws), the Vice-Chair of the Judicial Conduct Committee referred the complaints to a Judicial Conduct Review Panel (the Review Panel). The Review Panel considered whether Justice Spiro's conduct might be serious enough to warrant his removal from judicial office and determined that it was not. The Review Panel expressed the belief that further remedial action was not required and remitted the matter to the Vice-Chair. The Vice-Chair issued a formal expression of concern to Justice Spiro, pursuant to section 8.3 of the Review Procedures, and the complaints were subsequently closed.

[9] The Executive Director of the CJC wrote to each complainant on May 20, 2021, to advise them of the outcome of the CJC's review of their complaints.

[10] The events underlying the complaints made to the CJC concern Justice Spiro's communication with an executive at the U of T regarding the possible appointment of Dr. Valentina Azarova as Director of the International Human Rights Program (IHRP) in the Faculty of Law. The background as described below is derived from the information provided to the CJC that is on the record.

[11] The Faculty of Law at U of T established a search committee to oversee the hiring process for a new director for its IHRP. In August 2020, the search committee identified Dr. Azarova as their preferred candidate. Dr. Azarova is an international human rights scholar, who resided in Germany. There was ongoing correspondence between Dr. Azarova and members of the hiring committee regarding the details of her appointment, including with respect to her immigration status and whether she would be able to return to Europe in the summers.

[12] Although the hiring process was intended to be confidential, persons outside the university, including members of the Centre for Israel and Jewish Affairs (CIJA), became aware of the potential appointment of Dr. Azarova.

pour l'examen de plaintes ou d'allégations au sujet de juges de nomination fédérale (les Procédures d'examen) et au *Règlement administratif du Conseil canadien de la magistrature sur les enquêtes*, DORS/2015-203 (le Règlement administratif), le vice-président du comité sur la conduite des juges a renvoyé les plaintes à un comité d'examen de la conduite judiciaire (le Comité d'examen). Le Comité d'examen s'est penché sur la question de savoir si la conduite du juge Spiro pouvait s'avérer suffisamment grave pour justifier sa révocation et a estimé que ce n'était pas le cas. Le Comité d'examen s'est dit d'avis qu'aucune autre mesure corrective n'était nécessaire et a renvoyé l'affaire au vice-président. Le vice-président a formellement exprimé des préoccupations au juge Spiro, conformément à l'article 8.3 des Procédures d'examen; les plaintes ont ensuite été classées.

[9] Le 20 mai 2021, la directrice exécutive du CCM a informé chaque plaignant par écrit du résultat de l'examen de sa plainte par le CCM.

[10] Les faits à l'origine des plaintes déposées auprès du CCM se rapportent à des communications entre le juge Spiro et une cadre de l'Université concernant la nomination éventuelle de M^{me} Valentina Azarova, docteure en droit, au poste de directrice du Programme international des droits de la personne (le Programme) de la Faculté de droit. Le contexte décrit ci-dessous est tiré des informations fournies au CCM et consignées au dossier.

[11] La Faculté de droit de l'Université a constitué un comité de recherche chargé de superviser le processus de recrutement du nouveau directeur du Programme. En août 2020, M^{me} Azarova était la candidate pressentie par le comité de recherche. M^{me} Azarova est professeure de droit international de la personne, et résidait à l'époque en Allemagne. Des échanges étaient en cours entre M^{me} Azarova et les membres du comité de recrutement concernant les détails de sa nomination, notamment les questions de visa et la possibilité pour elle de retourner en Europe pendant l'été.

[12] En dépit du caractère confidentiel que devait avoir la campagne de recrutement, la nomination éventuelle de M^{me} Azarova a transpiré à l'extérieur de l'université, pour être connue notamment de certains membres du Centre

The CIJA is an advocacy organization with the stated mission of protecting the quality of Jewish life in Canada.

[13] On September 2, 2020, Professor Gerald Steinberg, based in Jerusalem, corresponded by email with his contacts at the CIJA, expressing his view that Dr. Azarova is an “anti-Israel academic crusader” whose scholarship “is almost entirely focused on promoting the Palestinian narrative, the Israel ‘apartheid’ theme, war crimes, etc.” Professor Steinberg suggested that the appointment would be “academically unworthy” and that representatives of the CIJA could pursue “quiet discussions” to determine the status of Dr. Azarova’s appointment. Professor Steinberg shared a more detailed memo with the CIJA setting out his concerns and objections to Dr. Azarova’s possible appointment.

[14] Judy Zelikovitz, Vice-President, University and Local Partner Services at CIJA, received Professor Steinberg’s email and memo and inquired of others within CIJA whether this concern could be raised with Justice Spiro, a former Director of the CIJA and alumnus of the U of T Faculty of Law.

[15] Justice Spiro had resigned from his role with the CIJA upon his appointment to the Tax Court. Justice Spiro had been active in U of T Faculty of Law fundraising campaigns and he and members of his family have made donations.

[16] Another CIJA member, who received Professor Steinberg’s email, forwarded their email exchange with Ms. Zelikovitz to Justice Spiro, which stated:

I think you can approach him. He is friends with the Dean, Ed Iacobucci. I [am] copying him on this, as I don’t think his reaching out to Ed compromises his judicial position. If I am wrong, David will so advise.

[17] On September 3, 2020, Justice Spiro spoke by phone with Ms. Zelikovitz. Justice Spiro recounts that Ms. Zelikovitz relayed the concerns about Dr. Azarova’s

consultatif des relations juives et israéliennes (le CIJA). Le CIJA est un groupe de défense des droits dont la mission est de protéger la qualité de la vie des personnes juives au Canada.

[13] Par courriel, en date du 2 septembre 2020, le professeur Gérald Steinberg, établi à Jérusalem, a fait part à ses contacts au CIJA de son opinion selon laquelle M^{me} Azarova était une « importante militante anti-Israël » et ses travaux étaient « presque entièrement axés sur la promotion du discours palestinien, le thème de l’“apartheid” israélien, les crimes de guerre, etc. ». Le professeur Steinberg a indiqué que la nomination serait « sur le plan universitaire, indigne » et [a] suggéré que les représentants du CIJA s’enquière[n]t « discrètement » de l’état de la nomination de M^{me} Azarova. Le professeur Steinberg a fait parvenir au CIJA une note détaillée dans laquelle il exposait ses préoccupations à l’égard de la nomination possible de M^{me} Azarova et ses objections à celle-ci.

[14] Judy Zelikovitz, vice-présidente aux affaires universitaires et communautaires au CIJA, a reçu le courriel et la note du professeur Steinberg et a demandé à d’autres membres du CIJA s’il serait possible d’informer le juge Spiro, ancien directeur du CIJA et diplômé de la Faculté de droit de l’Université, de ces considérations.

[15] Le juge Spiro avait démissionné de son poste au CIJA lorsqu’il avait été nommé à la Cour canadienne de l’impôt. Il avait participé activement à des campagnes de financement de la Faculté de droit de l’Université, et lui et des membres de sa famille ont fait des dons.

[16] Un autre membre du CIJA, ayant reçu le courriel du professeur Steinberg, a répondu à M^{me} Zelikovitz comme suit et transmis l’échange de courriels au juge Spiro :

Je pense qu’on peut lui demander. Il est un ami du doyen, Ed Iacobucci. Je le mets en copie de ce courriel, puisque je ne crois pas qu’il compromette sa fonction judiciaire en faisant appel à Ed. David nous fera savoir si j’ai tort.

[17] Le 3 septembre 2020, le juge Spiro s’est entretenu par téléphone avec M^{me} Zelikovitz. Le juge Spiro rapporte que M^{me} Zelikovitz lui a fait part de ses

potential appointment. Justice Spiro agreed to receive Professor Steinberg's memo.

[18] On September 4, 2020, Justice Spiro spoke by phone with Chantelle Courtney, Assistant Vice-President of Divisional Relations at the Division of University Enhancement, U of T. Ms. Courtney had previously occupied a position at the Faculty of Law. Justice Spiro and Ms. Courtney became friends due to their collaboration on fundraising campaigns. Email exchanges in the record indicate that Ms. Courtney initiated contact with Justice Spiro on August 30, 2020, suggesting that they catch up, and they had arranged to do so by phone the following week, on September 4, 2020.

[19] Justice Spiro recounts that he asked Ms. Courtney to find out the status of the appointment process. Ms. Courtney made inquiries, learned that the appointment of Dr. Azarova had not been finalized, and advised Justice Spiro by email that same day. She advised she had passed along the points they had discussed to the Dean.

[20] In his submissions to the CJC, Justice Spiro described his phone call with Ms. Courtney as follows:

I mentioned that I had learned (from Ms. Judy Zelikovitz, a staff member of the [CIJA]) that a candidate for the position of Director of the [IHRP] at the Faculty of Law had written articles and associated herself with a particular set of positions on the politically fraught Israel-Palestine conflict that may be considered by some to be one-sided and provocative.

I did not tell Ms. Courtney, or anyone else at the University, that the candidate, Dr. Valentina Azarova, should not be appointed. I expressed no opinion, political or otherwise, on the merits of her scholarship or the political positions she had advocated. I did express the hope that sufficient due diligence would be done in advance of any such appointment to enable the University of Toronto and the Faculty of Law to respond effectively if and when criticism arose as a result of the candidate's appointment. I mentioned the matter to Ms. Courtney, at the end of a personal telephone conversation that she had scheduled with me, because I cared deeply about the University and its law school.

préoccupations concernant la possible nomination de M^{me} Azarova. Le juge Spiro a accepté de recevoir la note du professeur Steinberg.

[18] Le 4 septembre 2020, le juge Spiro s'est entretenu par téléphone avec Chantelle Courtney, vice-rectrice adjointe aux relations avec les divisions à la division de la valorisation universitaire de l'Université. M^{me} Courtney avait par le passé occupé un poste à la Faculté de droit. Le juge Spiro et M^{me} Courtney s'étaient liés d'amitié à l'occasion de leur collaboration lors de campagnes de financement. Les échanges de courriels au dossier montrent que c'est M^{me} Courtney qui a pris contact avec le juge Spiro, le 30 août 2020, en lui proposant une discussion pour se donner des nouvelles, ce qu'ils ont convenu de faire par téléphone la semaine suivante, soit le 4 septembre 2020.

[19] Le juge Spiro rapporte qu'il a alors demandé à M^{me} Courtney de se renseigner sur l'état du processus de nomination. M^{me} Courtney s'est renseignée, a appris que la nomination de M^{me} Azarova n'avait pas été officialisée et en a avisé le juge Spiro par courriel le même jour. Elle lui a indiqué qu'elle avait transmis au doyen les points dont ils avaient discuté.

[20] Dans ses observations au CCM, le juge Spiro a décrit son appel téléphonique avec M^{me} Courtney ainsi :

[TRADUCTION] J'ai mentionné que j'avais appris (de M^{me} Judy Zelikovitz, membre du personnel du [CIJA]) qu'une candidate au poste de directrice du [Programme] à la Faculté de droit avait écrit des articles et avait souscrit à un ensemble particulier de positions sur l'épineuse question politique du conflit israélo-palestinien, que certains pourraient considérer comme partiaux et provocateurs.

Je n'ai pas dit à M^{me} Courtney ni à personne d'autre à l'Université que la candidate, M^{me} Valentina Azarova, ne devrait pas être nommée. Je n'ai exprimé aucune opinion, politique ou autre, au sujet du bien-fondé de sa mission professorale ou des positions politiques qu'elle a défendues. J'ai toutefois exprimé l'espoir que l'on ferait preuve d'une diligence raisonnable suffisante avant de confirmer une telle nomination, pour permettre à l'Université de Toronto et à la Faculté de droit d'agir en conséquence advenant des critiques suscitées par la nomination de la candidate. J'ai soulevé la question auprès de M^{me} Courtney, à la fin d'une conversation téléphonique personnelle qu'elle avait organisée avec moi, parce que le sort de l'Université et de sa Faculté de droit me tient très à cœur.

Although Ms. Zelikovitz suggested that I speak to Dean Iacobucci about the matter, I did not think it appropriate to do so and I did not do so. Nor did I ask Ms. Courtney to communicate with the Dean.

[21] On September 4, 2020, Justice Spiro also spoke with Professor Weinrib, a retired U of T professor. Justice Spiro advised Professor Weinrib that, according to Ms. Courtney, the appointment of Dr. Azarova was not confirmed.

[22] Over the course of September 4 and the days that followed, the Dean of the Faculty of Law was made aware of the status of the search process and expressed concerns about Dr. Azarova's potential appointment on a number of grounds. On September 9, he informed the search committee that Dr. Azarova's appointment would not proceed, citing the need for the selected candidate to be available soon and the immigration obstacles encountered. The Dean explained that this decision had not been influenced by either political considerations or external pressure.

[23] Members of the search committee reacted negatively and the IHRP's faculty advisory committee later resigned.

[24] In December 2020, the U of T commissioned the Honourable Thomas Cromwell to conduct an independent and impartial review of the selection process for the Director of the IHRP, to determine whether university policies were followed, and to provide guidance for the future. His report, titled "Independent Review of the Search Process for the Directorship of the International Human Rights Program at the University of Toronto, Faculty of Law" (the Cromwell Report), was issued on March 15, 2021.

II. The Complaints

[25] Although the U of T's process for the appointment of the Director was supposed to be confidential, it became known that Dr. Azarova was a candidate, and it became known, particularly among some academics, that Dr. Azarova would not be appointed. Media reports

Bien que M^{me} Zelikovitz ait suggéré que je discute de cette question avec le doyen Iacobucci, je n'ai pas cru approprié de le faire et m'en suis abstenu. Je n'ai pas non plus demandé à M^{me} Courtney de communiquer avec le doyen.

[21] Le 4 septembre 2020, le juge Spiro s'est aussi entretenu avec M. Weinrib, professeur à la retraite de l'Université. Le juge Spiro a informé le professeur Weinrib que, selon M^{me} Courtney, la nomination de M^{me} Azarova n'avait pas été confirmée.

[22] Le 4 septembre et les jours suivants, le doyen de la Faculté de droit a été informé de l'état d'avancement du processus de recherche et a exprimé des réserves concernant la nomination éventuelle de M^{me} Azarova pour plusieurs raisons. Le 9 septembre, il a indiqué au comité de recherche que M^{me} Azarova ne serait pas nommée, invoquant la nécessité que le candidat retenu soit disponible rapidement et les obstacles rencontrés en matière d'immigration. Le doyen a expliqué que cette décision n'avait été influencée ni par des considérations politiques ni par des pressions extérieures.

[23] Les membres du comité de recherche ont réagi de façon négative; par la suite, les membres du comité consultatif du Programme ont démissionné.

[24] En décembre 2020, l'Université a chargé monsieur Thomas Cromwell de procéder à un examen indépendant et impartial du processus de sélection pour le poste de directeur du Programme, de déterminer si les politiques de l'Université avaient été respectées et de fournir des recommandations pour l'avenir. Le 15 mars 2021, il a publié un rapport, intitulé « Independent Review of the Search Process for the Directorship of the International Human Rights Program at the University of Toronto, Faculty of Law » (le rapport Cromwell).

II. Les plaintes

[25] Malgré le caractère confidentiel que devait revêtir le processus de nomination du directeur (du Programme) à l'Université, la candidature de M^{me} Azarova et, ultérieurement, son rejet ont transpiré, notamment dans le milieu universitaire. Par la suite, les médias ont rapporté des

followed, reporting allegations of judicial interference in the IHRP search process.

[26] Between mid-September and mid-October 2020, several groups and individuals filed complaints with the CJC, including the applicants:

- Professor Leslie Green of the Queen’s University Faculty of Law emailed the CJC on September 16, 2020, to express concern that a judge of the Tax Court (unnamed at the time) had allegedly interfered with a confidential academic appointment process. He wrote again the following day to submit an official complaint, urging that if the allegations of interference were well founded, it would jeopardize the integrity and impartiality of the Tax Court and would give reason to any party or lawyer appearing before it who is Palestinian, Arab or Muslim to fear bias.
- Professor Craig Scott of Osgoode Hall Law School subsequently wrote to reiterate and adopt Professor Green’s complaint.
- The National Council of Canadian Muslims (NCCM) complained, requesting an investigation into the reported conduct. The NCCM acknowledged that the allegations were unproven and “not yet grounded in independently verifiable fact,” but explained why an investigation was called for. The NCCM noted that the allegations called into question the integrity of the judiciary. The NCCM relayed concerns of Muslim academics that this incident reflects a broader trend of judicial interference in hiring decisions and with academic freedom. The NCCM also expressed concern about the reasonable apprehension of bias for those appearing before the Tax Court.
- The Arab Canadian Lawyers Association, Independent Jewish Voices and the British Columbia

allégations d’ingérence judiciaire dans le processus de recherche mené pour sélectionner la personne qui occuperait le poste de directeur du Programme.

[26] Entre la mi-septembre et la mi-octobre 2020, des plaintes ont été déposées auprès du CCM par plusieurs groupes et particuliers, notamment les demandeurs :

- Le professeur Leslie Green, de la Faculté de droit de l’Université Queen’s, a informé le CCM par courriel, le 16 septembre 2020, qu’il craignait qu’un juge de la Cour de l’impôt (non nommé à l’époque) se soit immiscé dans un processus de nomination universitaire confidentiel. Le lendemain, il a de nouveau écrit au CCM pour déposer une plainte officielle, soulignant que si les allégations d’ingérence étaient fondées, une telle ingérence compromettrait l’intégrité et l’impartialité de la Cour de l’impôt et donnerait à toute partie ou tout avocat palestinien, arabe ou musulman comparaisant devant celle-ci des raisons de craindre une partialité.
- Le professeur Craig Scott de la Osgoode Hall Law School, Université York, a réitéré et secondé la plainte du professeur Green.
- Le Conseil national des musulmans canadiens (le CNMC) a déposé une plainte et demandé une enquête sur la conduite alléguée. Le CNMC a admis que les allégations n’avaient pas été prouvées et [TRADUCTION] « n’étaient pas encore fondées sur des faits vérifiables de façon indépendante », mais a expliqué en quoi une enquête était nécessaire. Le CNMC a noté que les allégations remettaient en question l’intégrité du pouvoir judiciaire. Le CNMC a indiqué que des universitaires musulmans craignaient que cet incident témoigne d’une tendance plus large à l’ingérence des tribunaux judiciaires dans les décisions de recrutement et à l’atteinte à la liberté académique. Le CNMC s’est également dit préoccupé par la crainte raisonnable de partialité pouvant être éprouvée par les personnes comparaisant devant la Cour canadienne de l’impôt.
- L’Association des avocats arabo-canadiens, l’association Voix juives indépendantes et la British

Civil Liberties Association filed a joint complaint to provide context about how anti-Palestinian racism silences Palestinians and their allies. The complaint added that Justice Spiro’s alleged conduct failed to meet the standard of integrity required of a judge and undermined public confidence in the judiciary. The complainants reiterated concerns about Justice Spiro’s impartiality or the public perception thereof.

- The Canadian Association of Muslim Women in Law and the Canadian Muslim Lawyers Association also filed a joint complaint raising concerns about Justice Spiro’s impartiality and independence.

III. The CJC’s Response to the Complaints

A. *The Initial Screening of the Complaints*

[27] The CJC acknowledged each of the complaints by email, noting that the complaints would be reviewed in accordance with the CJC’s Review Procedures and that once the review was completed, the Acting Executive Director would communicate with the complainants. The email further noted that if the complainant wished to add information to their complaint, this information could be sent to the email address provided. A link to the website of the CJC was also provided for further information on the complaints process.

[28] On September 30, 2020, in accordance with the CJC’s Review Procedures and following the initial screening of the complaints, the Acting Executive Director of the CJC (the Executive Director) wrote to Justice Spiro and to the Chief Justice of the Tax Court, Eugene Rossiter, to invite a response.

[29] On October 23, 2020, Chief Justice Rossiter responded, attesting to Justice Spiro’s good character and his contribution to the Tax Court. Chief Justice Rossiter expressed his opinion that this was a one-off event and that he was confident in Justice Spiro’s ability to judge

Columbia Civil Liberties Association ont déposé une plainte conjointe afin d’apporter des éléments de contexte sur la manière dont le racisme anti-palestinien réduit les Palestiniens et leurs alliés au silence. La plainte ajoutait que la conduite alléguée du juge Spiro contrevenait à la norme d’intégrité imposée aux juges et minait la confiance du public dans la magistrature. Les plaignants ont réaffirmé leurs craintes concernant l’impartialité du juge Spiro ou la perception que pouvait en avoir le public.

- La Canadian Association of Muslim Women in Law et l’Association canadienne des avocat(e)s musulman(e)s ont également déposé une plainte conjointe mettant en doute l’impartialité et l’indépendance du juge Spiro.

III. La réponse du CCM aux plaintes

A. *L’examen préalable des plaintes*

[27] Le CCM a accusé réception de chacune des plaintes par courriel, indiquant aux plaignants que les plaintes seraient examinées conformément à ses Procédures d’examen et que la directrice exécutive par intérim communiquerait avec eux par la suite. Le courriel indiquait par ailleurs que tout plaignant qui le souhaitait pouvait apporter un complément d’information à sa plainte et l’envoyer par courriel à l’adresse électronique indiquée. Il comportait également un lien vers une page du site Web du CCM fournissant plus de renseignements sur le processus de plainte.

[28] Le 30 septembre 2020, conformément aux Procédures d’examen du CCM, après un examen préalable des plaintes, la directrice exécutive du CCM par intérim (la directrice exécutive) a écrit au juge Spiro et au juge en chef de la Cour canadienne de l’impôt, Eugène Rossiter, afin de les inviter à répondre aux plaintes.

[29] Dans sa réponse, datée du 23 octobre 2020, le juge en chef Rossiter a attesté du bon caractère du juge Spiro et de sa contribution à la Cour de l’impôt. Le juge en chef Rossiter s’est dit d’avis qu’il s’agissait d’un événement isolé et a affirmé avoir confiance en la capacité

impartially and without bias. The Chief Justice indicated that the Tax Court had taken the initiative of requesting that Justice Spiro recuse himself from any files in which parties or counsel appeared to be Muslim or of the Islamic faith to “allow for any concern related to a potential perceived bias from Justice Spiro to be removed.”

[30] On October 26, 2020, Justice Spiro responded. He acknowledged that he had made a mistake in communicating with the U of T regarding the appointment process and expressed regret for his actions and the consequences for public confidence in the judiciary. He explained that he had not attempted to exert pressure or to influence the hiring decision, nor to express any personal disapproval of Dr. Azarova’s scholarship. He stated that his only concern was to prepare the U of T and the Faculty of Law for what he anticipated would be an adverse and highly public reaction. He added that he harbours no anti-Palestinian, anti-Arab or anti-Muslim sentiment and has devoted significant time throughout his career to better understanding the Israel-Palestine conflict and to building bridges between the communities involved.

[31] In accordance with the CJC’s Review Procedures, the Executive Director referred the complaints to the Vice-Chair of the Judicial Conduct Committee, Associate Chief Justice of the Alberta Court of Queen’s Bench, Kenneth Nielsen.

B. Reasons for Referral by the Vice-Chair of the Judicial Conduct Committee

[32] The Vice-Chair reviewed the complaints and the responses of Justice Spiro and Chief Justice Rossiter. On January 5, 2021, the Vice-Chair issued written reasons for finding that he had concerns significant enough to require the establishment of a Judicial Conduct Review Panel.

[33] The Vice-Chair considered the information and submissions received to date. The Vice-Chair stated that the question remained as to the purpose of Justice Spiro’s comment to Ms. Courtney that the appointment was likely

du juge Spiro de juger impartialement et sans préjudice. Le juge en chef a affirmé que la Cour de l’impôt avait pris l’initiative de demander au juge Spiro de se récuser dans toute affaire dans laquelle une partie ou un avocat semblait être musulman ou de confession islamique pour [TRADUCTION] « permettre de lever tout doute lié à une possible perception de partialité du juge Spiro ».

[30] Le 26 octobre 2020, le juge Spiro a répondu. Il a admis avoir commis une erreur en communiquant avec l’Université concernant le processus de nomination et a exprimé ses remords à l’égard de ses actions et de leurs répercussions sur la confiance du public dans la magistrature. Il a expliqué qu’il n’avait pas tenté d’exercer des pressions ou d’influencer la décision de recrutement, ni d’exprimer une désapprobation personnelle à l’égard des travaux de M^{me} Azarova. Il a déclaré que sa seule préoccupation était que l’Université et la Faculté de droit soient préparées à faire face à ce qui allait probablement être une réaction très négative et hautement publicisée. Il a ajouté qu’il ne nourrissait aucun sentiment anti-palestinien, anti-arabe ou anti-musulman et que, tout au long de sa carrière, il avait consacré beaucoup de temps à mieux comprendre le conflit israélo-palestinien et à jeter des ponts entre les communautés concernées.

[31] Conformément aux Procédures d’examen du CCM, la directrice exécutive a renvoyé les plaintes au vice-président du comité sur la conduite des juges, juge en chef adjoint de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, Kenneth Nielsen.

B. Motifs du renvoi par le vice-président du comité sur la conduite des juges

[32] Le vice-président s’est penché sur les plaintes, ainsi que sur les réponses du juge Spiro et du juge en chef Rossiter. Dans une décision motivée et écrite datée du 5 janvier 2021, le vice-président a conclu que la conduite pourrait s’avérer suffisamment grave pour justifier la constitution d’un comité d’examen de la conduite judiciaire.

[33] Le vice-président a analysé l’information et les observations reçues jusqu’alors. Prenant note que le juge Spiro affirmait avoir eu l’intention d’avertir la Faculté d’une problème probable, le vice-président a déclaré que l’objectif

to generate backlash, noting Justice Spiro's assertion that his intent was to warn the Faculty of the likely controversy. The Vice-Chair expressed the view that Justice Spiro had indicated a lack of integrity and departed from his duty of impartiality when he received information from the CIJA about their concerns about the selection of Dr. Azarova; conveyed this information to an executive at the university; failed to clarify that the views he expressed were not necessarily his own; asked the executive to make inquiries regarding the status of the selection process; and conveyed that information to another person. The Vice-Chair stated that in his view, "Justice Spiro's conduct puts at risk public confidence in the integrity, impartiality and independence of the judiciary" and, together with Justice Spiro's lack of insight into the inappropriateness of his conduct, raised concerns about his fitness to hold office as a judge.

[34] The Vice-Chair referred the complaints to the Review Panel in accordance with subsection 2(1) of the CJC's By-laws, which provides that the Chair or Vice-Chair may establish a Review Panel if they determine that "a complaint or allegation on its face might be serious enough to warrant the removal of the judge."

C. The Report of the Review Panel

[35] On April 13, 2021, the Review Panel issued its 14-page report. The Review Panel noted that its task was to determine whether an Inquiry Committee should be constituted to inquire into Justice Spiro's conduct. In accordance with subsection 2(4) of the By-laws, the Panel may do so "only if it determines that the matter might be serious enough to warrant the removal of the judge."

[36] The Panel noted the various complaints received and the concerns raised therein. The Panel also described the background giving rise to the complaints and as described above.

[37] The Review Panel noted the distinction between its role and that of the Vice-Chair, with reference to

qu'avait le juge Spiro en indiquant à M^{me} Courtney que la nomination risquait de susciter des réactions négatives restait encore à établir. Le vice-président a dit estimer que le juge Spiro avait fait preuve d'un manque d'intégrité et manqué à son devoir d'impartialité en recevant des renseignements du CIJA concernant les objections de ce dernier à la sélection de M^{me} Azarova, en transmettant ces renseignements à une cadre de l'Université, en omettant de préciser que les opinions exprimées n'étaient pas nécessairement les siennes, en demandant à cette cadre de se renseigner sur l'état du processus de sélection et en transmettant les renseignements obtenus à une autre personne. Le vice-président a déclaré qu'à son avis, [TRADUCTION] « [l]a conduite du juge Spiro [avais mis] en péril la confiance du public dans l'intégrité, l'impartialité et l'indépendance de la magistrature » et que cette conduite, prise avec son manque de discernement quant au caractère inapproprié de celle-ci, soulevait des doutes quant à son aptitude à exercer la fonction de juge.

[34] Le vice-président a renvoyé les plaintes au Comité d'examen conformément au paragraphe 2(1) du Règlement administratif du CCM, qui prévoit que le président ou le vice-président peut, s'il décide qu'« à première vue une plainte ou une accusation pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier la révocation d'un juge », constituer un comité d'examen.

C. Rapport du Comité d'examen

[35] Le 13 avril 2021, le Comité d'examen a publié un rapport de 14 pages. Le Comité a indiqué que sa mission consistait à déterminer s'il convenait de constituer un comité d'enquête chargé de se pencher sur la conduite du juge Spiro. Conformément au paragraphe 2(4) du Règlement administratif, le Comité d'examen ne peut exercer ce pouvoir que « s'il conclut que l'affaire pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier la révocation du juge ».

[36] Le Comité d'examen a pris note des diverses plaintes reçues et des problématiques qui y ont été soulevées. Le Comité d'examen a également décrit le contexte entourant les plaintes, de la manière exposée plus haut.

[37] Le Comité d'examen a noté que les paragraphes 1 et 4 de l'article 2 du Règlement administratif établissaient une

subsections 2(1) and (4) of the By-laws, and added that this distinction suggests a more searching inquiry by the Review Panel.

[38] The Review Panel noted that it did not make findings of fact; rather, it weighed the evidence on the record to determine whether the conduct meets the “might be” threshold in subsection 2(4) of the By-laws. The Panel noted [at paragraph 14] that this threshold “surely reflects a threshold higher than ‘slim to none’ but short of ‘on a balance of probabilities.’” The Panel added that the “‘might be’ threshold must reflect the very significant seriousness of the remedy of removal; the ‘crime’ must fit the ‘punishment.’”

[39] The Review Panel noted two aspects to the complaints. The Review Panel first considered the issue of perceived bias [at paragraph 47], noting that “to be specific it would be seen to be a bias against Palestinian, Arab or Muslim interests.” The Panel determined that an informed person, apprised of the conduct of Justice Spiro over the course of his career and including this matter, could not conclude that Justice Spiro would be unable to decide cases impartially. The Panel considered that the fear of bias expressed in the complaints was based on misinformation and speculation regarding the true extent of Justice Spiro’s interference. The Panel noted that like Justice Spiro, who was formerly a director of CIJA, most, if not all, judges have backgrounds involving similar community, religious, or cultural associations, and that such affiliations are not themselves sufficient to establish a perception of bias.

[40] The Review Panel concluded that the future fear of bias was not well founded and could not form the basis for directing that an Inquiry Committee be constituted.

[41] The Review Panel then considered the allegation of serious misconduct by actively aiding a lobby group attempting to prevent the appointment of a person whose views are at odds with those of the lobby group. The

distinction entre son rôle et celui du vice-président, ce qui suggérerait qu’il doive faire une enquête plus approfondie.

[38] Le Comité d’examen a précisé qu’il n’avait pas fait de constatation de fait; il avait plutôt soupesé les éléments de preuve au dossier pour déterminer si la conduite atteignait le seuil de « pourrait s’avérer » établi au paragraphe 2(4) du Règlement administratif. Le Comité d’examen a écrit à propos de ce critère [au paragraphe 14] : « il s’agit assurément d’un seuil plus élevé que “mince à nulle”, mais moins élevé que “la prépondérance des probabilités” ». Le Comité d’examen ajoutait que le critère « pourrait s’avérer », devait refléter la gravité de la réparation imposée, à savoir la révocation, la « peine » devant être proportionnelle au « crime ».

[39] Le Comité d’examen a relevé que les plaintes comportaient deux volets. Tout d’abord, le Comité d’examen a analysé la question de la perception de partialité [au paragraphe 47], c’est-à-dire « pour être plus précis, ce qui serait perçu comme un parti pris contre les intérêts palestiniens, arabes ou musulmans ». Le Comité d’examen a déterminé qu’une personne informée, connaissant la conduite du juge Spiro au cours de sa carrière, y compris en l’espèce, ne pourrait conclure que ce dernier était incapable de statuer de façon impartiale. Le Comité d’examen a estimé que la crainte de partialité exprimée dans les plaintes était fondée sur de la désinformation et des suppositions concernant l’ampleur réelle de l’ingérence du juge Spiro. Le Comité d’examen a relevé que, comme le juge Spiro, qui siégeait auparavant à titre d’administrateur du CIJA, la plupart, sinon la totalité des juges avaient un parcours antérieur comprenant une participation active à des associations communautaires, religieuses ou culturelles semblables, et que ces affiliations ne suffisaient pas en elles-mêmes à établir une perception de partialité.

[40] Le Comité d’examen a conclu que la crainte de partialité future n’était pas fondée et ne pouvait servir de fondement à la constitution d’un comité d’enquête.

[41] Le Comité d’examen a ensuite examiné l’allégation selon laquelle le juge Spiro avait commis une inconduite grave en aidant activement un groupe de défense des droits et en tentant d’empêcher la nomination d’une

Review Panel noted the distinction between voicing concern about the publicity that may arise from the appointment and actively lobbying against the appointment based on disapproval of the candidate.

[42] The Review Panel found that the appropriate characterization of Justice Spiro's conduct was an expression of concern that the appointment might subject the Faculty of Law to adverse criticism and publicity. The Review Panel noted that the Cromwell Report was confirmatory of this characterization. The Cromwell Report concluded [at page 48], based on detailed accounts, "that the Alumnus [Justice Spiro] simply shared the view that the appointment would be controversial with the Jewish community and cause reputational harm to the University."

[43] The Review Panel also cited the conclusion in the Cromwell Report that it could not be inferred from the facts gathered that Justice Spiro's communication with Ms. Courtney had factored into the decision to terminate Dr. Azarova's candidacy.

[44] The Review Panel noted that the concern about active lobbying or advocacy was based on the inaccurate premise that Justice Spiro had acted in furtherance of CIJA's aim of preventing Dr. Azarova's appointment and had done so in contact with the Dean. The Review Panel determined that this was not the case, and that Justice Spiro was rather "an active, generous alumnus who has historically and admirably supported his law school, expressing concern that a potential faculty appointment will subject the institution to unwanted controversy and harsh publicity" [at paragraph 59].

[45] The Review Panel explained that the test for removal is stringent, citing the test established by the Supreme Court of Canada in *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35, [2001] 2 S.C.R. 3 (*Therrien*), at paragraph 147 and subsection 2(4) of the CJC's By-laws. The Panel could not conclude that Justice Spiro's conduct "might be serious enough to warrant" his removal from office. The Panel noted that Justice Spiro has recognized his mistakes,

personne dont les opinions étaient en contradiction avec celles de ce groupe. Le Comité d'examen a retenu qu'il existait une distinction entre le fait de se dire préoccupé par la publicité que pourrait engendrer une nomination et le fait d'exercer activement des pressions contre la nomination en raison de sa désapprobation personnelle du choix de la candidate.

[42] Le Comité d'examen a conclu qu'il convenait de qualifier la conduite du juge Spiro d'expression d'une crainte que la nomination expose la Faculté de droit à des critiques et à une mauvaise publicité. Le Comité d'examen a noté que le rapport Cromwell confirmait cette qualification. Le rapport Cromwell avait conclu, sur la base de versions des faits détaillées, « que le [juge Spiro] était simplement d'avis que la nomination serait controversée auprès de la communauté juive et causerait du tort à la réputation de l'Université ».

[43] Le Comité d'examen a également cité la conclusion du rapport Cromwell selon laquelle on ne pouvait inférer que la conversation entre le juge Spiro et M^{me} Courtney avait influencé la décision d'annuler la nomination de M^{me} Azarova.

[44] Le Comité d'examen a retenu que la crainte de lobbyisme actif ou de pression reposait sur la prémisse erronée selon laquelle le juge Spiro avait agi à l'appui de l'objectif du CIJA d'empêcher la nomination de M^{me} Azarova, et qu'il l'avait fait en prenant contact avec le doyen. Le Comité d'examen a déterminé que tel n'était pas le cas et qu'on avait plutôt en l'espèce « un diplômé actif et généreux qui donn[ait] admirablement et depuis toujours son appui à sa Faculté de droit et qui crai[gnait] qu'une nomination facultaire potentielle plonge l'institution au cœur d'une controverse indésirable et l'expose à de la publicité négative » [au paragraphe 59].

[45] Le Comité d'examen a expliqué que le critère de révocation était rigoureux, citant le critère établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Therrien (Re)*, 2001 CSC 35, [2001] 2 R.C.S. 3 (*Therrien*), au paragraphe 147 et par le Règlement administratif du CCM au paragraphe 2(4). Le Comité d'examen n'a pas pu conclure que la conduite du juge Spiro « pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier » sa révocation. Le Comité d'examen

adding [at paragraph 6], “These errors are serious but in the end do not, in our view, warrant the imposition of the ultimate penalty for judicial misconduct.” In light of Justice Spiro’s remorse and acknowledgment of his mistakes, the Panel recommended that no further remedial action by the CJC or the Chief Justice of the Tax Court was required. The Review Panel referred the matter back to the Vice-Chair in accordance with subsection 2(5) of the By-laws.

[46] On April 22, 2021, after the Review Panel had issued its Report and referred the matter to the Vice-Chair for disposition, but prior to its public release, Professor Scott sent further submissions to the CJC. Professor Scott noted the passage of several months and his concern that the CJC had not solicited further submissions from him. Professor Scott’s submissions focussed on his criticism of the Cromwell Report and urged the Review Panel to make its own findings. Professor Scott attached several articles and letters that were also critical of the process and findings in the Cromwell Report.

D. *The Vice-Chair’s Decision*

[47] On May 19, 2021, the Vice-Chair wrote to Justice Spiro to inform him that the Review Panel had determined that his conduct was not such that it might be serious enough to warrant removal. The Vice-Chair noted that his task was to decide the “most appropriate way to resolve the complaints.” The Vice-Chair stated that in deciding that no further action was necessary, he had considered Justice Spiro’s sincere regret and his early recognition of his mistake, the support of his Chief Justice and the Report of the Review Panel. However, the Vice-Chair found it necessary to issue a formal expression of concern, in accordance with section 8.3 of the Review Procedures.

[48] The Vice-Chair stated that Justice Spiro’s conduct had put public confidence in the integrity, impartiality and independence of the judiciary at risk and also risked

a relevé que le juge Spiro avait admis ses erreurs, ajoutant [au paragraphe 6] que « ces erreurs [étaient] graves, mais, au bout du compte, ne justifiaient pas, à notre avis, l’imposition de la peine ultime pour inconduite judiciaire ». Tenant compte du fait que le juge Spiro avait admis ses erreurs et exprimé des remords, le Comité d’examen s’est dit d’avis qu’il était inutile que le CCM ou que le juge en chef de la Cour canadienne de l’impôt prenne d’autres mesures correctives. Le Comité d’examen a renvoyé l’affaire au vice-président, conformément au paragraphe 2(5) du Règlement administratif.

[46] Le 22 avril 2021, après que le Comité d’examen a établi son rapport et renvoyé l’affaire au vice-président pour décision, mais avant que ce rapport n’ait été rendu public, le professeur Scott a communiqué d’autres observations au CCM. Notant que plusieurs mois s’étaient écoulés, le professeur Scott s’est dit préoccupé par le fait que le CCM n’avait pas sollicité d’autres observations de sa part. Les observations du professeur Scott consistaient essentiellement en une critique du rapport Cromwell et exhortaient le Comité d’examen à tirer ses propres conclusions. Le professeur Scott a joint plusieurs articles et lettres qui, eux aussi, commentaient défavorablement le processus et les conclusions du rapport Cromwell.

D. *Décision du vice-président*

[47] Le 19 mai 2021, le vice-président a écrit au juge Spiro pour l’informer que le Comité d’examen avait déterminé que sa conduite n’était pas suffisamment grave pour justifier sa révocation. Le vice-président a indiqué que sa mission consistait à décider de la [TRADUCTION] « suite la plus appropriée à donner aux plaintes ». Le vice-président a expliqué que, pour parvenir à la décision qu’aucune autre mesure n’était nécessaire, il avait tenu compte des remords sincères exprimés par le juge Spiro et de la prompte admission de son erreur, de l’appui apporté par son juge en chef et du rapport du Comité d’examen. Toutefois, le vice-président a jugé nécessaire d’exprimer formellement des préoccupations, conformément à l’article 8.3 des Procédures d’examen.

[48] Le vice-président a déclaré que la conduite du juge Spiro avait mis en péril la confiance que portait le public à l’intégrité, à l’impartialité et à l’indépendance

diminishing confidence in the administration of justice. The Vice-Chair noted that his comments were offered in a constructive spirit. The Vice-Chair addressed the media reports and the concerns expressed by the complainants, including those of law professors and various lawyers' organizations, noting that these "are a testimony to the perception of the public and of the impact of your conduct." The Vice-Chair added, "At all times, judges should ensure that their conduct, both in and out of court, will sustain and contribute to public respect and confidence in their integrity, independence, impartiality and judgment."

E. The Executive Director's Letters to the Complainants

[49] On May 20, 2021, the Executive Director wrote to each complainant to inform them of the review procedures that had been undertaken, the conclusions of the Review Panel, and the key facts and reasons for the Review Panel's conclusion. The Executive Director also explained the basis for the Vice-Chair's decision to issue a formal expression of concern, noting the Vice-Chair's view that it was "a serious error for Justice Spiro to discuss the appointment of the Director of IHRP, one that he regrets and that he states he has learned from," but that "Justice Spiro is acutely aware of his duty to the public, as a judge, to not only ensure he is impartial, but to be seen as being impartial."

[50] The Executive Director stated that the Vice-Chair had instructed her to close the complaints.

[51] The letters to each of the complainants were identical, with the exception of an additional paragraph in the letter to Professor Scott, which noted his additional submissions. That letter stated, "The Review Procedures and the By-laws do not provide an opportunity for a complainant to make submissions to a Review Panel, and Review Panels do not seek such submissions. Nevertheless, Associate Chief Justice Nielsen [the Vice-Chair] commented he did review your submissions of April 22, 2021, when making

de la magistrature et risquait également de diminuer la confiance en l'administration de la justice. Il a précisé que ses observations se voulaient constructives. Le vice-président a mentionné les reportages parus dans les médias et les préoccupations exprimées par les plaignants, y compris des professeurs de droit et diverses associations d'avocats, affirmant que ceux-ci [TRADUCTION] « témoign[ent] de la perception du public et des retombées de [la] conduite [du juge Spiro] ». Le vice-président a ajouté [TRADUCTION] « [qu'e]n tout temps, les juges devraient s'assurer que leur conduite, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des tribunaux, leur mérite le respect du public et [qu']ils devraient cultiver une image d'intégrité, d'indépendance, d'impartialité et de bon jugement ».

E. Les lettres de la directrice exécutive aux plaignants

[49] Le 20 mai 2021, la directrice exécutive a informé chaque plaignant par écrit des procédures d'examen réalisées, des conclusions du Comité d'examen, ainsi que des principaux faits et raisons motivant la conclusion du Comité d'examen. La directrice exécutive a également expliqué le fondement de la décision du vice-président d'opter pour une expression formelle des préoccupations, rapportant que celui-ci était d'avis que « le juge Spiro a[vait] commis une grave erreur en discutant de la nomination du directeur [du Programme] erreur qu'il regret[ait] et dont il affirm[ait] avoir tiré des leçons », mais que « le juge Spiro [était] très conscient de son devoir envers le public, en tant que juge, non seulement de s'assurer qu'il soit impartial, mais aussi d'être perçu comme tel ».

[50] La directrice exécutive a déclaré que le vice-président lui avait donné pour instruction de fermer le dossier.

[51] Les lettres adressées à chacun des plaignants étaient identiques, sauf la lettre adressée au professeur Scott, qui comportait un paragraphe additionnel concernant les observations supplémentaires de ce dernier. Cette lettre précisait que [TRADUCTION] « [l]es Procédures d'examen et le Règlement administratif ne donnent pas aux plaignants l'occasion de faire des observations à l'intention du Comité d'examen, et [que] les comités d'examen ne sollicitent pas de telles observations. Néanmoins, le juge en

his decision on the most appropriate way to resolve this complaint.”

F. *The CJC’s News Releases*

[52] On January 11, 2021, the CJC issued a news release, “Canadian Judicial Council constitutes a Review Panel in the matter involving the Honourable D.E. Spiro,” noting that the Vice-Chair had referred the matter to the Review Panel.

[53] On May 21, 2021, the CJC issued a news release, “Canadian Judicial Council completes its review of the matter involving the Honourable D.E. Spiro.” The news release provided a similar summary to that sent to the complainants.

[54] On October 12, 2021, the CJC issued a news release entitled “Report of the Review Panel Regarding the Honourable D.E. Spiro,” which provided a link to the Report.

IV. The Issues and Standard of Review

[55] This application raises two issues.

[56] The first is whether the CJC’s ultimate decision—to close the complaints without constituting an Inquiry Committee and with a formal expression of concern and no further remedial action—is reasonable. As described below, the applicants challenge the reasonableness of the decision on several grounds.

[57] A reasonable decision is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraphs 85, 102 and 105–107). A decision should not be set aside unless it contains “sufficiently serious shortcomings... such that it cannot be said

chef adjoint Nielsen [le vice-président] a mentionné qu’il avait tenu compte de vos observations en date du 22 avril 2021 lorsqu’il a pris sa décision concernant la suite à donner à la plainte ».

F. *Les communiqués du CCM*

[52] Le 11 janvier 2021, le CCM a publié un communiqué de presse intitulé « Le Conseil canadien de la magistrature constitue un comité d’examen dans l’affaire impliquant l’honorable D.E. Spiro » dans lequel il annonçait que le vice-président avait renvoyé l’affaire à un comité d’examen.

[53] Le 21 mai 2021, le CCM a publié un communiqué de presse intitulé « Le Conseil canadien de la magistrature termine son examen de l’affaire concernant l’honorable D.E. Spiro ». Le communiqué contenait un résumé semblable à celui envoyé aux plaignants.

[54] Le 12 octobre 2021, le CCM a publié un communiqué de presse intitulé « Rapport du Comité d’examen concernant l’honorable D.E. Spiro », comportant un lien vers le rapport.

IV. Les questions à trancher et la norme de contrôle applicable

[55] La présente demande soulève deux questions.

[56] La première est de déterminer si la décision finale du CCM — c’est-à-dire la décision de clore le dossier sans constituer un comité d’enquête ni prendre de mesure corrective autre qu’une expression des préoccupations — était raisonnable. Comme décrit ci-dessous, les demandeurs contestent le caractère raisonnable de la décision pour plusieurs motifs.

[57] Une décision raisonnable doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et être justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), aux paragraphes 85, 102 et 105–107). Avant de pouvoir infirmer la décision, il faut être convaincu « qu’elle souffre de lacunes graves

to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency” (*Vavilov*, at paragraph 100).

[58] In *Portnov v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 171, [2021] 4 F.C.R. 501 (*Portnov*), at paragraph 33, the Federal Court of Appeal confirmed that as in pre-*Vavilov* jurisprudence, the Court may look beyond the decision to determine its reasonableness:

In conducting reasonableness review, this Court is entitled to look at the reasons offered by the decision-maker, associated documents that shed light on the reasoning process, any submissions made to the decision-maker, and the record before the decision maker. Reasons can be express or implied. See generally *Mason*, at paragraphs 30–42 and the citations to *Vavilov* therein.

[59] In *Girouard v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 129, [2020] 4 F.C.R. 557 (*Girouard*), regarding a decision of the CJC, the Court of Appeal found that, although the decision under appeal had been rendered before the Supreme Court of Canada’s decision in *Vavilov*, it respected the *Vavilov* principles.

[60] In *Girouard*, the Court of Appeal stated, at paragraph 42:

Ultimately, the onus is always on the applicant to demonstrate that a decision is unreasonable, and reasonableness must be assessed taking into account both the outcome of the decision and the reasoning process that led to that outcome (*Vavilov*, at paragraphs 75 and 87). Reasonableness review finds its starting point in judicial restraint and respects the distinct role of administrative decision makers (*Vavilov*, at paragraphs 75 and 82). In other words, the role of a reviewing court is to consider the reasonableness of the decision made, not to assess that decision against the decision it would have made:

It follows that the focus of reasonableness review must be on the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome. The role of courts in these circumstances is to *review*, and they are, at least as a general rule, to refrain from deciding the issue

à un point tel qu’on ne peut pas dire qu’elle satisfait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence » (*Vavilov*, au paragraphe 100).

[58] Dans l’arrêt *Portnov c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 171, [2021] 4 R.C.F. 501 (*Portnov*), au paragraphe 33, la Cour d’appel fédérale a confirmé que, comme dans la jurisprudence antérieure à l’arrêt *Vavilov*, la Cour peut prendre en compte des éléments autres que la décision pour déterminer du caractère raisonnable de celle-ci :

Dans les contrôles effectués selon la norme de la décision raisonnable, notre Cour a le droit d’examiner les motifs exposés par le décideur, en conjonction avec les documents qui éclairent le raisonnement suivi, les observations présentées au décideur et le dossier dont disposait le décideur. Les motifs peuvent être explicites ou implicites. Voir, de façon générale, les paragraphes 30–42 de l’arrêt *Mason* et les extraits de l’arrêt *Vavilov* qui y sont cités.

[59] Dans l’arrêt *Girouard c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 129, [2020] 4 R.C.F. 557 (*Girouard*), qui portait sur une décision du CCM, la Cour d’appel a conclu que, bien que la décision dont il était fait appel ait été rendue avant l’arrêt de la Cour suprême du Canada dans l’affaire *Vavilov*, elle respectait les principes dégagés dans l’arrêt *Vavilov*.

[60] Dans l’arrêt *Girouard*, la Cour d’appel écrivait, au paragraphe 42 :

En bout de ligne, c’est toujours au demandeur qu’il appartient de démontrer qu’une décision n’est pas raisonnable, et la raisonnable doit s’apprécier en tenant compte tant du résultat de la décision que du raisonnement à l’origine de ce résultat (*Vavilov*, aux paragraphes 75 et 87). Le point de départ d’un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable demeure la retenue judiciaire et le respect du rôle distinct des décideurs administratifs (*Vavilov*, aux paragraphes 75 et 82). C’est dire que le rôle d’une cour de révision est d’examiner la raisonnable de la décision rendue, et non d’évaluer cette décision à l’aune de la décision qu’elle aurait elle-même rendue :

Il s’ensuit que le contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable doit s’intéresser à la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision. Le rôle des cours de justice consiste, en pareil cas, à *réviser* la décision et, en général à tout le moins,

themselves. Accordingly, a court applying the reasonableness standard does not ask what decision it would have made in place of that of the administrative decision maker, attempt to ascertain the “range” of possible conclusions that would have been open to the decision maker, conduct a *de novo* analysis or seek to determine the “correct” solution to the problem.

Vavilov, at paragraph 83.

[61] The second issue is whether the CJC breached the duty of procedural fairness owed to the complainants in the circumstances of this case. The applicants also raise the more general issue of whether the CJC’s complaint review procedures, including the lack of an opportunity for complainants to make further and responsive submissions, are unfair.

[62] Where an issue of procedural fairness arises the Court must consider whether the procedure followed by the decision maker was fair having regard to all of the circumstances, including the *Baker* factors: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 1999 CanLII 699 (*Baker*); *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121 (*CPR*), at paragraph 54. Where a breach of procedural fairness is found, no deference is owed to the decision maker.

V. The Applicants’ Submissions

[63] The applicants submit that the decision is not reasonable. The applicants also submit that the CJC’s process for reviewing complaints is not procedurally fair and, in particular, that the CJC breached the duty of procedural fairness owed to them as complainants.

A. *The Decision*

[64] The applicants characterize the letters sent by the Executive Director to the complainants on May 20, 2021, as the decision that is subject to judicial review.

à s’abstenir de trancher elles-mêmes la question en litige. Une cour de justice qui applique la norme de contrôle de la décision raisonnable ne se demande donc pas quelle décision elle aurait rendue à la place du décideur administratif, ne tente pas de prendre en compte l’« éventail » des conclusions qu’aurait pu tirer le décideur, ne se livre pas à une analyse *de novo*, et ne cherche pas à déterminer la solution « correcte » au problème.

Vavilov, au paragraphe 83.

[61] La deuxième question est de savoir si le CCM a manqué à son obligation d’équité procédurale envers les plaignants à la lumière des circonstances de l’affaire. Les demandeurs soulèvent également la question plus générale du caractère injuste des procédures d’examen des plaintes du CCM, y compris l’absence de possibilité pour les plaignants de présenter des observations additionnelles et en réponse.

[62] Lorsqu’elle est saisie d’une question d’équité procédurale, la Cour doit déterminer si la procédure suivie par le décideur était équitable compte tenu de toutes les circonstances, y compris les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699 (*Baker*); *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 (*CP*), au paragraphe 54. Lorsqu’un juge estime qu’il y a eu manquement à l’équité procédurale, il n’a pas à faire preuve de déférence envers le décideur.

V. Les observations des demandeurs

[63] Les demandeurs font valoir que la décision n’était pas raisonnable. Les demandeurs soutiennent également que le processus d’examen des plaintes du CCM n’est pas équitable sur le plan procédural et, en particulier, que le CCM a manqué à son obligation d’équité procédurale envers eux, en leur qualité de plaignants.

A. *La décision*

[64] Les demandeurs considèrent les lettres envoyées par la directrice exécutive aux plaignants le 20 mai 2021 comme constituant la décision susceptible de faire l’objet

The applicants note that they had nothing more than these letters on which to seek judicial review of the decision. The applicants add that they only received other documents upon receipt of the certified tribunal record (CTR) from the CJC after they filed this application.

B. Reasonableness of the Decision

[65] The applicants submit that the decision is not reasonable; the decision letters fail to explain the basis for the decision and do not provide any link to the reasons of the Review Panel or the reasons of the Vice-Chair for closing the complaints. The applicants generally submit that the decision does not meet the reasonableness standard established in *Vavilov*; it is not transparent, justified and intelligible.

[66] The applicants argue that the CJC erred in two respects: the Review Panel erred by not finding that the complaints should be referred to an Inquiry Committee, and the Vice-Chair erred in finding that no further action was warranted. The applicants submit that given that the CJC agreed that Justice Spiro's conduct was a serious mistake, the conclusion that no further remedial measures were required is unreasonable.

[67] The applicants explain that the heart of the complaints is that Justice Spiro improperly interfered in an academic appointment on behalf of an advocacy group after his appointment to the bench. The applicants clarify that they are not focussing on Justice Spiro's personal beliefs or his advocacy prior to his appointment.

[68] The applicants submit that the CJC failed to appreciate that the complaints raised two distinct issues: whether Justice Spiro's improper interference in an academic appointment for the benefit of an advocacy organization by relying on his past contacts amounted to

d'un contrôle judiciaire. Les demandeurs font valoir que ces lettres étaient le seul document en leur possession sur lequel ils pouvaient fonder leur demande de contrôle judiciaire. Les demandeurs ajoutent que ce n'est qu'après le dépôt de leur demande, à la réception du dossier certifié du tribunal (le DCT) du CCM, qu'ils ont reçu d'autres documents.

B. Le caractère raisonnable de la décision

[65] Les demandeurs soutiennent que la décision n'est pas raisonnable; les lettres communiquant la décision n'expliquent pas le fondement de la décision et ne comportent aucun lien vers les motifs du Comité d'examen ou ceux sur lesquels s'est basé le vice-président pour clore le dossier. D'une manière générale, les demandeurs avancent que la décision ne répond pas à la norme de la décision raisonnable établie dans l'arrêt *Vavilov*, en ce qu'elle n'est pas transparente, justifiée et intelligible.

[66] Les demandeurs allèguent que le CCM a commis une erreur à deux égards : le Comité d'examen a commis une erreur en ne concluant pas que les plaintes devraient être renvoyées à un comité d'enquête, et le vice-président a commis une erreur en concluant qu'aucune autre mesure n'était justifiée. Les demandeurs font valoir que, le CCM ayant convenu que la conduite du juge Spiro constituait une grave erreur, la conclusion selon laquelle aucune autre mesure corrective n'était nécessaire est déraisonnable.

[67] Les demandeurs expliquent que le fondement des plaintes est l'ingérence indue du juge Spiro, après sa nomination au tribunal, dans un processus de recrutement universitaire pour le compte d'un groupe de pression. Les demandeurs précisent que ni les croyances personnelles du juge Spiro, ni ses activités de défense d'intérêts antérieures à sa nomination ne sont un aspect central de leurs allégations.

[68] Les demandeurs soutiennent que le CCM n'a pas compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes : celle de savoir si l'ingérence indue du juge Spiro dans une nomination universitaire en faveur d'une organisation de défense des intérêts d'un groupe à l'aide de

misconduct; and whether this conduct raised a reasonable apprehension of bias.

(1) Lack of a rational chain of analysis

[69] The applicants submit that the decision lacks internal coherence and a rational chain of analysis for several reasons.

[70] First, the applicants submit that the Review Panel's report lacks a rational chain of analysis because it fails to articulate a legal test or standard against which to determine whether Justice Spiro's conduct was serious enough to warrant removal.

[71] Second, the applicants submit that the Review Panel made an incomprehensible and unexplained distinction between Justice Spiro's conduct as voicing concern about the negative impact of Dr. Azarova's appointment rather than actively campaigning against it.

[72] The applicants point to several events, which they submit demonstrate that Justice Spiro's involvement was more than simply voicing his concern and that his conduct amounted to advocacy on behalf of the CIJA. The applicants point to:

- Professor Steinberg's email to the CIJA attaching his memo setting out concerns about Dr. Azarova's work and requesting that the CIJA find out the status of the appointment process, which led to CIJA reaching out to Justice Spiro.
- Justice Spiro's email with Ms. Courtney and their telephone conversation in which he raised the issue of Dr. Azarova's appointment.
- Justice Spiro's acknowledgment that it would not be appropriate for him to contact the Dean.

ses contacts antérieurs constituait une faute, et celle de savoir si cette conduite faisait naître une crainte raisonnable de partialité.

1) Absence d'analyse rationnelle

[69] Les demandeurs soutiennent que la décision n'est pas fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle pour plusieurs raisons.

[70] Premièrement, les demandeurs avancent que le rapport du Comité d'examen ne reposait pas sur une analyse rationnelle, puisqu'il ne précisait pas le critère ou la norme juridique applicable pour déterminer si la conduite du juge Spiro était suffisamment grave pour justifier sa révocation.

[71] Deuxièmement, les demandeurs allèguent que le Comité d'examen a fait une distinction incompréhensible et inexplicée à propos de la conduite du juge Spiro entre l'action d'exprimer des craintes quant aux retombées négatives de la nomination de M^{me} Azarova et celle de mener activement une campagne contre cette nomination.

[72] Les demandeurs évoquent plusieurs événements qui, selon eux, démontrent que l'intervention du juge Spiro ne se limitait pas à exprimer ses craintes et que sa conduite équivalait à un plaidoyer au nom du CIJA. Ils mentionnent entre autres :

- le courriel du professeur Steinberg au CIJA, auquel ce dernier a joint une note exposant ses réserves à l'égard des travaux de M^{me} Azarova et par lequel il a demandé au CIJA de se renseigner sur l'avancement du processus de nomination, courriel qui a amené le CIJA à communiquer avec le juge Spiro;
- le courriel du juge Spiro à M^{me} Courtney et leur conversation téléphonique, lors de laquelle il a soulevé la question de la nomination de M^{me} Azarova;
- le fait que le juge Spiro ait admis qu'il ne serait pas approprié pour lui de contacter le doyen;

- The concern that although Justice Spiro did not ask Ms. Courtney to contact the Dean, Justice Spiro would have known that she would raise the issue with the Dean, given the email exchange, which reflects that Ms. Courtney undertook to advise Justice Spiro of the status and Justice Spiro suggested she contact him if she needed further information.
- The concern that Justice Spiro shared the memo prepared by Professor Steinberg, who described Dr. Azarova as “one of the nastiest anti-Israeli academic crusaders” and a “hard core activist,” with Professor Weinrib (a retired U of T prof).
- la crainte que, même si le juge Spiro n’a pas demandé à M^{me} Courtney de communiquer avec le doyen, il savait qu’elle le ferait, l’échange de courriels révélant que M^{me} Courtney s’était engagée à informer le juge Spiro de l’état du processus de nomination et que le juge Spiro lui avait suggéré de le contacter si elle avait besoin de plus de renseignements;
- la crainte que le juge Spiro ait transmis au professeur Weinrib (professeur de l’Université à la retraite) la note rédigée par le professeur Steinberg, qui décrivait M^{me} Azarova comme [TRADUCTION] « l’une des plus infâmes partisans universitaires anti-israéliennes » et une « militante pure et dure ».

[73] Third, the applicants submit that the decision failed to address the fundamental complaint that Justice Spiro acquiesced to the request of a lobby group, the CIJA, which shows that he continued his advocacy for the CIJA after his appointment to the bench.

[73] Troisièmement, les demandeurs soutiennent que la décision n’a pas répondu à l’allégation qui était au cœur des plaintes, selon laquelle le juge Spiro avait acquiescé à la demande d’un groupe de pression, le CIJA, prouvant ainsi qu’il avait continué de défendre ce dernier après sa nomination au tribunal.

[74] Fourth, the applicants submit that the decision fails to address the perception of bias and the issue of confidence in the administration of justice arising from this perception. The applicants add that the CJC failed to specifically address the complaints of anti-Palestinian bias and conflated anti-Palestinian racism with anti-Muslim and anti-Arab racism in a manner that reinforces the marginalization of Palestinian Canadians. The applicants note that the Chief Justice of the Tax Court acknowledged the concerns about bias, yet the Review Panel ignored them.

[74] Quatrièmement, les demandeurs affirment que la décision ne tenait pas compte des questions de la perception de partialité et de son effet sur la confiance en l’administration de la justice. Les demandeurs ajoutent que le CCM ne s’est pas spécifiquement penché sur les allégations de préjugés anti-palestiniens figurant dans les plaintes et a amalgamé le racisme anti-palestinien, le racisme anti-musulman et le racisme anti-arabe d’une manière qui renforce la marginalisation des Canadiens d’origine palestinienne. Les demandeurs relèvent que, bien que le juge en chef de la Cour de l’impôt ait reconnu l’existence d’une crainte de partialité, le Comité d’examen n’en a pas tenu compte.

[75] Fifth, the applicants submit that the decision fails to explain why the Vice-Chair determined that closing the complaints was the most appropriate resolution of the matter, given the availability of other remedial measures. They also criticize the Vice-Chair for not explaining how Justice Spiro’s remorse mitigated the seriousness of his conduct.

[75] Cinquièmement, les demandeurs soutiennent que la décision n’explique pas pourquoi, alors que d’autres mesures correctives étaient possibles, le vice-président a jugé que la clôture des plaintes était la meilleure résolution possible. Ils reprochent également au vice-président de ne pas avoir expliqué en quoi les remords exprimés par le juge Spiro atténuaient la gravité de sa conduite.

(2) Lack of justification on the facts and the law

[76] The applicants also submit that the decision is unreasonable because it is not justified in the light of the facts and the law.

[77] First, the applicants argue that the facts do not support the finding that “no right thinking person” would conclude that there was a reasonable apprehension of bias. The applicants submit that there was ample evidence of a reasonable apprehension of bias, pointing to Justice Spiro’s previous involvement with CIJA, views he previously expressed regarding “anti-Israel propaganda,” and his interference in this appointment process, which is argued to demonstrate ongoing advocacy on behalf of CIJA since his appointment to the bench. The applicants again submit that the measures taken by the Chief Justice of the Tax Court to remove Justice Spiro from certain files—which shows the Chief Justice’s concern about a reasonable apprehension of bias—should have signalled to the CJC that Justice Spiro’s conduct raised concerns of integrity, impartiality and independence. Yet, the CJC unjustifiably found that no reasonably informed person would conclude that there is bias or a perception thereof.

[78] Second, the applicants argue that the decision is not justified because the Review Panel ignored the Vice-Chair’s reasons for referring the complaint. The applicants note that the Vice-Chair identified five instances demonstrating Justice Spiro’s lack of integrity, all of which put confidence in the independence of the judiciary at risk, yet the Review Panel reached a different conclusion on the same facts. The applicants acknowledge that the Review Panel had additional information, but argue that this did not provide any explanation for Justice Spiro’s conduct to justify the Review Panel reaching a different conclusion. They allege that the facts were the same before the Vice-Chair and the Review Panel and the findings should, therefore, have been the same.

2) Absence de justification au regard des faits et du droit

[76] Les demandeurs soutiennent également que la décision est déraisonnable parce qu’elle n’est pas justifiée à la lumière des faits et du droit.

[77] Premièrement, les demandeurs font valoir que les faits n’étaient pas la conclusion selon laquelle aucune « personne sensée » n’aurait conclu qu’il y avait une crainte raisonnable de partialité. Les demandeurs affirment que la preuve avait été amplement faite d’une crainte raisonnable de partialité, soulignant à ce titre le rôle qu’occupait auparavant le juge Spiro au CIJA, les opinions déjà exprimées par celui-ci concernant la « propagande anti-israélienne » et son ingérence dans ce processus de nomination, lesquels démontraient, selon les demandeurs, qu’il avait continué de défendre les intérêts du CIJA après sa nomination à la Cour. Les demandeurs répètent que le fait que le juge en chef de la Cour de l’impôt ait pris des mesures visant à retirer le juge Spiro de certains dossiers — signe que le juge en chef avait des réserves liées à une crainte raisonnable de partialité — aurait dû faire comprendre au CCM que la conduite du juge Spiro faisait naître des doutes quant à son intégrité, à son impartialité et à son indépendance. Pourtant, le CCM a estimé, de manière injustifiée, qu’aucune personne raisonnablement informée ne conclurait à l’existence d’une partialité ou d’une crainte de partialité.

[78] Deuxièmement, les demandeurs soutiennent que la décision n’est pas justifiée parce que le Comité d’examen a ignoré les raisons qui avaient motivé le vice-président à renvoyer la plainte. Les demandeurs soulignent qu’alors que le vice-président a recensé cinq actes constituant un manque d’intégrité de la part du juge Spiro, lesquels mettent tous en péril la confiance en l’indépendance de la magistrature, le Comité d’examen a tiré une conclusion différente des mêmes faits. Selon les demandeurs, les renseignements supplémentaires dont disposait le Comité d’examen ne permettaient pas d’expliquer la conduite du juge Spiro d’une manière qui justifierait le fait que le Comité d’examen soit parvenu à une conclusion différente. Les demandeurs font valoir que le vice-président et le Comité d’examen étaient saisis des mêmes faits, de sorte qu’ils auraient dû parvenir à la même conclusion.

[79] More generally, the applicants contend that the decision failed to uphold the mandate of the CJC and the principles of judicial impartiality and independence. They argue that the CJC simply concluded that Justice Spiro was aware of his duty to the public without regard to the very real perceived bias arising from his actions. They submit that the establishment of an Inquiry Committee is required to ensure public confidence in the integrity of the judiciary and in the administration of justice. The applicants further argue that Justice Spiro's conduct must be examined in the broader context of historical and ongoing discrimination against Arabs, Muslims, and Palestinians in particular, and with a focus on the public's perception of the judiciary as a whole and judges' privileged position in society.

C. Fairness of the CJC's Processes and of the Procedure Followed

[80] The applicants generally assert that the policies and procedures of the CJC are unfair to complainants. The applicants suggest that this Court should declare that the CJC's procedures are unfair and should provide a greater role for complainants.

[81] The applicants also allege that the CJC made its decision in breach of the duty of procedural fairness owed to the complainants. The applicants contend that the complainants were kept in the dark about the status of the review of the complaints. They submit that the process favoured Justice Spiro, who had several opportunities to respond to the allegations, and was unfair to the complainants, who did not.

[82] The applicants note that procedural fairness generally requires knowing the case "being made against them." They submit that this extends to require that a complainant know the response to their complaint—i.e., that they should receive disclosure of the information the decision maker intends to consider and rely on and should have an opportunity to make submissions in response.

[79] Plus généralement, les demandeurs allèguent que la décision était incompatible avec le mandat du CCM et les principes d'impartialité et d'indépendance judiciaires. Ils prétendent que le CCM s'est contenté de conclure que le juge Spiro était conscient de son devoir envers le public, sans tenir compte de la très réelle perception de partialité que suscitaient ses actions. Ils affirment que la constitution d'un comité d'enquête est nécessaire pour s'assurer de la confiance du public en l'intégrité de la magistrature et en l'administration de la justice. Les demandeurs avancent en outre que la conduite du juge Spiro doit être examinée en fonction du contexte plus large de la discrimination historique et continue à l'encontre des Arabes, des musulmans et des Palestiniens en particulier, et en accordant une attention particulière à la perception qu'a le public de l'ensemble de la magistrature et à la position privilégiée des juges dans la société.

C. Équité des processus du CCM et de la procédure suivie

[80] D'une manière générale, les demandeurs affirment que les politiques et les procédures du CCM sont injustes envers les plaignants. Les demandeurs estiment que la Cour devrait déclarer que les procédures du CCM sont injustes et qu'elles devraient accorder un rôle plus important aux plaignants.

[81] Les demandeurs allèguent également que le CCM a rendu sa décision en violation de son obligation d'équité procédurale envers les plaignants. Les demandeurs prétendent que les plaignants ont été tenus dans l'ignorance quant à l'avancement de l'examen de leurs plaintes. Ils soutiennent que le processus a favorisé le juge Spiro, qui a eu plusieurs occasions de répondre aux allégations, et injustement défavorisé les plaignants, qui n'ont pas eu cette chance.

[82] Les demandeurs font remarquer que l'équité procédurale exige généralement de connaître les arguments [TRADUCTION] « avancés contre eux ». Ils soutiennent que cette obligation implique qu'un plaignant doit pouvoir prendre connaissance de la réponse à sa plainte, c'est-à-dire que les informations que le décideur a l'intention d'examiner et sur lesquelles il se fonde devraient lui être communiquées, et qu'il devrait avoir la possibilité de présenter des observations en réponse.

[83] The applicants submit that more information should have been shared with the complainants, including: the letter from the Chief Justice of the Tax Court dated October 23, 2020; the reasons of the Vice-Chair to refer the complaint to a Review Panel; the establishment of the Review Panel; Justice Spiro's submissions to the Review Panel; the provision of the Cromwell Report to the Review Panel by counsel for Justice Spiro; and the Report of the Review Panel.

[84] The applicants acknowledge that the content of the duty of procedural fairness in any given case varies depending on the context and can be determined with reference to the factors set out in *Baker*. The applicants point to the importance of the CJC's decision to the complainants, to the communities they represent, and to the public more broadly, which has an interest in protecting the right to a fair hearing before an impartial tribunal. The applicants also point to paragraph 6(a) of the Review Procedures, and submit that they had a legitimate expectation that they would participate in the process, including providing follow-up information or receiving communications from the CJC before a final decision was rendered.

VI. The Respondent's Submissions

[85] The respondent submits that the decision is reasonable; it shows a rational chain of analysis and is justified on the facts and the law.

[86] At the outset, the respondent disputes the applicants' characterization of the letters from the Executive Director to the complainants as constituting the decision and reasons. The respondent notes that the Executive Director is not the decision maker; her role is to advise complainants of the outcome of the review of the complaint and provide a summary.

[87] The respondent submits that the applicants' arguments largely ignore the reasons set out in the Report of the Review Panel and the reasons set out in the Vice-Chair's letter to Justice Spiro—both of which must be considered in assessing the reasonableness of the decision, along with the record as a whole.

[83] Les demandeurs font valoir qu'il aurait fallu communiquer plus d'informations aux plaignants, notamment : la lettre du juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt datée du 23 octobre 2020; les motifs pour lesquels le vice-président a renvoyé la plainte à un comité d'examen; la constitution du Comité d'examen; les observations présentées par le juge Spiro au Comité d'examen; la production du rapport Cromwell au dossier du Comité d'examen par l'avocat du juge Spiro; et le rapport du Comité d'examen.

[84] Les demandeurs admettent que le contenu de l'obligation d'équité procédurale dans chaque cas d'espèce varie en fonction du contexte et peut être déterminé en appliquant les facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*. Les demandeurs soulignent l'importance de la décision du CCM pour les plaignants, pour les communautés qu'ils représentent et pour le public en général, qui a intérêt à protéger le droit à une audience équitable devant un tribunal impartial. Les demandeurs évoquent également l'alinéa 6a) des Procédures d'examen et soutiennent qu'ils avaient l'attente légitime de prendre part au processus, notamment en fournissant des renseignements complémentaires ou en recevant des communications du CCM avant qu'une décision finale soit rendue.

VI. Observations du défendeur

[85] Le défendeur soutient que la décision est raisonnable, qu'elle présente une analyse rationnelle et qu'elle est justifiée au regard des faits et du droit.

[86] En premier lieu, le défendeur conteste le fait que les demandeurs considèrent les lettres envoyées par la directrice exécutive aux plaignants comme constituant la décision et les motifs. Le défendeur affirme que la directrice exécutive n'est pas le décideur; son rôle consiste à informer les plaignants du résultat de l'examen de la plainte et à en fournir un résumé.

[87] Le défendeur fait valoir que les arguments des demandeurs ont largement passé outre aux motifs énoncés dans le rapport du Comité d'examen et aux motifs énoncés dans la lettre du vice-président au juge Spiro, qui doivent tous être pris en considération pour évaluer le caractère raisonnable de la décision, ainsi que le dossier dans son ensemble.

[88] The respondent submits that after the screening by the Vice-Chair to assess whether the complaint “on its face” might be serious enough to warrant removal, the Review Panel is required to conduct a more searching inquiry and make a determination on the record before it, which is broader than the record before the Vice-Chair at that initial stage. The Report of the Review Panel set out the reasons for remitting the matter to the Vice-Chair for disposition. The Vice-Chair then provided reasons for issuing a formal expression of concern and concluding that no further action would be taken.

A. Clarification of Facts

[89] The respondent disputes that the CJC made findings based on a misapprehension of the facts, including regarding academic freedom concerns. The respondent instead notes that the applicants may have misstated some facts, including about the Cromwell Report.

[90] The respondent explains that counsel for Justice Spiro provided the Cromwell Report to the Review Panel late in their review, on March 30, 2021. The Review Panel considered the Cromwell Report only to the extent of confirming facts already established on the record.

[91] The respondent notes that the Cromwell Report recounts Ms. Courtney’s recollection of her conversation with Justice Spiro in the same way that Justice Spiro described this conversation in his correspondence to the CJC: that his concern was that Dr. Azarova’s appointment would affect the reputation of the University of Toronto.

[92] The respondent also submits that, contrary to the applicants’ suggestion that Justice Spiro did more than voice his concern, including that he knew that Ms. Courtney would provide the email chain to the Dean, there is no such evidence on the record that Justice Spiro shared the email from Professor Steinberg with Ms. Courtney.

[88] Le défendeur soutient qu’après l’examen initial fait par le vice-président pour déterminer si la conduite ayant fait l’objet des plaintes pourrait « à première vue » s’avérer suffisamment grave pour justifier la révocation, le Comité d’examen est tenu de mener une enquête plus approfondie et de se prononcer sur le dossier dont il est saisi, lequel est plus étoffé que le dossier dont disposait le vice-président à l’étape de l’examen initial. Le rapport du Comité d’examen expose les motifs pour lesquels l’affaire a été renvoyée au vice-président pour décision. Le vice-président a ensuite expliqué les motifs pour lesquels il avait formellement exprimé des préoccupations et décidé qu’aucune autre mesure ne serait prise.

A. Clarification des faits

[89] Le défendeur conteste que le CCM ait fondé ses conclusions sur une mauvaise compréhension des faits, y compris en ce qui concerne les préoccupations relatives à la liberté académique. Le défendeur estime plutôt que les demandeurs ont peut-être présenté de façon erronée certains faits, y compris au sujet du rapport Cromwell.

[90] Le défendeur explique que l’avocat du juge Spiro a remis le rapport Cromwell au Comité d’examen à un stade avancé de son examen, le 30 mars 2021. Le Comité d’examen n’a tenu compte du rapport Cromwell qu’en constatant qu’il confirmait les faits déjà établis au dossier.

[91] Le défendeur fait observer que le rapport Cromwell rapporte que le souvenir de M^{me} Courtney quant à sa conversation avec le juge Spiro correspond à la description faite par le juge Spiro de cette conversation dans sa correspondance au CCM, à savoir qu’il craignait que la nomination de M^{me} Azarova porte atteinte à la réputation de l’Université.

[92] Le défendeur soutient également que, contrairement à ce que les demandeurs ont affirmé, à savoir que le juge Spiro a fait plus qu’exprimer des préoccupations et qu’il savait notamment que M^{me} Courtney transmettrait l’échange de courriels au doyen, aucune preuve n’a été apportée au dossier selon laquelle le juge Spiro aurait transmis à M^{me} Courtney le courriel du professeur Steinberg.

B. Reasonableness of the Decision of the Review Panel

[93] The respondent submits that the Review Panel reasonably determined that it could not conclude that Justice Spiro's conduct "might be serious enough" to warrant his removal from office and did not justify the establishment of an Inquiry Committee. The respondent notes that the Review Panel described the threshold and the correct legal test as established in *Therrien* at paragraph 147, which is a prospective test, and applied it reasonably.

[94] The respondent submits that the CJC was alive to the issue of and impact on academic freedom. The respondent agrees that conduct interfering with academic freedom could meet the *Therrien* test in other circumstances, but Justice Spiro's conduct did not meet this test.

[95] The respondent notes that the determination whether to recommend the removal of a judge (i.e., with the first step being to constitute an Inquiry Committee) is assessed prospectively from the perspective of the public, informed of the facts. The perception of judicial bias is also assessed from the perspective of a reasonable, fair minded and informed person (*Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282 (*Yukon Francophone*), at paragraphs 20–24). The respondent submits that the Review Panel's reasons and decision reflect this approach; the Panel considered the possibility of future bias or the perception of future bias based on the facts. Accordingly, the Review Panel considered the motivations for Justice Spiro's conduct.

[96] The respondent also submits that the Review Panel reasonably rejected the suggestion of future bias based on Justice Spiro's past involvement in the Jewish community, noting the guidance of the S.C.C. in *Yukon Francophone*, at paragraph 61.

B. La raisonnablement de la décision du Comité d'examen

[93] Le défendeur soutient que le Comité d'examen a raisonnablement déterminé qu'il ne pouvait conclure que la conduite du juge Spiro « pourrait s'avérer suffisamment grave » pour entraîner sa révocation et que la constitution d'un comité d'enquête n'était pas justifiée. Le défendeur souligne que le Comité d'examen a décrit le seuil et le critère juridique adéquat, qui est un critère prospectif, comme établi dans l'arrêt *Therrien* au paragraphe 147, et l'a appliqué raisonnablement.

[94] Selon le défendeur, le CCM était conscient de la question de la liberté académique et des répercussions de la conduite sur celle-ci. Le défendeur convient qu'une conduite entravant la liberté académique pourrait répondre au critère établi dans l'arrêt *Therrien* dans d'autres circonstances, mais affirme que la conduite du juge Spiro n'a pas satisfait à ce critère.

[95] Le défendeur soulève que c'est de manière prospective, en se plaçant du point de vue du public informé des faits, qu'est évaluée l'opportunité de recommander la révocation d'un juge (la première étape de ce processus étant la constitution d'un comité d'enquête). La perception de partialité judiciaire est également évaluée du point de vue d'une personne raisonnable, impartiale et bien informée (*Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282 (*Commission scolaire francophone du Yukon*), aux paragraphes 20–24). Le défendeur soutient que les motifs et la décision du Comité d'examen reflètent cette approche; le Comité d'examen a apprécié la possibilité de partialité future ou la perception de partialité future sur la base des faits. Par conséquent, le Comité d'examen a pris en compte les motivations derrière la conduite du juge Spiro.

[96] Soulignant les enseignements de la C.S.C. dans l'arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon*, au paragraphe 61, le défendeur affirme également que le Comité d'examen a raisonnablement rejeté les allégations selon lesquelles le fait que le juge Spiro s'était, par le passé, engagé au sein de la communauté juive indiquait une partialité future.

[97] The respondent submits that, contrary to the applicants' submissions, the Review Panel drew a distinction between actively campaigning and voicing concerns, particularly in the context of assessing the potential for future bias. The respondent submits that loyalty to the U of T does not give rise to future bias concerns; the intention and motivation of the judge is relevant and was considered by the Review Panel.

[98] The respondent submits that the CJC reasonably found that Justice Spiro did not actively advocate on behalf of the CIJA to thwart Dr. Azarova's appointment. The respondent notes that nothing contradicts Justice Spiro's submission that he did not express any opinion about Dr. Azarova's scholarship and did not take any other action beyond his call with Ms. Courtney.

[99] The respondent submits that based on the record and the law, the Review Panel was entitled to consider Justice Spiro's professional background, reputation, motivation and his expression of remorse in determining that his conduct did not give rise to a reasonable apprehension or fear of future bias.

[100] The respondent further submits that the Review Panel's conclusions on the seriousness of Justice Spiro's conduct are reasonably justified on the basis of the factual record—including the circumstances surrounding his communications with Ms. Courtney, his motivations for raising concerns, and his prompt recognition of his error. The respondent submits that the Review Panel reasonably determined that Justice Spiro's relationship to the Faculty of Law was consistent with a good-faith concern for its reputation and that he had not intervened due to personal disagreement with Dr. Azarova's scholarship. Given the Review Panel's determination that Justice Spiro was not acting with the intent to prevent Dr. Azarova's appointment, the Review Panel's conclusion that Justice Spiro's conduct does not give rise to a fear of future bias that would justify the establishment of an Inquiry Committee reflects a rational chain of analysis.

[97] Le défendeur soutient que, contrairement à ce qu'avancent les demandeurs, le Comité d'examen a établi une distinction entre faire activement campagne et exprimer des préoccupations, en particulier dans le contexte de l'évaluation de la possibilité de partialité future. Le défendeur allègue que la loyauté envers l'Université ne crée pas de crainte de partialité future; l'intention et les motivations du juge sont pertinentes et ont été prises en compte par le Comité d'examen.

[98] Le défendeur prétend que le CCM a raisonnablement conclu que le juge Spiro n'avait pas activement fait campagne, pour le compte du CIJA, contre la nomination de M^{me} Azarova. Le défendeur relève que rien ne contredit l'affirmation du juge Spiro selon laquelle il n'a pas exprimé d'opinion au sujet des travaux de M^{me} Azarova, ni fait aucune autre démarche que sa conversation téléphonique avec M^{me} Courtney.

[99] Le défendeur soutient que, compte tenu du dossier et du droit, le Comité d'examen pouvait tenir compte des antécédents professionnels, de la réputation et de la motivation du juge Spiro, ainsi que des remords que ce dernier avait exprimés, pour déterminer que sa conduite n'avait pas fait naître de crainte raisonnable de partialité future.

[100] Le défendeur affirme en outre que les conclusions du Comité d'examen sur la gravité de la conduite du juge Spiro sont raisonnablement justifiées par les faits au dossier, notamment les circonstances entourant ses communications avec M^{me} Courtney, les motivations qui l'ont poussé à faire part de préoccupations et l'admission rapide de son erreur. Pour le défendeur, le Comité d'examen a raisonnablement déterminé que la relation entre le juge Spiro et la Faculté de droit concordait bien avec l'explication selon laquelle il se soucie de bonne foi de la réputation de celle-ci, et qu'il n'était pas intervenu en raison d'un désaccord personnel avec les travaux de M^{me} Azarova. Le Comité d'examen ayant déterminé que le juge Spiro n'avait pas agi dans l'intention d'empêcher la nomination de M^{me} Azarova, c'est à l'issue d'une analyse rationnelle qu'il a conclu que la conduite du juge Spiro ne faisait pas naître de crainte de partialité future qui justifierait la constitution d'un comité d'enquête.

[101] The respondent disputes that the Review Panel ignored or conflated the concerns about anti-Palestinian bias raised in the complaints. The respondent submits that the Review Panel did not fail to appreciate the distinct allegations of bias, but rather reasonably concluded that the allegation of bias was not supported.

C. Reasonableness of the Vice-Chair's Conclusion

[102] The respondent characterizes the Vice-Chair's issuance of a formal expression of concern as a significant consequence.

[103] The respondent submits that the Vice-Chair's issuance of a formal expression of concern, on the basis of Justice Spiro's conduct, his ready acknowledgment of his mistake, his further submissions, his Chief Justice's support, and the Review Panel's recommendation, was reasonable; it is consistent with the legal framework and justified on the facts.

VII. The Intervener CJC's Submissions

[104] The CJC's intervention responds to the applicants' argument that the CJC's process is not procedurally fair to complainants in general and was not procedurally fair to the complainants in this matter. The CJC submits that its process and its policies for the receipt and review of complaints are fair and were followed.

[105] The CJC generally submits that the applicants' position that complainants should be granted the same level of procedural fairness as the judge who is subject to the complaint would be a significant departure from the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, the By-laws and the Review Procedures, and the jurisprudence.

[106] The CJC notes that it is open to Parliament to change the process for the review of complaints regarding judges, including the role of a complainant, but at the present time, the role of the complainant is limited to making a complaint and being informed of the outcome.

[101] Le défendeur rejette l'argument selon lequel le Comité d'examen a ignoré les préoccupations soulevées dans les plaintes quant à des préjugés à l'encontre des Palestiniens ou a fait l'amalgame entre ces préoccupations et d'autres. Le défendeur soutient qu'il est faux de dire que le Comité d'examen n'a pas considéré les allégations distinctes de partialité; celui-ci a plutôt conclu de façon raisonnable qu'elles n'étaient pas étayées par les faits.

C. La raisonnable de la conclusion du vice-président

[102] Le défendeur considère que la décision du vice-président d'exprimer formellement des préoccupations constituait une véritable conséquence.

[103] Le défendeur soutient que, considérant la conduite du juge Spiro, l'admission immédiate de son erreur, ses observations supplémentaires, l'appui de son juge en chef et la recommandation du Comité d'examen, la décision du vice-président d'exprimer des préoccupations était raisonnable, conforme au cadre juridique et justifiée par les faits.

VII. Observations du CCM en tant qu'intervenant

[104] En qualité d'intervenant, le CCM répond à l'argument des demandeurs selon lequel son processus n'est pas équitable sur le plan procédural envers les plaignants d'une manière générale et en l'espèce en particulier. Le CCM affirme que ses procédures et politiques de réception et d'examen des plaintes sont justes et ont été appliquées.

[105] D'une manière générale, le CCM soutient que la position des demandeurs selon laquelle les plaignants devraient se voir accorder le même degré d'équité procédurale que le juge qui fait l'objet de la plainte constituerait un écart important par rapport à la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, au Règlement administratif, aux Procédures d'examen et à la jurisprudence.

[106] Le CCM note que le Parlement a le pouvoir de modifier la procédure d'examen des plaintes concernant les juges, y compris le rôle d'un plaignant, mais qu'à l'heure actuelle, le rôle du plaignant se limite à porter plainte et à être informé du résultat.

[107] The CJC suggests that the applicants' arguments are based on a flawed understanding of the complaint and review process. The CJC notes that the process is not adversarial; it is not a dispute between the complainant and the judge in question—rather, the CJC engages in an investigative process, beginning at the screening stage. The complainant's role in a disciplinary matter is as a representative and member of the public and the role of the CJC is to ensure that the profession's standards of conduct are met.

[108] The CJC argues that the applicants seek a level of procedural fairness that goes well beyond the statutory scheme; nothing in the Review Procedures or the By-laws indicates that complainants have a right to dictate investigative steps to be taken, to review every document to be considered by the CJC, to be interviewed or to make representations addressing adverse information.

[109] The CJC submits that the level of procedural fairness owed to complainants is at the lower end of the spectrum: a complainant's only legal right is to make a complaint, which triggers the investigative process. In contrast, the complaints review process directly and substantially affects the rights of the judge whose conduct has been impugned and a higher duty of fairness is owed to the judge.

[110] The CJC further submits that its Review Procedures and By-laws are procedurally fair. Together, these clearly set out the process upon receipt of a complaint, the review of the complaint, the discretion to be exercised in reviewing a complaint, the rights of the judge who is subject to the complaint, and the information to be provided to complainants.

[111] The CJC explains that it followed the appropriate procedure in responding to the complaints and the process was fair to the complainants. In accordance with the *Judges Act*, By-laws and Review Procedures, the CJC received the complaints, investigated the complaints and

[107] Le CCM avance que les arguments des demandeurs sont fondés sur une compréhension erronée de la procédure de plainte et d'examen. Le CCM note qu'il ne s'agit pas d'une procédure contradictoire; ce n'est pas un différend entre le plaignant et le juge en question, mais plutôt un processus d'enquête qui commence à l'étape de l'examen préalable. Dans une affaire disciplinaire, le plaignant agit comme représentant et membre du public, tandis que le CCM a pour rôle de veiller au respect des normes de conduite de la magistrature.

[108] Le CCM allègue que les demandeurs recherchent un niveau d'équité procédurale bien supérieur à ce que prévoient les dispositions applicables; rien dans les Procédures d'examen ni dans le Règlement administratif n'indique que les plaignants ont le droit de dicter les mesures d'enquête à prendre, de consulter tous les documents soumis à l'examen du CCM, d'être interrogés ou de présenter des observations concernant des renseignements contredisant leur position.

[109] Le CCM soutient que le niveau d'équité procédurale lui incombant envers les plaignants est minimal : le seul droit que les dispositions législatives et réglementaires accordent au plaignant est de porter plainte, ce qui déclenche le processus d'enquête. En revanche, le processus d'examen des plaintes a un effet direct et substantiel sur les droits du juge dont la conduite fait l'objet d'une plainte, et une norme plus élevée d'équité procédurale s'applique à l'endroit de celui-ci.

[110] Le CCM avance en outre que ses Procédures d'examen et son Règlement administratif sont équitables sur le plan procédural. L'ensemble de leurs dispositions établit clairement le processus à suivre à la réception d'une plainte, son examen, le pouvoir discrétionnaire qu'exerce le CCM dans l'examen d'une plainte, les droits du juge visé par la plainte et les renseignements à fournir aux plaignants.

[111] Le CCM affirme qu'il a appliqué la procédure indiquée pour répondre aux plaintes et que le processus a été équitable envers les plaignants. Conformément à la *Loi sur les juges*, au Règlement administratif et aux Procédures d'examen, le CCM a reçu les plaintes, fait

advised the complainants of the outcome of the review of the complaints. The CJC provided an overview of the relevant provisions, noting that some notifications to a complainant are mandatory and others are permissive. For example, paragraph 6(a) of the Review Procedures is permissive; the decision to seek additional information from complainants is in the discretion of the Vice-Chair.

[112] The CJC disputes that the complainants had any legitimate expectations for greater participation given the clear provisions of the Review Procedures, which do not require that information be disclosed to complainants or that they be interviewed or afforded an opportunity to make additional submissions, and which require only that the final decision be provided.

[113] The CJC submits that given its substantial expertise in matters of judicial ethics, judicial independence, and the interpretation of the *Judges Act* and the By-laws, it is entitled to some deference in its choice of procedure to review complaints.

[114] The CJC notes that the courts have held that although the CJC's Review Procedures are not binding, there is an expectation that they will be followed unless there is a reason to depart from them (*Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911, at paragraph 10).

[115] The CJC points to *Tran v. College of Physicians and Surgeons of Alberta*, 2017 ABQB 337, 22 Admin. L.R. (6th) 114 (*Tran*), at paragraphs 16–24, where the Court dealt with the judicial review of a decision of the College of Physicians and Surgeons regarding a complaint made about a doctor pursuant to Alberta's *Health Professions Act* [R.S.A. 2000, c. H-7]. While acknowledging that the underlying statute differs, the CJC submits that the Court's findings regarding the role of a complainant in a disciplinary process are analogous; there is no *lis* (legal action or dispute) between the complainant and the subject of the complaint, and a person who complains to a regulatory body has the same interest as any member of the public to ensure that members of the profession meet the standards set by the governing body.

enquête et informé les plaignants de l'issue de son examen. Le CCM a résumé les dispositions pertinentes, notant que certaines communications au plaignant sont obligatoires, alors que d'autres ne le sont pas. Par exemple, l'alinéa 6a) des Procédures d'examen permet au vice-président de demander des renseignements supplémentaires aux plaignants; la décision de le faire ou non est laissée à sa discrétion.

[112] Les dispositions claires des Procédures d'examen n'imposant pas de divulguer des informations aux plaignants, de les interroger ou de leur offrir la possibilité de formuler des observations additionnelles et exigeant uniquement que la décision finale leur soit transmise, le CCM conteste que les attentes des plaignants d'avoir droit à une plus grande participation soient légitimes.

[113] Le CCM soutient que, au regard de son expertise considérable en matière d'éthique judiciaire, d'indépendance judiciaire et d'interprétation de la *Loi sur les juges* et du Règlement administratif, il doit bénéficier d'une certaine déférence quant au choix de la procédure d'examen des plaintes.

[114] Le CCM note que les tribunaux ont statué que, même si les Procédures d'examen du CCM n'ont pas force obligatoire, on s'attend à ce qu'elles soient observées, sauf s'il existe une raison valable d'y déroger (*Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911, au paragraphe 10).

[115] Le CCM attire l'attention de notre Cour sur l'affaire *Tran v. College of Physicians and Surgeons of Alberta*, 2017 ABQB 337, 22 Admin. L.R. (6th) 114 (*Tran*), aux paragraphes 16–24, dans laquelle la Cour était saisie d'une demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Collège des médecins et chirurgiens concernant une plainte déposée à l'encontre d'un médecin en vertu de la loi albertaine intitulée *Health Profession Act* [R.S.A. 2000, ch. H-7] (Loi sur les professions de la santé). Le CCM convient que la loi invoquée n'est pas la même dans les deux affaires; toutefois, il fait valoir que les conclusions de la Cour concernant le rôle d'un plaignant dans un processus disciplinaire sont analogues : il n'y a pas de *lis* (d'action ou de litige) entre le plaignant et la personne visée par la plainte, et la personne qui dépose une plainte auprès d'un

[116] The CJC also notes that in *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81 (*Slansky*), the Federal Court of Appeal noted, at paragraphs 164–165, that the duty of procedural fairness to a complainant is at the low end of the spectrum and the limited duty of disclosure is only to inform the complainant of the disposition of the complaint.

[117] The CJC submits that the jurisprudence relied on by the applicants does not support finding that complainants are entitled to a higher degree of procedural fairness.

VIII. The Interveners CAUT and CFE’s Submissions

[118] The CFE and CAUT submit that the CJC failed to appreciate the importance of academic freedom, despite ample evidence on the record, and as a result, failed to appreciate the seriousness of Justice Spiro’s conduct. They submit that Justice Spiro’s role in receiving information and conveying it to university officials was overlooked.

[119] CFE and CAUT emphasize the importance of academic freedom to the functioning of post-secondary institutions and their role in Canadian democracy. They explain that academic freedom includes freedom from internal and external interference in academic matters, without which self-censorship or self-restraint on the part of academics could undermine the critical role of universities as institutional embodiments of free expression and thought. They note that the core rationale for academic freedom is to protect the integrity of the university.

[120] The CFE and CAUT submit that external interference played a role in the termination of Dr. Azarova’s candidacy. The interveners acknowledge that the Dean

organisme de réglementation a le même intérêt que n’importe quel membre du public à s’assurer que les membres de la profession respectent les normes établies par l’organisme de réglementation.

[116] Le CCM relève également que, dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81 (*Slansky*), la Cour d’appel fédérale a retenu, aux paragraphes 164 et 165, que le devoir d’équité envers le plaignant est plutôt faible et que le devoir de divulgation limité incombant au Conseil consiste simplement à informer le plaignant de l’issue du traitement de la plainte.

[117] Le CCM soutient que la jurisprudence invoquée par les demandeurs n’étaye pas la conclusion selon laquelle les plaignants ont droit à un degré plus élevé d’équité procédurale.

VIII. Observations de l’ACPPU et du CFE en tant qu’intervenants

[118] Le CFE et l’ACPPU soutiennent que le CCM n’a pas su mesurer l’importance de la liberté académique, malgré de nombreux éléments de preuve au dossier et, par conséquent, a mal évalué la gravité de la conduite du juge Spiro. Ils prétendent que le rôle du juge Spiro dans la réception de l’information et la communication de celle-ci à des cadres de l’Université a été sous-estimé.

[119] Le CFE et l’ACPPU soulignent l’importance que revêt la liberté académique pour le fonctionnement des établissements d’enseignement postsecondaire et leur rôle dans la démocratie canadienne. Ils expliquent que la liberté académique comprend la liberté de ne pas subir d’ingérences internes et externes dans les affaires universitaires, sans laquelle l’autocensure ou la modération de la part des universitaires pourraient compromettre le rôle essentiel des universités en tant qu’incarnation institutionnelle de la liberté d’expression et de pensée. Ils font observer que la raison d’être principale de la liberté académique est la protection de l’intégrité des universités.

[120] Le CFE et l’ACPPU affirment qu’une ingérence extérieure a influencé la décision d’annuler la nomination de M^{me} Azarova. Les intervenants reconnaissent que

cited two other reasons, but contend that the concerns about Dr. Azarova remained a factor.

[121] The CFE and CAUT argue that Justice Spiro's actions amounted to a "classic case" of outside interference, by a member of the judiciary, who brought pressure to bear in a university hiring decision, which ultimately impaired the academic freedom of both Dr. Azarova and other academics within the university through a chilling effect. The CFE and CAUT submit that such interference, unaddressed, presents serious risks to academic freedom.

[122] The CFE and CAUT submit that whether the decision under review is the series of letters sent to the complainants or the reasons of the Review Panel, the decision and reasons do not address the issue of academic freedom at all, despite that this issue was clearly raised in the complaints. The interveners add that the Vice-Chair noted the issue in the referral of the complaints to a Review Panel, but it was not further addressed.

[123] The CFE and CAUT submit that the CJC's failure to address the impact of Justice Spiro's intervention on academic freedom amounts to a fundamental gap in its reasoning. They submit that this calls into question whether the CJC was sufficiently alive to the gravity of Justice Spiro's conduct. They argue that in order to provide the proper oversight essential to public confidence in the judiciary, the CJC must ensure that reviews of judicial conduct properly appreciate the consequences of judicial interference in decision-making at public institutions.

[124] The CFE and CAUT point to the record—including the complaints, Justice Spiro's acknowledgment that he was concerned for the reputation of the University, the Vice-Chair's reference to Dr. Azarova's scholarship in his reasons to refer the complaint to the Review Panel, the memo shared by CIJA criticizing Dr. Azarova's publications and views, the Cromwell Report, and articles

le doyen a donné deux autres raisons, mais allèguent que les préoccupations soulevées à propos de M^{me} Azarova n'en restaient pas moins un facteur ayant été pris en compte dans la décision.

[121] Le CFE et l'ACPPU soutiennent que les actions du juge Spiro constituent un « cas classique » d'ingérence extérieure de la part d'un membre de la magistrature, qui a exercé des pressions pour influencer sur une décision de recrutement dans une université, portant ainsi atteinte à la liberté académique de M^{me} Azarova et d'autres universitaires de l'établissement par un effet dissuasif. Selon le CFE et l'ACPPU, une telle ingérence, si elle reste impunie, présente de graves risques pour la liberté académique.

[122] Le CFE et l'ACPPU font valoir que la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire, que l'on considère qu'il s'agit de la série de lettres envoyées aux plaignants ou des motifs du Comité d'examen, de même que les motifs de la décision ne répondent aucunement aux allégations relatives à la liberté académique, pourtant clairement énoncées dans les plaintes. Les intervenants ajoutent que le vice-président a pris note de cette problématique lorsqu'il a renvoyé les plaintes au Comité d'examen, mais que celle-ci n'a pas été étudiée plus avant.

[123] Le CFE et l'ACPPU avancent que le fait que le CCM n'ait pas traité des répercussions de l'intervention du juge Spiro sur la liberté académique constitue une lacune fondamentale dans son raisonnement. Ils soutiennent que cette lacune met en doute le fait que le CCM ait eu suffisamment conscience de la gravité de la conduite du juge Spiro. Ils font valoir que, pour assumer adéquatement sa fonction de supervision, qui est essentielle au maintien de la confiance du public en la magistrature, le CCM doit faire en sorte que les examens qu'il mène sur la conduite de juges tiennent dûment compte des effets de l'ingérence judiciaire sur la prise de décisions dans les institutions publiques.

[124] Le CFE et l'ACPPU soulignent que tous les éléments au dossier — notamment les plaintes, l'admission du juge Spiro selon laquelle il se souciait de la réputation de l'Université, la référence du vice-président aux travaux de M^{me} Azarova dans les motifs de sa décision de renvoyer la plainte au Comité d'examen, la note communiquée par le CIJA critiquant les publications et les

criticizing the Cromwell Report—as all supporting the view that Justice Spiro’s conduct impaired academic freedom.

[125] In response to the Court’s question whether the CJC is an appropriate body to inquire into academic freedom, as called for by the CFE and CAUT in order to protect the integrity of the University, the CFE and CAUT appear to agree that although the CJC would not have such expertise, it should remain concerned. They submit that the impact on academic freedom is essential context for the CJC’s review of the complaints and assessment of the seriousness of the conduct.

IX. The Intervener B’nai Brith’s Submissions

[126] B’nai Brith notes that the applicants contend that the only relevant facts are Justice Spiro’s interference in the hiring process, the complaints and the CJC’s decision. B’nai Brith agrees. However, B’nai Brith argues that the applicants’ submissions stray beyond these relevant facts and highlight Justice Spiro’s faith, involvement in the Jewish community and past advocacy for Israel in support of their allegations of bias against Palestinians, Arabs and Muslims.

[127] B’nai Brith acknowledges that the applicants did not dwell on Justice Spiro’s previous involvement in Jewish causes in their oral submissions, as they did in their written submissions.

[128] B’nai Brith submits that it is impossible to discern bias except through inferences, but that no inferences can be drawn that Justice Spiro’s support for the state of Israel raises a perception of bias against Palestinians, Arabs or Muslims. B’nai Brith argues that such an inference draws on stereotypes and runs contrary to the jurisprudence that religion and other associations are not a basis for lack of impartiality. B’nai Brith submits that a person can advocate for Israel without being biased against Palestine.

opinions de M^{me} Azarova, le rapport Cromwell et les articles critiquant le rapport Cromwell — viennent étayer la position selon laquelle la conduite du juge Spiro a porté atteinte à la liberté académique.

[125] En réponse à la question de la Cour, à savoir si le CCM est un organisme apte à enquêter sur des questions de liberté académique, comme le CFE et l’ACPPU le réclament afin de protéger l’intégrité de l’Université, ces derniers semblent estimer que, bien que le CCM n’ait pas d’expertise en la matière, il devrait se pencher sur ces questions. Ils soutiennent que les répercussions sur la liberté académique sont un élément contextuel essentiel à l’examen par le CCM des plaintes et à l’évaluation par celui-ci de la gravité de la conduite.

IX. Observations de B’nai Brith en tant qu’intervenante

[126] B’nai Brith note que les demandeurs soutiennent que les seuls faits pertinents sont l’ingérence du juge Spiro dans le processus de recrutement, les plaintes et la décision du CCM. B’nai Brith souscrit à cette position. Cependant, B’nai Brith soutient que les arguments des demandeurs s’écartent de ces faits pertinents et soulignent la foi du juge Spiro, son engagement au sein de la communauté juive et sa promotion antérieure des intérêts d’Israël pour étayer leurs allégations de partialité contre les Palestiniens, les Arabes et les musulmans.

[127] B’nai Brith admet que les demandeurs ne se sont pas appesantis sur l’engagement antérieur du juge Spiro en faveur de causes juives dans leurs observations orales, comme ils l’ont fait dans leurs observations écrites.

[128] B’nai Brith soulève qu’il est impossible de cerner une partialité, sauf par inférence; or, en l’espèce, on ne peut déduire, par inférence, que le soutien manifesté par le juge Spiro à l’État d’Israël suscite une perception de partialité contre les personnes palestiniennes, arabes ou musulmanes. B’nai Brith prétend qu’une telle déduction repose sur des stéréotypes et va à l’encontre de la jurisprudence selon laquelle la religion et les autres affiliations ne peuvent servir de base à un constat de manque d’impartialité. B’nai Brith affirme qu’une personne peut défendre Israël sans avoir de préjugé contre la Palestine.

[129] B'nai Brith submits that to the extent that the applicants continue to rely on Justice Spiro's past affiliations to support their position that the CJC failed to address the allegations of a perception of bias, this runs contrary to established principles regarding the meaning of impartiality, which recognize the value of a diverse judiciary whose members have a range of backgrounds and espouse varying views on religious, political, and social issues. B'nai Brith argues that a judge's opinion about a geopolitical conflict—and public expression of and advocacy for that position prior to appointment—cannot ground a claim that the judge is biased against individuals who do not share that opinion (*Yukon Francophone*, at paragraph 36).

X. The Context: The Statutory Provisions and Jurisprudence

[130] Public confidence in the judiciary is essential to the effectiveness and proper functioning of the justice system. As noted in *Girouard*, at paragraph 26:

The objective guarantees of judicial independence—security of tenure, financial security and administrative independence—are intended to promote public confidence in the administration of justice and to ensure the rule of law and the separation of powers. As stated by the Supreme Court in *Conférence des juges de paix magistrats*, “judicial independence belongs not to judges, but to the public” (at paragraph 33). Similarly, this Court stated the following in *Cosgrove v. Canadian Judicial Council*, 2007 FCA 103, [2007] 4 F.C.R. 714 (*Cosgrove*), at paragraph 32:

... judicial independence does not require that the conduct of judges be immune from scrutiny by the legislative and executive branches of government. On the contrary, an appropriate regime for the review of judicial conduct is essential to maintain public confidence in the judiciary: *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, 2002 SCC 11, [2002] 1 S.C.R. 249, at paragraphs 58-59. [Emphasis added.]

[129] B'nai Brith fait valoir que, dans la mesure où les demandeurs continuent d'invoquer les affiliations antérieures du juge Spiro à l'appui de leur position selon laquelle le CCM n'a pas considéré les allégations de partialité, leurs prétentions sont incompatibles avec les principes établis par la jurisprudence quant au sens du terme « impartialité », qui soulignent les mérites de la diversité au sein d'une magistrature dont les membres ont des profils variés et épousent différentes opinions sur les questions religieuses, politiques et sociales. B'nai Brith soutient que l'opinion d'un juge sur un conflit géopolitique — de même que l'expression publique et la défense de cette position avant sa nomination — ne saurait justifier l'allégation selon laquelle ce juge est partial envers les personnes qui ne partagent pas cette opinion (*Commission scolaire francophone du Yukon*, au paragraphe 36).

X. Contexte : Dispositions législatives et jurisprudence

[130] La confiance du public dans la magistrature est essentielle à l'efficacité et au bon fonctionnement du système de justice. Comme l'a indiqué la Cour au paragraphe 26 de l'arrêt *Girouard* :

Les garanties objectives qu'exige l'indépendance judiciaire, soit l'imamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative ont pour objet de donner confiance au public dans l'administration de la justice et d'assurer la primauté du droit et la séparation des pouvoirs. Comme le rappelait la Cour suprême dans l'arrêt *Conférence des juges de paix magistrats*, « l'indépendance judiciaire existe au profit, non pas des juges, mais du public » (au paragraphe 33). Dans la même veine, cette Cour écrivait dans l'arrêt *Cosgrove c. Conseil canadien de la magistrature*, 2007 CAF 103, [2007] 4 R.C.F. 714 (*Cosgrove*), au paragraphe 32 :

[...] l'indépendance judiciaire ne veut pas dire que la conduite des juges est à l'abri du droit de regard du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. Au contraire, un régime adéquat d'examen de la conduite des juges est essentiel si l'on veut préserver la confiance du public dans la magistrature : arrêt *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, 2002 CSC 11, [2002] 1 R.C.S. 249, aux paragraphes 58 et 59. [Non souligné dans l'original.]

[131] In *Therrien*, at paragraphs 110–111, the Supreme Court of Canada emphasized that judges—whose personal qualities, conduct, and image affect those of the judiciary as a whole—“must be and must give the appearance of being an example of impartiality, independence and integrity.” The Court also cited *The Canadian Legal System* (1977), where Professor G. Gall noted [at page 167] that the expectation placed on judges to be “almost superhuman in wisdom, in propriety, in decorum and in humanity” is accompanied by the judge’s “certain loss of freedom” upon appointment.

[132] The CJC’s *Ethical Principles for Judges* (2021) (Ethical Principles) provide guidance to federally appointed judges in the exercise of their duties and explain these fundamental concepts. Impartiality means that judges approach each case with an open mind, without prejudice or bias, actual or perceived: *Yukon Francophone*, at paragraphs 22–24, citing *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at page 685, 1985 CanLII 25 (*Valente*), and *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, 1997 CanLII 324, at paragraph 49. This requires judges to avoid conduct that may give rise to a reasonable perception of bias, including, for instance, publicly expressing support for particular positions or viewpoints, especially on matters of public controversy: Ethical Principles, at pages 40 and 42–43. Independence means that judges carry out their judicial functions without external interference or influence: *Valente*, at pages 685–686; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56, at pages 69–70, 1986 CanLII 24; Ethical Principles, at pages 13–15. Judges are advised to “avoid all communications with anyone external to a case that might raise reasonable concerns about judicial independence” and to “firmly reject improper attempts to influence their decisions”: Ethical Principles, at page 15. Integrity requires judges to act both inside and outside the courtroom in a manner that is above reproach in the eyes of reasonable and informed persons. This includes avoiding abuse or improper use of judicial authority or status, including in service of private interests: Ethical Principles, at page 18.

[131] Dans l’arrêt *Therrien*, aux paragraphes 110 et 111, la Cour suprême du Canada a souligné que les juges — dont les qualités personnelles, la conduite et l’image qu’ils projettent sont tributaires de celles de l’ensemble du système judiciaire — devront « être et donner l’apparence d’être un exemple d’impartialité, d’indépendance et d’intégrité ». La Cour a également cité l’ouvrage *The Canadian Legal System* (1977), dans lequel le professeur G. Gall écrit [à la page 167] que la population attend des juges qu’ils « [TRADUCTION] ... fassent preuve d’une sagesse, d’une rectitude, d’une dignité et d’une sensibilité quasi surhumaines », ce qui entraîne une « certaine perte de liberté » pour la personne qui accepte une nomination à un poste de juge.

[132] Publiés par le CCM, les *Principes de déontologie judiciaire* (2021) (les Principes de déontologie) offrent des conseils d’ordre déontologique aux juges de nomination fédérale et expliquent ces notions fondamentales. L’obligation d’impartialité signifie que les juges doivent aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert : *Commission scolaire francophone du Yukon*, aux paragraphes 22–24, citant *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, à la page 685, 1985 CanLII 25 (*Valente*), et *R. c. S. (R. D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, 1997 CanLII 324, au paragraphe 9. Cela suppose que les juges évitent toute conduite susceptible de donner lieu à une perception raisonnable de partialité, y compris, par exemple, en exprimant publiquement leur appui à des positions ou des points de vue donnés, en particulier sur des questions sujettes à controverse publique : Principes de déontologie, aux pages 40 et 42–43. L’indépendance signifie que les juges exercent leurs fonctions judiciaires libres de toute intervention ou influence extérieure : *Valente*, aux pages 685–686; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56, aux pages 69–70, 1986 CanLII 24; Principes de déontologie, aux pages 13–15. Il est enjoint aux juges d’« éviter toute communication – avec quiconque est étranger à l’affaire dont ils sont saisis – qui pourrait soulever des craintes raisonnables en ce qui concerne l’indépendance de la magistrature » et de « fermement repousser toute tentative inappropriée d’influencer leurs décisions » : Principes de déontologie, à la page 15. Faire preuve d’intégrité suppose pour les juges d’adopter, tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de la salle d’audience, une conduite irréprochable aux yeux

[133] The CJC is responsible for overseeing the conduct of federally appointed judges; the CJC both educates judges regarding their ethical duties and investigates complaints of misconduct. As explained below, based on the investigation of a complaint, the CJC may recommend various measures to restore public confidence where necessary, including recommending the removal of the judge in the most serious instances.

[134] The jurisprudence and Ethical Principles reflect the very high standard of conduct imposed on and expected of judges. However, not all deviations from the Ethical Principles will result in the most severe sanction that could be imposed by the CJC, which is a recommendation that the judge be removed from office.

[135] The CJC's Review Procedures and the By-laws govern how complaints are processed and reviewed. The Executive Director of the CJC conducts a preliminary screening of each complaint to determine whether it warrants consideration—i.e., whether it involves judicial conduct and is not trivial, vexatious, or manifestly without substance (Review Procedures, sections 4.1 and 5). The Executive Director forwards all complaints that warrant consideration to the Chair or Vice-Chair of the Judicial Conduct Committee, who conducts a further screening (Review Procedures, section 4.3). The Chair or Vice-Chair may seek additional information from the complainant, as well as comments from the judge and the judge's chief justice (Review Procedures, sections 6 and 8). If the Chair or Vice-Chair determines that a complaint on its face might be serious enough to warrant the removal of the judge, the Vice-Chair may refer the complaint to a Review Panel for further examination (By-laws, subsection 2(1); Review Procedures, paragraph 8.2(d)).

[136] Where the Review Panel conducts a further examination and determines that an Inquiry Committee is not

d'une personne raisonnable et bien renseignée. Il s'agit notamment d'éviter tout abus ou utilisation abusive de leur autorité ou de leur statut de juge, notamment au profit d'un intérêt privé : Principes de déontologie, à la page 18.

[133] Ayant la responsabilité de surveiller la conduite des juges de nomination fédérale, le CCM instruit les juges sur leurs devoirs déontologiques et enquête sur les plaintes pour inconduite. Comme expliqué plus bas, le CCM peut, sur la base des résultats de l'enquête menée sur une plainte, recommander diverses mesures visant à rétablir la confiance du public au besoin, y compris la révocation du juge dans les cas les plus graves.

[134] La jurisprudence et les Principes de déontologie sont le reflet des normes de conduite très élevées qui sont imposées aux juges et qu'ils sont attendus d'observer. Cependant, tout écart à ces principes de déontologie n'appellera pas nécessairement la sanction la plus sévère que le CCM a le pouvoir d'imposer, à savoir la recommandation que le juge soit révoqué.

[135] Les Procédures d'examen et le Règlement administratif du CCM régissent le traitement et l'examen des plaintes. La personne occupant le poste de directeur exécutif du CCM procède à l'examen préalable de chaque plainte pour déterminer si celle-ci justifie un examen, c'est-à-dire si elle vise la conduite d'un juge et si elle n'est pas futile, vexatoire ou manifestement sans fondement (Procédures d'examen, articles 4.1 et 5). Le directeur exécutif défère toutes les plaintes qui justifient un examen au président ou au vice-président du comité sur la conduite des juges, qui procède à un examen additionnel (Procédures d'examen, article 4.3). Le président ou le vice-président peut demander des informations additionnelles au plaignant, ainsi que des observations au juge et au juge en chef (Procédures d'examen, articles 6 et 8). Le président ou le vice-président peut, s'il décide qu'à première vue une plainte pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier la révocation du juge, déférer la plainte à un comité d'examen pour une analyse plus approfondie (Règlement administratif, paragraphe 2(1); Procédures d'examen, l'alinéa 8.2d).

[136] Si, à l'issue d'un examen plus approfondi, le comité d'examen décide que la conduite ne justifie pas la

warranted, it advises the Chair or Vice-Chair who will resolve it in the manner they deem appropriate (By-laws, subsection 2(5)). The Chair or Vice-Chair may hold the matter in abeyance pending the pursuit of remedial measures, such as training or counselling, or may dismiss the complaint if they conclude no further measures need be taken (Review Procedures, section 8.2).

[137] Where the Review Panel determines that the conduct might be serious enough to warrant the removal of the judge, it may constitute an Inquiry Committee to further investigate the allegations and prepare a report setting out its conclusions about whether or not to recommend the judge's removal (By-laws, subsections 2(4), 8(1)). Upon conclusion of any Inquiry, the CJC provides a final report to the Minister of Justice and may recommend the judge's removal (*Judges Act*, section 65).

[138] The test for recommending the removal of a judge is set out in subsection 65(2) of the *Judges Act* and is guided by the jurisprudence. The *Judges Act* provides:

65 ...

Recommendation to Minister

(2) Where, in the opinion of the Council, the judge in respect of whom an inquiry or investigation has been made has become incapacitated or disabled from the due execution of the office of judge by reason of

- (a) age or infirmity,
- (b) having been guilty of misconduct,
- (c) having failed in the due execution of that office, or
- (d) having been placed, by his or her conduct or otherwise, in a position incompatible with the due execution of that office,

the Council, in its report to the Minister under subsection (1), may recommend that the judge be removed from office.

constitution d'un comité d'enquête, il en avise le président ou le vice-président, qui décidera de la manière la plus appropriée de régler l'affaire (Règlement administratif, paragraphe 2(5)). Le président ou le vice-président peut mettre l'affaire en suspens pendant l'application de mesures correctives, comme une formation ou des consultations, ou rejeter l'affaire s'il en vient à la conclusion qu'il n'est pas nécessaire de prendre d'autres mesures (Procédures d'examen, article 8.2).

[137] S'il détermine que la conduite pourrait s'avérer suffisamment grave pour justifier la révocation du juge, le comité d'examen peut décider de constituer un comité d'enquête chargé d'enquêter davantage sur les allégations et d'établir un rapport dans lequel il consigne ses conclusions sur l'opportunité de recommander la révocation du juge (Règlement administratif, paragraphes 2(4) et 8(1)). À l'issue de l'enquête, le CCM présente au ministre de la Justice un rapport final et peut recommander la révocation du juge (*Loi sur les juges*, article 65).

[138] Le critère de recommandation de la révocation d'un juge est énoncé au paragraphe 65(2) de la *Loi sur les juges* et est interprété dans la jurisprudence. La *Loi sur les juges* est libellée ainsi :

65 [...]

Recommandation au ministre

(2) Le Conseil peut, dans son rapport, recommander la révocation s'il est d'avis que le juge en cause est inapte à remplir utilement ses fonctions pour l'un ou l'autre des motifs suivants :

- a) âge ou invalidité;
- b) manquement à l'honneur et à la dignité;
- c) manquement aux devoirs de sa charge;
- d) situation d'incompatibilité, qu'elle soit imputable au juge ou à toute autre cause.

[139] In *Therrien*, the Supreme Court established the test that guides whether to recommend that a judge be removed, noting at paragraph 147, “[T]he question to be asked is whether the conduct for which [the judge] is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of [their] office.”

[140] The Review Procedures and By-laws provide that notice may be given to the complainant at certain stages of the review process and must be given at other stages. Section 12.5 of the Review Procedures states that the Executive Director may inform the complainant when the matter is referred to a Review Panel. The Executive Director must inform the complainant if the Review Panel determines that an Inquiry Committee should be established (By-laws, subsection 2(6)). The Executive Director must inform the complainant if the complaint is dismissed or concluded by the Chair or Vice-Chair, and must indicate the basis on which the matter was dismissed or concluded (Review Procedures, section 12.1). The CJC is not required to send a copy of the Review Panel’s reasons to the complainant.

XI. The Decision Is Reasonable

A. *Preliminary Issue—What Is the Decision?*

[141] Several of the applicants’ arguments in support of their position that the decision is not reasonable are based on their characterization of the letters from the Executive Director to the complainants as constituting the decision and reasons. However, despite this characterization, the applicants argue that the “decision” of the Review Panel—that an Inquiry Committee is not justified—is not reasonable, and that the “decision” of the Vice-Chair—to issue only an expression of concern—is not reasonable. In their Notice of Application, the applicants sought various relief against these “decisions.”

[139] Dans l’arrêt *Therrien*, la Cour suprême a établi le critère devant guider la décision de recommander ou non la révocation d’un juge, écrivant, au paragraphe 147, « [il faut] se demander si la conduite qui [...] est reprochée [au juge] porte si manifestement et si totalement atteinte à l’impartialité, à l’intégrité et à l’indépendance de la magistrature qu’elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s’acquitter des fonctions de sa charge ».

[140] Les Procédures d’examen et le Règlement administratif prévoient qu’un avis peut être donné au plaignant à certaines étapes du processus d’examen et doit l’être à d’autres. L’article 12.5 des Procédures d’examen dispose que le directeur exécutif peut informer le plaignant lorsque l’affaire est déférée à un comité d’examen. Le directeur exécutif doit informer le plaignant si le comité d’examen décide qu’un comité d’enquête doit être constitué (Règlement administratif, paragraphe 2(6)). Le directeur exécutif doit informer le plaignant lorsque le président ou le vice-président rejette une plainte ou met fin à une affaire et doit indiquer le fondement de cette décision (Procédures d’examen, article 12.1). Le CCM n’est pas tenu d’envoyer une copie des motifs du Comité d’examen au plaignant.

XI. La décision est raisonnable

A. *Question préliminaire : quelle est la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire?*

[141] Plusieurs des arguments des demandeurs à l’appui de leur position selon laquelle la décision n’est pas raisonnable sont fondés sur le fait qu’ils considèrent les lettres que la directrice exécutive a adressées aux plaignants comme constituant la décision et les motifs. Cependant, malgré cette interprétation, les demandeurs soutiennent que la « décision » du Comité d’examen — selon laquelle la constitution d’un comité d’enquête n’est pas justifiée — n’est pas raisonnable, et que la « décision » du vice-président — qui a choisi de ne prendre aucune autre mesure qu’une expression de préoccupation — n’est pas raisonnable. Dans leur avis de requête, les demandeurs ont sollicité diverses mesures à l’encontre de ces « décisions ».

[142] The applicants' submission that the only basis they had for filing their Notice of Application were the letters from the Executive Director, and hence the letters must be the decision, overlooks that this is typical of many decisions of boards or tribunals where the decision is communicated by letter and the more extensive reasons are conveyed once the CTR is provided—as occurred in this case.

[143] The Executive Director must inform a complainant if the complaint is dismissed or concluded and set out the basis for the conclusion (section 12.1 of the Review Procedures). This is exactly what the Executive Director did. The Executive Director's May 20, 2021, letters to the complainants provided a summary of the findings and the outcome and stated that the Vice-Chair had "instructed" her to close the complaints.

[144] The CJC also posted a news release on May 21, 2021, conveying the same information as set out in the letters to the complainants.

[145] Moreover, the applicants were not thwarted in any way in pursuing their application for judicial review. They filed a notice of application, received the CTR and set out their arguments in their memorandum of fact and law with the benefit of their review of the CTR.

[146] The decision for the purpose of this application for judicial review is the decision of the CJC's Judicial Conduct Committee—in other words, the end result with respect to the complaints against Justice Spiro, as informed by the Report of the Review Panel and the reasons set out in the letter of the Vice-Chair for issuing an expression of concern and closing the complaints. Regardless of whether judicial review is sought by those who made the complaint (in this case, the applicants) or by the judge who is subject to the complaint (which would have been Justice Spiro, had he pursued judicial review) it is the same decision at issue.

[147] The reasons of the CJC for the overall decision include the reasons set out in the Report of the Review

[142] L'argument des demandeurs selon lequel les seuls documents en leur possession sur lesquels ils pouvaient fonder leur avis de requête étaient les lettres de la directrice exécutive, de sorte que les lettres devaient constituer la décision, fait abstraction du fait que cette situation est typique de nombreuses décisions de commissions ou de tribunaux administratifs, qui sont communiquées par lettre; une version plus exhaustive des motifs est transmise par la suite, une fois le DCT fourni. C'est ce qui s'est produit en l'espèce.

[143] Le directeur exécutif doit informer le plaignant par lettre lorsque le président rejette une plainte ou met fin à une affaire et indique le fondement de cette décision (Procédures d'examen, article 12.1). C'est exactement ce que la directrice exécutive a fait. Dans les lettres qu'elle a adressées aux plaignants le 20 mai 2021, la directrice exécutive a résumé les conclusions et l'issue de l'affaire et indiqué que le vice-président lui avait « donné instruction » de clore le dossier.

[144] Le CCM a également publié un communiqué de presse le 21 mai 2021, contenant les mêmes renseignements que ceux qui figurent dans les lettres aux plaignants.

[145] De plus, les demandeurs n'ont pas été contrariés dans leurs démarches visant à déposer une demande de contrôle judiciaire. Ils ont déposé un avis de demande, reçu le DCT et exposé leurs arguments dans leur mémoire des faits et du droit après avoir pu examiner le DCT.

[146] La décision aux fins de la présente demande de contrôle judiciaire est la décision rendue par le comité sur la conduite des juges du CCM, c'est-à-dire l'issue des plaintes contre le juge Spiro, à la lumière du rapport du Comité d'examen et des motifs énoncés dans la lettre du vice-président à l'appui de sa décision d'exprimer des préoccupations et de clore le dossier. Que la demande de contrôle judiciaire émane des plaignants (en l'espèce, les demandeurs) ou du juge qui a fait l'objet de la plainte (en l'espèce, le juge Spiro, s'il avait décidé de demander un contrôle judiciaire), la décision qui fait l'objet de la demande est la même.

[147] Les motifs de la décision du CCM dans son ensemble comprennent les motifs figurant au rapport du

Panel and the reasons of the Vice-Chair of the Judicial Conduct Committee. The Court considers whether the decision is reasonable “taking into account both the outcome of the decision and the reasoning process that led to that outcome” (*Girouard*, at paragraph 42) and with regard to the record before the CJC (*Portnov*, at paragraph 33).

B. The Decision and The Reasoning Process are Reasonable

(1) Summary

[148] In *Vavilov*, at paragraph 101, the Supreme Court of Canada identified two types of fundamental flaws that will render a decision unreasonable: “The first is a failure of rationality internal to the reasoning process. The second arises when a decision is in some respect untenable in light of the relevant factual and legal constraints that bear on it.” Although the applicants assert both flaws, I have not found that there are any fundamental flaws in the decision that are “sufficiently central or significant” (*Vavilov*, at paragraph 100).

[149] Contrary to the applicants’ submission that the Review Panel failed to appreciate that two distinct issues were raised in the complaints, the Review Panel clearly identified the distinction and addressed both. The Review Panel referred to “two aspects” of the complaints: first, the allegation that it is serious misconduct for a judge to actively join with campaigners to prevent an appointment of a person with interests at variance with those of the campaigners; and second, the allegation that, to the extent that joining such a campaign reflects on the personal beliefs of the judge, it encourages the view that the judge could not exercise their judicial duties free from the bias that such personal views suggest.

[150] As further explained below, I find that the CJC’s overall decision is reasonable, as is the reasoning process. The applicants challenge both the Review Panel’s

Comité d’examen et les motifs énoncés par le vice-président du comité sur la conduite des juges. La Cour doit établir si la décision est raisonnable « en tenant compte tant du résultat de la décision que du raisonnement à l’origine de ce résultat » (*Girouard*, au paragraphe 42) et au regard du dossier dont disposait le CCM (*Portnov*, au paragraphe 33).

B. La décision et le raisonnement sont raisonnables

1) Résumé

[148] Au paragraphe 101 de l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a recensé deux catégories de lacunes fondamentales qui rendent une décision déraisonnable : « La première est le manque de logique interne du raisonnement. La seconde se présente dans le cas d’une décision indéfendable sous certains rapports compte tenu des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur la décision. » Bien que les demandeurs affirment que ces deux lacunes sont présentes en l’espèce, je n’ai constaté l’existence d’aucune lacune fondamentale dans la décision qui soit « suffisamment capitale ou importante » (*Vavilov*, au paragraphe 100) pour rendre cette dernière déraisonnable.

[149] Contrairement à l’argument des demandeurs selon lequel le Comité d’examen n’a pas compris que les plaintes soulevaient deux questions distinctes, le Comité d’examen a clairement établi la distinction entre les deux questions et a traité l’une et l’autre. Le Comité d’examen a fait référence aux « deux volets » des plaintes : premièrement, l’allégation selon laquelle se joindre activement à des militants pour empêcher la nomination d’une personne qui défend des intérêts divergents de ceux des militants constitue une inconduite grave de la part d’un juge; deuxièmement, l’allégation selon laquelle, dans la mesure où le fait de participer à une telle campagne reflète les croyances personnelles du juge, cette participation incite à croire que le juge ne pourrait pas, dans l’exercice de sa fonction judiciaire, se libérer du parti pris que supposent ces opinions personnelles.

[150] Comme je l’explique plus loin, je conclus que la décision du CCM dans son ensemble est raisonnable, tout comme l’est son raisonnement. Les demandeurs

determination that the establishment of an Inquiry Committee was not warranted and the Vice-Chair's conclusion to issue a formal expression of concern and close the complaints. Both the Review Panel's and the Vice-Chair's reasons are clear and justified by the facts. As explained below, the reasons show a rational chain of analysis leading to the ultimate conclusion. In brief, the Review Panel considered the two aspects of the complaints; the Review Panel considered the evidence before it, identified the correct legal test and reasonably applied it; the Review Panel then determined that although the conduct was serious, it was not so serious as to meet the standard to recommend the removal of Justice Spiro and therefore no Inquiry Committee would be constituted. The Vice-Chair's reasons also show a rational chain of analysis. The Vice-Chair considered the conduct, the complainants' allegations of a perception of bias and the concerns that such a perception raised, but in consideration of several factors, including Justice Spiro's early acknowledgment of his conduct, his expression of remorse and the support of his Chief Justice, reasonably chose to issue a formal expression of concern and close the complaints.

[151] I also find, as further explained below, that the overall decision is justified on the facts and the law. While the applicants and CFE/CAUT stress that the seriousness of this conduct should have resulted in a different outcome, their submissions amount to a request to the Court to reweigh the evidence, which is not the role of the Court. As noted, the Review Panel identified and applied the governing legal tests with respect to the recommendation whether to remove a judge and the assessment of a reasonable apprehension of bias, considered the evidence, noting that the complaints were, at least in part, based on misinformation in media accounts, which was not the same information provided to the Review Panel. The Vice-Chair has discretion with respect to the nature of any remedial measures imposed, and exercised this discretion reasonably. The issuance of an expression of concern is a sanction, contrary to the applicants' suggestion that the complaints were closed with nothing more.

contestent à la fois la décision du Comité d'examen, selon laquelle la constitution d'un comité d'enquête n'était pas justifiée, et la conclusion du vice-président, selon laquelle il convenait d'exprimer formellement des préoccupations et de clore le dossier. Les motifs du Comité d'examen et ceux du vice-président sont clairs et justifiés par les faits. Comme je l'explique plus loin, ces motifs présentent une analyse rationnelle menant à la conclusion finale. En résumé, le Comité d'examen s'est penché sur les deux volets des plaintes. Il a analysé les éléments de preuve dont il était saisi, a cerné le critère juridique pertinent et l'a raisonnablement appliqué. Il a ensuite conclu que, bien que la conduite était grave, elle n'était pas d'une gravité de nature à satisfaire au critère de recommandation de la révocation d'un juge, en l'espèce le juge Spiro, et a donc statué qu'un comité d'enquête ne serait pas constitué. Les motifs invoqués par le vice-président montrent également une analyse rationnelle. Le vice-président a examiné la conduite, les allégations des plaignants quant à une perception de partialité et les conséquences néfastes d'une telle perception. Toutefois, compte tenu de plusieurs facteurs, dont l'admission rapide par le juge Spiro de sa conduite, les remords que ce dernier a exprimés et l'appui de son juge en chef, le vice-président a raisonnablement opté pour une expression formelle de préoccupations et la clôture des plaintes.

[151] Je conclus également, comme je l'explique plus loin, que la décision dans son ensemble est justifiée en fait et en droit. Bien que les demandeurs, le CFE et l'ACPPU soulignent que la gravité de cette conduite aurait dû aboutir à un résultat différent, leurs arguments reviennent à demander à la Cour d'apprécier à nouveau la preuve, ce qui n'est pas le rôle de notre Cour. Comme je le mentionne plus haut, le Comité d'examen a cerné et appliqué les critères juridiques permettant d'apprécier l'opportunité de recommander la révocation d'un juge et l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, analysé la preuve et souligné à cet égard que les plaintes étaient, du moins en partie, fondées sur des informations erronées diffusées par les médias, lesquelles étaient différentes des informations fournies au Comité d'examen. Le vice-président jouit d'un pouvoir discrétionnaire quant à la nature des mesures correctives qu'il convient d'imposer et il l'a exercé de manière raisonnable. L'expression de préoccupations est une sanction, contrairement à

[152] As noted above, judges are bound to observe the *Ethical Principles for Judges* and the CJC's role includes educating judges about those principles and ensuring, through the investigation of complaints about judicial conduct, that the principles are upheld. However, not every complaint that calls into question a judge's adherence to the Ethical Principles will result in the most severe sanction. The Review Panel found that the conduct was not as initially reported and although the Review Panel still characterized this as a "serious mistake," the CJC reasonably concluded that an expression of concern was the appropriate outcome.

(2) The CJC's decision does not lack internal coherence and a rational chain of analysis

(a) *The Review Panel did not fail to articulate a legal test or standard against which to determine whether the conduct was serious enough to warrant constituting an Inquiry Committee*

[153] Contrary to the applicants' submissions, the Review Panel identified the tests and made the distinction between the role of the Vice-Chair and its own role. Each fulfilled their respective roles based on the appropriate legal test and the information before them.

[154] In its consideration of the conduct at issue, the Review Panel cited and applied the test in *Therrien*, at paragraph 147, which asks:

... whether the conduct for which [the judge] is blamed is so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that the confidence of individuals appearing before the judge, or of the public in its justice system, would be undermined, rendering the judge incapable of performing the duties of [their] office.

[155] The Review Panel noted that its task was to determine whether an Inquiry Committee should be constituted

l'affirmation des demandeurs selon laquelle les plaintes ont été classées sans autre mesure.

[152] Comme je l'ai mentionné plus haut, les juges sont tenus d'observer les Principes de déontologie. Le rôle du CCM consiste notamment à sensibiliser les juges à ces principes et à veiller à leur respect, en enquêtant sur les plaintes relatives à la conduite de juges. Cependant, toutes les plaintes qui mettent en question le respect par un juge des Principes de déontologie n'entraînent pas nécessairement l'imposition de la sanction la plus sévère. Le Comité d'examen a conclu que la conduite était différente de ce qui avait été initialement rapporté et, bien qu'il qualifie encore cette conduite d'« erreur grave », le CCM a raisonnablement conclu qu'une expression de préoccupation était la mesure la plus indiquée.

2) La décision du CCM est fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle

a) *Le Comité d'examen n'a pas manqué d'énoncer un critère ou une norme juridique applicable afin de déterminer si la conduite était suffisamment grave pour justifier la constitution d'un comité d'enquête.*

[153] Contrairement à ce qu'avancent les demandeurs, le Comité d'examen a énoncé les critères applicables et fait la distinction entre le rôle du vice-président et son propre rôle. Chacun d'eux a rempli son rôle respectif en appliquant le bon critère juridique et en fonction des informations dont il disposait.

[154] Dans son examen de la conduite en cause, le Comité d'examen a cité et appliqué le critère énoncé dans l'arrêt *Therrien*, au paragraphe 147, qui consiste à déterminer :

... si la conduite qui [...] est reprochée [au juge] porte si manifestement et si totalement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature qu'elle ébranle la confiance du justiciable ou du public en son système de justice et rend le juge incapable de s'acquitter des fonctions de sa charge.

[155] Le Comité d'examen a indiqué que sa mission consistait à déterminer s'il convenait de constituer un

to inquire into Justice Spiro’s conduct. In accordance with subsection 2(4) of the By-laws, the Review Panel may do so “only if it determines that the matter might be serious enough to warrant the removal of the judge.” The Review Panel acknowledged that the “might be serious enough” threshold is undefined, but falls somewhere between a probability of “slim to none” and a “balance of probabilities.”

[156] In other words, the Review Panel is required to determine whether there is some (even slim) chance that an Inquiry Committee would find the judge’s conduct so manifestly and totally contrary to the impartiality, integrity and independence of the judiciary that public confidence would be irreparably undermined. The Review Panel noted that this distinction in role suggests that it conducts a more searching inquiry than the Vice-Chair. Its Report reveals that it did conduct a more searching inquiry.

[157] The Review Panel also cited the *Therrien* test and subsection 2(4) of the By-laws in concluding that while Justice Spiro made a serious mistake, he had not committed misconduct justifying the constitution of an Inquiry Committee.

(b) *The Review Panel addressed the distinction between voicing concern and lobbying or advocacy*

[158] As noted above, the applicants submit that the CJC made an incomprehensible distinction between advocacy and concern and failed to address the fundamental complaint that Justice Spiro acquiesced to the request of a lobby group, which shows that he continued to be involved in that lobby group.

[159] The Review Panel noted the distinction between advocacy and voicing concern. The Review Panel

comité d’enquête chargé de se pencher sur la conduite du juge Spiro. Conformément au paragraphe 2(4) du Règlement administratif, le Comité d’examen ne peut exercer ce pouvoir que « s’il conclut que l’affaire pourrait s’avérer suffisamment grave pour justifier la révocation du juge ». Le Comité d’examen a estimé que le seuil correspondant à une conduite qui « pourrait s’avérer suffisamment grave » n’était pas défini, mais qu’il se situait quelque part entre une probabilité « mince à nulle » et la « prépondérance des probabilités ».

[156] Autrement dit, le Comité d’examen doit déterminer s’il y a des chances (même minces) qu’un comité d’enquête conclue que la conduite du juge porte si manifestement et totalement atteinte à l’impartialité, à l’intégrité et à l’indépendance de la magistrature qu’elle ébranle irrémédiablement la confiance du public en la magistrature. Le Comité d’examen a relevé que la distinction établie entre son rôle et celui du vice-président supposait qu’il mène une enquête plus approfondie que le vice-président. Son rapport révèle qu’il a effectivement procédé à une enquête plus approfondie.

[157] Le Comité d’examen s’est également explicitement référé au critère énoncé dans l’arrêt *Therrien* et au paragraphe 2(4) du Règlement administratif pour conclure que, bien que le juge Spiro ait fait une erreur grave, il n’avait pas commis d’inconduite justifiant la constitution d’un comité d’enquête.

b) *Le Comité d’examen s’est penché sur la distinction entre le fait d’exprimer des préoccupations et des actes de lobbyisme ou la promotion de certains intérêts.*

[158] Comme je l’ai mentionné plus haut, les demandeurs soutiennent que le CCM a fait une distinction inexplicable entre la promotion de certains intérêts et l’expression de préoccupations et qu’il n’a pas répondu à l’allégation au cœur des plaintes selon laquelle le juge Spiro avait acquiescé à la demande d’un groupe de pression, prouvant ainsi qu’il continuait de s’engager auprès de ce groupe.

[159] Le Comité d’examen a pris note de la distinction entre des activités de lobbyisme et l’expression de

acknowledged that voicing concern was not necessarily acceptable; rather, it depends on the facts. The Review Panel stated [at paragraph 37]:

We consider this distinction between giving voice to a concern that a pending appointment might cause adverse publicity for the faculty, and active lobbying against the appointment based on a personal disapproval of the candidate, is of some importance. The former characterization suggests loyalty to the faculty and love of the institution as a motivation, the latter rather goes beyond that and suggests one immersing oneself in the political, social and cultural controversy. In drawing the distinction, we do not mean to suggest that while the latter characterization would clearly not be acceptable conduct, the former is.

[160] I find that the Review Panel reasonably found that Justice Spiro's conduct did not go so far as to advocate on behalf of the CIJA against the appointment of Dr. Azarova, but rather that he voiced his concerns as an alumnus and donor to the U of T. The Review Panel explained its finding that Justice Spiro's conduct reflected his expression of concern that the appointment might subject the Faculty of Law to adverse criticism and publicity based on the Review Panel's assessment of the evidence before it. The Review Panel cited the Cromwell Report as confirmatory, but based its finding on the evidence on its own record.

[161] The Review Panel noted [at paragraph 43] the Cromwell Report's finding that Ms. Courtney's account of her conversation with Justice Spiro was the same as Justice Spiro's account and its conclusion that no inference could be drawn that Justice Spiro's inquiry had "factored into the decision to terminate the Preferred Candidate's candidacy".

[162] The Review Panel noted that it had avoided reviewing the Cromwell Report and the media articles about that report until it was tendered by counsel for Justice Spiro.

préoccupations. Le Comité d'examen est conscient qu'il n'est pas toujours acceptable d'exprimer des préoccupations; cela dépend des faits de l'espèce. Le Comité d'examen a écrit [au paragraphe 37] :

Nous considérons qu'il est assez important de faire la distinction entre le fait d'exprimer sa préoccupation qu'une nomination imminente pourrait engendrer de la mauvaise publicité pour la Faculté de droit et le fait d'exercer activement des pressions contre la nomination en raison de sa désapprobation personnelle de la candidate. Le premier cas nous donne à penser que la loyauté de la personne envers la Faculté et son amour de l'institution sont une motivation, tandis que le deuxième dépasse cette motivation et donne à penser que la personne se mêle à une controverse politique, sociale et culturelle. En établissant cette distinction, nous ne voulons pas laisser entendre que, bien qu'il soit clair que le deuxième cas n'est pas une conduite acceptable, le premier cas le serait.

[160] J'estime que le Comité d'examen a raisonnablement conclu que par sa conduite, le juge Spiro n'est pas allé jusqu'à faire campagne contre la nomination de M^{me} Azarova pour le compte du CIJA, mais qu'il a plutôt exprimé ses préoccupations en tant que diplômé et donateur de l'Université. Le Comité d'examen a expliqué la conclusion à laquelle il est parvenu sur la base de son analyse de la preuve qui lui a été soumise, selon laquelle la conduite du juge Spiro était l'expression de sa crainte que la nomination puisse exposer la Faculté de droit à des critiques et à une mauvaise publicité. Le Comité d'examen a fait mention du rapport Cromwell comme d'un document confirmant ses conclusions, mais il a tiré ses propres conclusions des éléments de preuve au dossier dont il était saisi.

[161] Le Comité d'examen a pris note [au paragraphe 43] de la conclusion du rapport Cromwell selon laquelle la description faite par M^{me} Courtney de sa conversation avec le juge Spiro correspondait à celle donnée par le juge Spiro, ainsi que de sa conclusion selon laquelle on ne pouvait inférer que l'intervention du juge Spiro « avait influencé la décision d'annuler la nomination de la candidate pressentie ».

[162] Le Comité d'examen a précisé qu'il s'était abstenu de consulter le rapport Cromwell et les articles des médias sur ce rapport jusqu'à leur production au dossier par l'avocat du juge Spiro.

[163] The Review Panel pointed to the chronology of events and the accounts of Justice Spiro and Ms. Courtney in finding that Justice Spiro's conduct was not motivated by his disagreement with Dr. Azarova's scholarship but by his concern as an active alumnus for the reputation of the U of T. The Review Panel found that the facts on the record were not consistent with the complainants' account or characterization that Justice Spiro intervened because of his personal disagreement with Dr. Azarova's views and scholarship.

[164] The Review Panel noted that Justice Spiro did not approach the Dean of the Faculty of Law, and had declined to do so. The Review Panel also considered that, although Justice Spiro shared the memo from Professor Steinberg with Professor Weinrib, Professor Weinrib did nothing with this information. Ms. Courtney relayed information from Justice Spiro to the Dean and later advised Justice Spiro that the appointment had not been finalized; the Review Panel found, however, that Justice Spiro did not initiate his call with Ms. Courtney for this purpose and once Ms. Courtney advised him that the appointment had not been finalized, Justice Spiro did not take any other action. All of these findings are reasonable based on the Review Panel's assessment of the evidence before it.

(c) *The CJC's decision does not fail to address the allegations of a perception of bias and its impact on the administration of justice*

[165] The Review Panel and Vice-Chair did not err by failing to specifically address the allegation of anti-Palestinian bias, and did not conflate anti-Palestinian racism with anti-Muslim and anti-Arab racism. Based on its assessment of the evidence and the jurisprudence that establishes the test for a reasonable apprehension of bias, the Review Panel found that there was no reasonable apprehension of bias at all in the circumstances.

[163] Le Comité d'examen a porté attention à la chronologie des événements et aux comptes rendus du juge Spiro et de M^{me} Courtney lors de son analyse l'ayant mené à la conclusion que la conduite du juge Spiro n'était pas motivée par son désaccord avec les travaux de M^{me} Azarova, mais plutôt par sa crainte d'une atteinte à la réputation de l'Université, dont il était un ancien diplômé engagé. Le Comité d'examen a conclu que les faits au dossier étaient incompatibles avec la version ou la qualification des faits par les plaignants, selon laquelle le juge Spiro était intervenu en raison d'un désaccord personnel avec les opinions et les travaux de M^{me} Azarova.

[164] Le Comité d'examen a relevé que le juge Spiro n'avait pas approché le doyen de la Faculté de droit et qu'il avait refusé de le faire. Le Comité d'examen a également considéré que, bien que le juge Spiro ait transmis la note du professeur Steinberg au professeur Weinrib, ce dernier n'avait pas donné suite à cette information. M^{me} Courtney a relayé au doyen les renseignements dont lui a fait part le juge Spiro et a ensuite informé ce dernier que la nomination n'avait pas été officialisée; le Comité d'examen a toutefois constaté que le juge Spiro n'avait pas pris l'initiative d'appeler M^{me} Courtney à cette fin et qu'il n'a effectué aucune autre démarche après avoir appris de M^{me} Courtney que la nomination n'avait pas été officialisée. Toutes ces conclusions sont raisonnables et fondées sur l'appréciation par le Comité d'examen de la preuve dont il était saisi.

c) *La décision du CCM n'a pas été prise en faisant abstraction des allégations de perception de partialité et de l'effet de cette perception sur l'administration de la justice.*

[165] Le Comité d'examen et le vice-président n'ont pas commis d'erreur en ne répondant pas spécifiquement à l'allégation de préjugés anti-palestiniens et n'ont pas fait d'amalgame entre le racisme anti-palestinien et le racisme anti-musulman et anti-arabe. Sur la base de son appréciation de la preuve et de la jurisprudence établissant le critère relatif à une crainte raisonnable de partialité, le Comité d'examen a conclu qu'il n'y avait aucune crainte raisonnable de partialité dans les circonstances.

[166] As noted by respondent, the determination whether to recommend the removal of a judge (i.e., with the first step being to constitute an Inquiry Committee) is assessed prospectively. Where an allegation of bias or perception of bias is the conduct underlying the complaint, the perception of judicial bias is also assessed prospectively and from the perspective of a reasonable, fair-minded and informed person (*Yukon Francophone*, at paragraphs 20–24).

[167] The Review Panel first properly identified the test for a reasonable apprehension of bias, citing the long-standing test in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394, 1976 CanLII 2, which asks whether an informed person would “think that it is more likely than not that [the decision maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.”

[168] The Review Panel stated [at paragraph 50] that “right thinking persons apprised of the conduct of Justice Spiro over his career and extending even to this affair—apprised in accurate terms, as opposed to the ‘facts’ suggested in earlier media coverage of this matter, could not conclude that the case for the judge being biased as suggested has been made out.” The Review Panel also referred to the test for removal in the *Judges Act*, noting that it has a forward-looking aspect. The Review Panel squarely asked itself [at paragraph 51], “How can a Palestinian, Arab or Muslim have faith that the judge would deal with their issues free of bias?”

[169] The Review Panel also found that Justice Spiro’s past affiliation with CIJA could not alone give rise to a reasonable apprehension of bias: *Yukon Francophone*, at paragraph 61. The Review Panel cited the Supreme Court’s comments at paragraph 33: “Judicial impartiality and neutrality do not mean that a judge must have no prior conceptions, opinions or sensibilities. Rather, they require that the judge’s identity and experiences not close his or her mind to the evidence and issues.”

[166] Comme l’a fait observer le défendeur, c’est de manière prospective qu’est évaluée l’opportunité de recommander la révocation d’un juge (la première étape de ce processus étant la constitution d’un comité d’enquête). Lorsque la plainte concernant une conduite repose sur une allégation de partialité ou de perception de partialité, la perception de partialité judiciaire est évaluée de manière prospective et du point de vue d’une personne raisonnable, impartiale et bien informée (*Commission scolaire francophone du Yukon*, aux paragraphes 20–24).

[167] Dans un premier temps, le Comité d’examen a défini avec justesse le critère d’une crainte raisonnable de partialité, citant le critère établi de longue date dans l’arrêt *Committee for Justice and Liberty c. L’Office national de l’énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394, 1976 CanLII 2, consistant à se demander à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée : « Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

[168] Le Comité d’examen a déclaré [au paragraphe 50] que « toute personne sensée qui a connaissance de la conduite du juge Spiro depuis le début de sa carrière et qui a été informée de la présente affaire de sources fiables, par opposition aux “faits” que véhiculait la couverture médiatique au début de l’affaire, ne pourrait conclure que l’accusation de partialité contre le juge a été prouvée ». Le Comité d’examen a également mentionné le critère de révocation prévu dans la *Loi sur les juges*, relevant qu’il était de nature prospective. Le Comité d’examen s’est explicitement demandé [au paragraphe 51] : « Comment un Palestinien, un Arabe ou un musulman peut-il croire que le juge tranchera son litige sans parti pris? »

[169] Le Comité d’examen a également conclu que l’appartenance antérieure du juge Spiro au CIJA ne pouvait pas à elle seule susciter une crainte raisonnable de partialité : *Commission scolaire francophone du Yukon*, au paragraphe 61. Le Comité d’examen a cité les observations faites par la Cour suprême au paragraphe 33 : « L’impartialité et la neutralité judiciaires ne signifient pas que le juge ne doit avoir aucune conception, opinion ou sensibilité préexistante. Ces notions requièrent plutôt que l’identité et l’expérience du juge ne l’empêchent pas de faire preuve d’ouverture d’esprit à l’égard de la preuve et des questions en litige. »

[170] The Review Panel also considered [at paragraph 54] that all judges have past affiliations and take an oath to “effectively subordinate our personal views to the rule of law.”

[171] The Review Panel reasonably found based on the evidence on the record, including the letters received that described Justice Spiro as “a highly ethical man of moderate views, of empathy for people of all backgrounds” [at paragraph 47], that Justice Spiro’s conduct did not give rise, in the eyes of a reasonable and informed person, to a fear that Justice Spiro would not decide the cases before him fairly.

[172] While the Panel did not address anti-Palestinian bias separately from the issue of anti-Arab and anti-Muslim bias, the Review Panel acknowledged that all were raised. The Review Panel considered the issue of bias collectively, which is not an error, and concluded that there was no reasonable perception of bias.

[173] The Review Panel’s determination that “right thinking persons” would not conclude that there was an apprehension of bias or a perception of bias does not mean that the complainants are not “right thinking,” but rather reflects the test set out in the jurisprudence and suggests that the complainants were not aware of all the same information as the Review Panel.

[174] As noted below, the Vice-Chair also addressed the allegations of a perception of bias.

(d) *The Vice-Chair’s reasons explain why a formal expression of concern was issued and the complaints were closed*

[175] The applicants’ submissions suggest that the Vice-Chair closed the complaints with nothing more, which is not the case.

[176] The issuance of a formal expression of concern is a sanction. It appears that nothing short of constituting

[170] Le Comité d’examen a également souligné [au paragraphe 54] que tous les juges avaient eu des affiliations avant leur nomination et qu’ils prêtaient serment de « subordonner [leurs] opinions personnelles à la primauté du droit. »

[171] Le Comité d’examen a raisonnablement conclu, en se fondant sur les éléments de preuve au dossier, y compris les lettres reçues qui décrivaient le juge Spiro comme « un homme très éthique, aux opinions modérées et empli d’empathie pour les gens de tous les milieux » [au paragraphe 47], que la conduite du juge Spiro ne suscitait pas, aux yeux d’une personne raisonnable et informée, la crainte que le juge Spiro ne déciderait pas équitablement des causes dont il serait saisi.

[172] Bien que le Comité d’examen n’ait pas traité séparément la question des préjugés anti-palestiniens et celle des préjugés anti-arabes et anti-musulmans, il a reconnu que toutes ces questions avaient été soulevées. Le Comité d’examen a examiné la question de la partialité dans son ensemble, ce qui n’est pas une erreur, et a conclu qu’il n’y avait pas de perception raisonnable de partialité.

[173] La décision du Comité d’examen selon laquelle « toute personne sensée » ne pourrait conclure à l’existence d’une crainte ou d’une perception de partialité n’implique pas que les plaignants ne sont pas des « personnes sensées ». Elle reflète plutôt le critère énoncé dans la jurisprudence et signifie que les plaignants n’avaient pas connaissance des mêmes renseignements que le Comité d’examen.

[174] Comme je le mentionne plus loin, le vice-président a également examiné les allégations de perception de partialité.

d) *Les motifs invoqués par le vice-président expliquent pourquoi celui-ci a formellement exprimé des préoccupations et fermé le dossier.*

[175] Les demandeurs prétendent que le vice-président a classé les plaintes sans prendre d’autres mesures, ce qui n’est pas le cas.

[176] Une expression formelle de préoccupation est une sanction. Il semble que seule la constitution d’un Comité

an Inquiry Committee leading to a possible recommendation for removal would be accepted by the applicants or the CFE and CAUT—who regard Justice Spiro’s conduct as very serious and as reflecting an apprehension of bias—as a reasonable outcome.

[177] The Vice-Chair’s reasons convey why the Vice-Chair issued a formal expression of concern. The Vice-Chair has broad discretion regarding how to resolve complaints and did not err by not explaining why other remedial measures were not recommended.

[178] The Vice-Chair’s reasons explain that the Vice-Chair considered both the nature and impact of Justice Spiro’s conduct, including as articulated by the complainants, and Justice Spiro’s acknowledgment of this impact, his early recognition of his mistake and his sincere regret. These factors led the Vice-Chair to issue the formal expression of concern, and to take no further remedial action.

[179] Contrary to the applicants’ submission, the Vice-Chair explained how Justice Spiro’s acknowledgement and his remorse were factors in deciding that no other remedial action was required. However, the Vice-Chair’s decision to issue an expression of concern and provide constructive comments also reflects the Vice-Chair’s view that Justice Spiro’s conduct was not condoned. In my view, the Vice-Chair’s conclusion demonstrates a balanced approach. The Vice-Chair found that Justice Spiro’s conduct put public confidence in the integrity, impartiality and independence of the judiciary at risk; however, Justice Spiro’s early acknowledgment of his conduct, his remorse, and the Review Panel’s Report, which canvassed the facts and noted the letters attesting to Justice Spiro’s integrity, as well as the support of the Chief Justice of the Tax Court, led the Vice Chair to conclude that an expression of concern was sufficient.

d’enquête, prélude à une éventuelle recommandation de révocation, serait considérée par les demandeurs, le CFE et l’ACPPU — qui estiment la conduite du juge Spiro d’une grande gravité et y voient la source d’une crainte de partialité — comme une issue acceptable et raisonnable.

[177] Dans ses motifs, le vice-président explique pourquoi il a formellement exprimé des préoccupations. Il dispose d’un large pouvoir discrétionnaire quant à la façon de traiter les plaintes et n’a pas commis d’erreur en n’expliquant pas pourquoi il n’aurait pas été opportun de prendre d’autres mesures correctives.

[178] Comme il l’explique dans ses motifs, le vice-président a tenu compte à la fois de la nature et des répercussions de la conduite du juge Spiro (y compris celles que les plaignants ont alléguées), de l’admission par le juge Spiro de ces répercussions, de l’admission rapide de son erreur et de la sincérité de ses remords. Ces facteurs ont amené le vice-président à formellement exprimer des préoccupations et à ne prendre aucune autre mesure corrective.

[179] Contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, le vice-président a expliqué en quoi l’admission par le juge Spiro de son erreur et ses remords ont pesé dans la décision qu’aucune autre mesure corrective n’était nécessaire. Toutefois, la décision du vice-président d’exprimer des préoccupations et de formuler des observations constructives traduisent également la désapprobation par le vice-président de la conduite du juge Spiro. À mon avis, la conclusion du vice-président démontre une approche équilibrée. Le vice-président a conclu que la conduite du juge Spiro avait mis en péril la confiance que portait le public à l’intégrité, à l’impartialité et à l’indépendance de la magistrature; toutefois, l’admission rapide par le juge Spiro de sa conduite, ses remords et le rapport du Comité d’examen, qui a mené une enquête approfondie sur les faits et pris note des lettres attestant l’intégrité du juge Spiro, ainsi que l’appui du juge en chef de la Cour canadienne de l’impôt, ont amené le vice-président à conclure qu’une expression de préoccupation était suffisante.

(3) The CJC’s decision is justified in the light of the facts and the law

[180] The applicants raised similar arguments in support of their more general submission that the decision is not justified in light of the facts and the law.

[181] The applicants assert that the underlying facts do not support the Review Panel’s finding that “right thinking persons” would not conclude that there is a reasonable apprehension of bias. The applicants point to Justice Spiro’s previous involvement in the CIJA, his liaison with contacts at the U of T, the measures taken by the Chief Justice of the Tax Court pending the resolution of the complaints, and Justice Spiro’s own acknowledgment that his communication was a mistake, as “ample evidence.”

[182] The Review Panel did not overlook or misapprehend the evidence. The applicants’ argument that there was enough evidence to support finding a reasonable apprehension of bias is basically a request to this Court to reweigh the evidence and come to a different decision. It is not the role of the Court to reweigh the evidence and remake the decision: *Vavilov*, at paragraph 125.

[183] As noted, the Review Panel found that Justice Spiro’s communication with his contacts at the U of T was not lobbying or advocacy, and that his past involvement in the CIJA was, as for other judges with their own affiliations, a recognized reality that did not support a reasonable apprehension of bias. The Review Panel is presumed to have considered all the evidence, including the Chief Justice of the Tax Court’s interim measures. As noted above, the Review Panel applied the forward-looking test for bias from the perspective of a reasonably informed person.

[184] The Review Panel noted the factors set out in the CJC publication *Judicial Conduct: A Reference Guide*

3) La décision du CCM est justifiée à la lumière des faits et du droit

[180] Les demandeurs ont avancé des arguments similaires à l’appui de leur prétention plus générale selon laquelle la décision n’était pas justifiée à la lumière des faits et du droit.

[181] Les demandeurs soutiennent que les faits qui ont donné naissance aux plaintes n’étaient pas la conclusion du Comité d’examen selon laquelle « toute personne sensée » ne pourrait conclure à l’existence d’une crainte raisonnable de partialité. Selon les demandeurs, il y a « amplement de preuves » compte tenu de l’engagement antérieur du juge Spiro au sein du CIJA, de ses communications avec ses contacts à l’Université, des mesures prises par le juge en chef de la Cour de l’impôt en attendant le règlement des plaintes et de l’admission par le juge Spiro lui-même que sa communication était une erreur.

[182] Le Comité d’examen n’a pas négligé ou mal interprété les éléments de preuve. L’argument des demandeurs selon lequel il y avait suffisamment d’éléments de preuve pour étayer la conclusion d’une crainte raisonnable de partialité équivaut essentiellement à une demande à la Cour d’apprécier à nouveau la preuve et de rendre une décision différente. Or, il n’appartient pas à la Cour d’apprécier à nouveau la preuve ou de rendre une nouvelle décision : *Vavilov*, au paragraphe 125.

[183] Comme je le mentionne plus haut, le Comité d’examen a conclu que la communication du juge Spiro avec ses contacts à l’Université ne constituait pas du lobbying ou la promotion de certains intérêts, et que son engagement antérieur au sein du CIJA était, comme les affiliations antérieures d’autres juges, une réalité bien connue qui ne justifiait pas une crainte raisonnable de partialité. Le Comité d’examen est présumé avoir examiné tous les éléments de preuve, y compris les mesures provisoires prises par le juge en chef de la Cour de l’impôt. Comme je le mentionne plus haut, le Comité d’examen a appliqué un critère prospectif pour déterminer si une personne raisonnable et informée conclurait à la partialité.

[184] Le Comité d’examen a pris note des facteurs énoncés dans la publication du CCM intitulée *La conduite des*

for *Chief Justices*, which guide Chief Justices and the CJC in declining to constitute an Inquiry Committee. The factors include the absence of bad faith as a key consideration, the expression of confidence from the judge's Chief Justice, a long and distinguished career, and the absence of similar conduct in the past. The Review Panel found that all of these factors favoured Justice Spiro. This finding is supported by the record, including Justice Spiro's submissions, the support of the Chief Justice of the Tax Court and the other letters of support attesting to Justice Spiro's integrity and good reputation.

[185] Also as noted above, the Review Panel addressed whether Justice Spiro's conduct was—as alleged by the applicants—actively aiding a lobby group attempting to prevent the appointment of a person whose views are at odds with those of the lobby group. The Review Panel found that this aspect of the complaint was based on a misapprehension of the facts, which is supported by the information on the record before the Review Panel, and some of which is also confirmed in the Cromwell Report.

[186] The applicants' argument that the decision is not justified because the Review Panel ignored the Vice-Chair's reasons for referral—and his view that Justice Spiro's conduct put public confidence in his integrity at risk—overlooks that the Review Panel has a different screening role than that of the Vice-Chair. The applicants' submission that the Review Panel should have reached the same conclusion as the Vice-Chair also suggests that there is no role for the Review Panel, which is contrary to the By-laws and Review Procedures.

[187] The Vice-Chair referred the complaints to the Review Panel based on finding that the complaints “on their face” showed a lack of integrity and impartiality on the part of Justice Spiro. At that time, the Vice-Chair had only the complaints, Justice Spiro's initial response, and

juges : Guide à l'intention des juges en chef, qui fournit aux juges en chef et au CCM un cadre de référence relativement au refus de constituer un comité d'enquête. Les facteurs à prendre en compte comprennent l'absence de mauvaise foi — qui est présentée comme une considération clef —, l'expression de confiance de la part du juge en chef, une carrière longue et distinguée et l'absence de tout comportement semblable par le passé. Le Comité d'examen a conclu que tous ces facteurs jouaient en faveur du juge Spiro. Cette conclusion est étayée par les éléments du dossier, notamment les observations du juge Spiro, l'appui du juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt et les autres lettres d'appui qui attestent de l'intégrité et de la bonne réputation du juge Spiro.

[185] Ainsi que je l'ai mentionné plus haut, le Comité d'examen a également examiné si le juge Spiro, par sa conduite, avait activement aidé un groupe de pression qui tentait d'empêcher la nomination d'une personne ayant des opinions divergentes de celles du groupe de pression, comme l'alléguaient les demandeurs. Le Comité d'examen a conclu que ce volet de la plainte était fondé sur une mauvaise compréhension des faits, ce qui ressort des informations au dossier dont le Comité d'examen était saisi, certains de ces faits étant également confirmés dans le rapport Cromwell.

[186] L'argument des demandeurs selon lequel la décision n'est pas justifiée parce que le Comité d'examen aurait ignoré les motifs de renvoi du vice-président — et son opinion selon laquelle la conduite du juge Spiro aurait mis en péril la confiance du public dans son intégrité — méconnaît les différences entre l'examen qu'est chargé de faire le Comité d'examen et l'examen préalable qu'est chargé de faire le vice-président. La prétention des demandeurs selon laquelle le Comité d'examen aurait dû arriver à la même conclusion que le vice-président implique en outre que le Comité d'examen n'ait aucun rôle à jouer, ce qui est contraire au Règlement administratif et aux Procédures d'examen.

[187] Le vice-président a renvoyé les plaintes au Comité d'examen en se fondant sur la conclusion que les plaintes révélaient « à première vue » un manque d'intégrité et d'impartialité de la part du juge Spiro. À l'époque, les seuls éléments en possession du vice-président étaient les

the letter from the Chief Justice of the Tax Court regarding the interim measures. The Vice-Chair noted Justice Spiro's receipt and transmission of information and his failure to clarify that the views shared with Ms. Courtney were not his own. The Vice-Chair also noted Justice Spiro's lack of insight.

[188] The Review Panel had additional evidence before it, including more extensive submissions from Justice Spiro. Although the applicants argue that the additional evidence did not change the facts, this is not a proper characterization of the evidence and again, suggests that the Court should reweigh or reassess that evidence. As noted above, the Review Panel considered all the evidence and found that the complaints were based on some speculation and misinformation.

[189] The Review Panel's more "searching inquiry" was informed by all the evidence and a more probing examination of the circumstances. As noted, the Review Panel did not find that Justice Spiro engaged in lobbying. In addition, the Review Panel noted the letters of support from the Chief Justice of the Tax Court and other letters of support attesting to Justice Spiro's reputation as a highly ethical and empathetic man.

[190] With respect to the applicants' submissions that the Review Panel and Vice-Chair did not address Professor Scott's submissions, which attached many articles and letters criticizing the findings and outcome of the Cromwell Report, it is not the role of the CJC to second-guess the conclusions in the Cromwell Report. The Cromwell Report was commissioned by the U of T for a different purpose. The CJC's focus is on the conduct of the judge, whatever the context. The CJC referred to the Cromwell Report regarding the conversation between Justice Spiro and Ms. Courtney, but that same information was on the record before the CJC; the two accounts were consistent regarding Justice Spiro's communications with Ms. Courtney.

plaintes, la réponse initiale du juge Spiro et la lettre du juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt concernant les mesures provisoires. Le vice-président a constaté que le juge Spiro avait reçu et relayé de l'information et qu'il avait omis de préciser que les opinions dont il a fait part à M^{me} Courtney n'étaient pas les siennes. Le vice-président a également souligné le manque de jugement du juge Spiro.

[188] Le Comité d'examen disposait de plus d'éléments de preuve, y compris des observations plus détaillées du juge Spiro. Les demandeurs font valoir que les éléments de preuve supplémentaires ne modifient pas les faits. Cependant, il ne s'agit pas là d'une qualification pertinente des éléments de preuve et, encore une fois, cet argument implique que la Cour devrait soupeser ou apprécier à nouveau la preuve. Comme je le mentionne plus haut, le Comité d'examen a examiné tous les éléments de preuve et conclu que les plaintes étaient fondées sur des suppositions et de la désinformation.

[189] L'« enquête plus approfondie » du Comité d'examen a été réalisée sur la base de tous les éléments de preuve et d'une analyse plus poussée des circonstances. Comme je l'ai mentionné, le Comité d'examen n'a pas conclu que le juge Spiro s'était livré à des actes de lobbying. De plus, le Comité d'examen a tenu compte des lettres d'appui du juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt et d'autres lettres d'appui qui attestaient de la réputation d'homme éthique et empli d'empathie du juge Spiro.

[190] En ce qui a trait aux prétentions des demandeurs selon lesquels le Comité d'examen et le vice-président n'ont pas analysé les observations du professeur Scott, auxquelles étaient joints de nombreux articles et lettres critiquant les constats et les conclusions du rapport Cromwell, il n'appartient pas au CCM de remettre en question les conclusions du rapport Cromwell. Le rapport Cromwell a été commandé par l'Université à des fins différentes. Peu importe le contexte, l'examen du CCM porte sur la conduite du juge. Le CCM a fait référence au rapport Cromwell concernant la conversation entre le juge Spiro et M^{me} Courtney, mais cette même information figurait au dossier dont le CCM était saisi; les deux versions concordaient en ce qui concerne les communications entre le juge Spiro et M^{me} Courtney.

[191] With respect to the CFE and CAUT’s submission that Justice Spiro’s actions amounted to a “classic case” of outside interference with an academic appointment, and some of the complaints, which suggested that there may be a broader trend of judicial interference in hiring decisions and with academic freedom, there is no such evidence on the record. The CJC focussed on a single complaint regarding Justice Spiro. Nothing in the record suggests that there is any trend that the CJC should address or that would not be otherwise addressed in the Ethical Principles that guide judicial conduct.

XII. The CJC Did Not Breach the Duty of Procedural Fairness Owed to the Complainants

[192] The issue on this application is whether the CJC breached the duty of procedural fairness owed to the complainants in the circumstances. While this entails consideration of the CJC’s procedures more generally, the applicants’ submission that the CJC’s procedures are unfair to all complainants (and their request that the Court issue such a declaration) is not the Court’s focus. Any broad review or revision of the CJC’s procedures is best left to Parliament, in accordance with the *Judges Act* and its delegation of authority to the CJC to enact by-laws, and should be informed by a range of policy considerations, beyond those raised in the current scenario. Of note, Bill C-9, *An Act to amend the Judges Act* [44th Parl., 1st Sess., 2021], introduced on December 16, 2021, proposes to change the process for review of allegations of misconduct, including allegations that are not serious enough to warrant a judge’s removal from office and those that are.

[193] The applicants’ submission that the complainants are entitled to “know the case to meet” overlooks that it is the complainants’ own allegations that establish the “case to meet” by the judge who is implicated. The applicants’ submission is really a request for greater

[191] Quant à l’allégation du CFE et de l’ACPPU selon laquelle les actions du juge Spiro constituaient un « cas classique » d’ingérence extérieure dans une nomination universitaire, et aux allégations faites dans certaines des plaintes, qui suggéraient qu’il pourrait y avoir une tendance plus large à l’ingérence des tribunaux judiciaires dans les décisions de recrutement et la liberté académique, il n’y a aucune preuve au dossier qui corrobore ces allégations. L’examen du CCM portait sur une plainte isolée concernant le juge Spiro. Aucun élément au dossier n’indique qu’il y ait une tendance à laquelle le CCM devrait s’attaquer ou qui ne serait pas autrement visée par les Principes de déontologie qui guident la conduite des juges.

XII. Le CCM n’a pas manqué à son obligation d’équité procédurale envers les plaignants

[192] La question soulevée dans le cadre de la demande est de savoir si le CCM a manqué à l’obligation d’équité procédurale qui lui incombait envers les plaignants dans les circonstances. Bien que trancher cette question implique d’examiner les procédures du CCM d’une manière générale, la Cour n’a pas à chercher à statuer sur la prétention des demandeurs selon laquelle les procédures du CCM sont inéquitables envers tous les plaignants (ni sur leur demande que la Cour fasse une déclaration en ce sens). Tout éventuel examen ou toute révision de l’ensemble des procédures du CCM est du ressort du Parlement, dans le respect de la *Loi sur les juges* et de la délégation de pouvoirs que celle-ci opère au bénéfice du CCM pour l’adoption de règlements administratifs, et devrait être guidé par diverses considérations d’ordre politique, qui dépassent celles soulevées par le scénario qui nous occupe. Il convient de noter que le projet de loi C-9, intitulé *Loi modifiant la Loi sur les juges*, présenté le 16 décembre 2021, propose de modifier le processus d’examen des allégations d’inconduite, ce qui comprend à la fois les accusations d’inconduite qui ne sont pas suffisamment graves pour justifier la révocation d’un juge et celles qui le sont.

[193] La prétention des demandeurs selon laquelle les plaignants ont le droit de « connaître la preuve à réfuter » ne tient pas compte du fait que ce sont les allégations des plaignants qui établissent la « preuve à réfuter » pour le juge visé. Les demandeurs demandent en réalité de plus

participatory rights, including disclosure of all information considered in the course of the CJC’s review and an opportunity to rebut that information. Although, as the CJC notes, this goes far beyond the current Review Procedures, By-laws and the jurisprudence, the issue for the Court is, as stated in *CPR*, at paragraph 54:

... whether the procedure was fair having regard to all of the circumstances, including the *Baker* factors. A reviewing court does that which reviewing courts have done since *Nicholson*; it asks, with a sharp focus on the nature of the substantive rights involved and the consequences for an individual, whether a fair and just process was followed. [Emphasis added.]

[194] I find that, first, the duty of procedural fairness owed to the complainants is at the lower end of the spectrum, but that is not to say that there is no duty owed. Second, the CJC met the duty owed in the circumstances; the complainants had the opportunity to submit their complaints, which were detailed, the CJC conducted an impartial review in accordance with its By-laws and Review Procedures, and the complainants were informed of the outcome. In addition, the CJC’s website informed the public that the complaint had been referred to a Review Panel, reported the outcome of the CJC’s investigation and provided a link to the Report of the Review Panel.

[195] There is no precise measurement for the duty of procedural fairness as the duty and its elements will vary with the circumstances. In the present case, both the *Baker* factors and the jurisprudence support finding that the duty of procedural fairness owed to the complainants in the CJC’s investigative process is at the lower end of the spectrum or range and is not comparable to the duty owed to the judge who is the subject of the complaint and the investigation.

A. *The Baker Factors*

[196] In *Baker*, the Supreme Court of Canada emphasized that the scope of the duty of procedural fairness is variable and must be determined in the specific context

grands droits de participation, y compris le droit à la divulgation de tous les éléments pris en considération dans le cadre de l’examen du CCM et le droit de pouvoir réfuter ces éléments. Bien que, comme le souligne le CCM, cette question dépasse largement la version actuellement en vigueur des Procédures d’examen, du Règlement administratif et la jurisprudence, la question que notre Cour doit trancher est, comme indiqué dans l’arrêt *CP*, au paragraphe 54 :

... si la procédure était équitable eu égard à l’ensemble des circonstances, y compris à l’égard des facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker*. Une cour de révision fait ce que les cours de révision ont fait depuis l’arrêt *Nicholson*; elle demande, en mettant nettement l’accent sur la nature des droits substantiels concernés et les conséquences pour la personne, si un processus juste et équitable a été suivi. [Non souligné dans l’original.]

[194] Premièrement, j’estime que l’obligation d’équité procédurale envers les plaignants est minimale, ce qui ne veut pas dire inexistante. Deuxièmement, le CCM s’est acquitté de son obligation dans les circonstances : les plaignants ont eu la possibilité de déposer des plaintes, qui étaient détaillées, le CCM a procédé à un examen impartial conformément à son Règlement administratif et à ses Procédures d’examen, et les plaignants ont été informés du résultat. De plus, le site CCM a informé le public sur son site Web du renvoi de la plainte à un Comité d’examen, ainsi que des résultats de l’enquête du CCM. Un lien vers le rapport du Comité d’examen était également fourni sur le site.

[195] Il n’y a pas de mesure précise permettant d’évaluer l’obligation d’équité procédurale, car cette obligation et ses modalités varient en fonction des circonstances. En l’espèce, tant les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* que la jurisprudence étayaient la conclusion selon laquelle l’obligation d’équité procédurale envers les plaignants, dans le cadre du processus d’enquête du CCM, est minimale et n’est pas comparable à l’obligation envers le juge qui fait l’objet de la plainte et de l’enquête.

A. *Les facteurs établis dans l’arrêt Baker*

[196] Dans l’arrêt *Baker*, la Cour suprême du Canada a souligné que la portée de l’obligation d’équité procédurale est variable et doit être déterminée dans le contexte

of each case. The factors that inform the scope of the duty include the nature of the decision, the nature of the statutory scheme, the importance of the decision to the person affected, the legitimate expectations of that person and the choice of procedure made by the decision maker.

[197] Although the *Baker* factors are more often relied on to determine the scope of the duty of procedural fairness owed to a person who does have a “case to meet,” the factors can be adapted to inform the scope of the duty of procedural fairness owed to complainants in the CJC review process. The Supreme Court emphasized that procedural fairness is based on the principle that individuals affected by decisions should have the opportunity to present their case and to have decisions affecting their rights and interests made in a fair and impartial and open process “appropriate to the statutory, institutional, and social context of the decision” (*Baker*, at paragraph 28).

[198] The first factor is the nature of the decision and the process followed in making it. *Baker* guides that the more the process resembles judicial decision-making, the more likely it is that procedural protections closer to the trial model will be required (*Baker*, at paragraph 23).

[199] The review of complaints about judicial conduct is an investigative, not an adversarial, process. The Review Panel does not make findings of fact or hear evidence. The decision not to constitute an Inquiry Committee and to issue a formal expression of concern is an administrative decision. The process does not resemble the judicial process even though the decision is made by judges.

[200] With respect to the nature of the statutory scheme, greater procedural protections will be required when no appeal procedure is provided within the applicable statute, or when the decision is determinative of the issue and further requests cannot be submitted (*Baker*, at paragraph 24). In the present case, there is no internal appeal process; however, complainants could request reconsideration and could bring additional complaints, if warranted. In addition, the decision may be the subject

propre à chaque cas. Les facteurs pertinents pour déterminer le contenu de l’obligation d’équité procédurale comprennent la nature de la décision, la nature du régime législatif, l’importance de la décision pour les personnes visées, les attentes légitimes de ces personnes et les choix de procédure que le décideur fait lui-même.

[197] Bien que les facteurs énoncés dans l’arrêt *Baker* servent plus souvent à déterminer le contenu de l’obligation d’équité procédurale envers une personne qui a une « preuve à réfuter », ils peuvent être adaptés pour établir le contenu de l’obligation d’équité procédurale envers les plaignants dans le processus d’examen du CCM. La Cour suprême a souligné que l’équité procédurale est fondée sur le principe selon lequel les personnes visées doivent avoir la possibilité de présenter leur position, et ont droit à ce que les décisions touchant leurs droits ou intérêts soient prises à la suite d’un processus équitable, impartial et ouvert, « adapté au contexte légal, institutionnel et social de la décision » (*Baker*, au paragraphe 28).

[198] Le premier facteur est la nature de la décision et le processus suivi pour y parvenir. L’arrêt *Baker* indique que, plus le processus ressemble à une prise de décision judiciaire, plus il est probable que des protections procédurales proches du modèle du procès seront requises (*Baker*, au paragraphe 23).

[199] L’examen des plaintes relatives à la conduite des juges est un processus d’enquête et non un processus contradictoire. Le Comité d’examen ne fait pas de constatations de fait ni n’entend de témoignages. La décision de ne pas constituer un comité d’enquête et d’exprimer formellement des préoccupations est une décision administrative. Le processus ne ressemble pas au processus judiciaire, même si la décision est rendue par des juges.

[200] En ce qui a trait au facteur relatif à la nature du régime législatif, des protections procédurales plus importantes sont exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d’appel, ou lorsque la décision est déterminante quant à la question en litige et qu’il n’est plus possible de présenter d’autres demandes (*Baker*, au paragraphe 24). En l’espèce, aucune procédure d’appel interne n’est prévue; toutefois, les plaignants pourraient demander un réexamen et présenter d’autres plaintes, le cas échéant. En

of an application for judicial review to this Court by the judge, or as in the present case, by the complainants.

[201] The importance of a decision to the individuals affected is a significant factor affecting the content of the duty. The more important the decision and the greater the impact on the persons affected, the greater the procedural protections required (*Baker*, at paragraph 25). The decision to either constitute an Inquiry Committee or take other measures, such as issue an expression of concern, is of high importance to the judge as it has an impact on their judicial and legal career and their reputation more generally. The establishment of an Inquiry Committee could ultimately lead to a recommendation for their removal from office. While not to diminish the importance of the decision to the complainant, given that the complaints process is investigative, the personal interests of the complainant are not adversely affected in the same way.

[202] However, the decision is clearly important to the complainants. The complainants took the initiative to bring the complaints and clearly articulated why they were concerned about the conduct at issue. In addition, as the Court of Appeal noted in *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCA 55, [2003] 3 F.C. 3 (*Taylor*), there is an important public interest—represented by the complainants—in protecting the right to a fair hearing before an impartial tribunal (paragraph 79). The CJC’s role in addressing judicial conduct, including through the complaints process, enhances public confidence in the administration of justice.

[203] The legitimate expectations of the person challenging the decision also informs the procedures required by the duty of fairness in particular circumstances. If the person has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, the duty of fairness requires that procedure (*Baker*, at paragraph 26).

[204] The applicants’ submission that the complainants had a legitimate expectation that they would be updated and could make further submissions is not well founded.

autre, la décision peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire auprès de notre Cour déposée par le juge ou, comme c’est le cas en l’espèce, par les plaignants.

[201] L’importance d’une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l’obligation d’équité procédurale. Plus la décision est importante et plus ses répercussions sont grandes pour les personnes visées, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses (*Baker*, au paragraphe 25). La décision de constituer un comité d’enquête ou de prendre d’autres mesures, comme une expression de préoccupations, revêt une grande importance pour le juge, car elle a une incidence sur sa carrière au sein de la magistrature et dans le milieu juridique, ainsi que sur sa réputation en général. La constitution d’un comité d’enquête pourrait aboutir à une recommandation de révocation. Sans vouloir minimiser l’importance de la décision pour le plaignant, je constate que, le processus de traitement des plaintes étant un processus d’enquête, il n’a pas les mêmes répercussions défavorables sur les intérêts du plaignant.

[202] Il est toutefois manifeste que la décision a de l’importance pour les plaignants. Ces derniers ont pris l’initiative de déposer les plaintes et ont expliqué de manière claire en quoi la conduite en cause les préoccupait. De plus, comme l’a fait observer la Cour d’appel dans l’arrêt *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2003 CAF 55, [2003] 3 C.F. 3 (*Taylor*), il y a un intérêt public important — que les plaignants représentent — dans la protection du droit à un procès équitable devant un tribunal impartial (au paragraphe 79). Le rôle joué par le CCM dans l’examen de la conduite des juges, y compris dans le cadre du processus de plaintes, renforce la confiance du public en l’administration de la justice.

[203] Les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision peuvent servir à déterminer quelles procédures l’obligation d’équité exige dans des circonstances données. Si la personne s’attend légitimement à ce qu’une certaine procédure soit suivie, l’obligation d’équité exigera cette procédure (*Baker*, au paragraphe 26).

[204] L’observation des demandeurs selon laquelle les plaignants s’attendaient légitimement à être tenus informés de l’avancée du processus et à pouvoir présenter d’autres

The applicants' reliance on paragraph 6(a) of the Review Procedures may be based on their misreading of that provision, which states that the Chair or Vice-Chair may seek additional information from the complainant. There is nothing in the Review Procedures or By-laws to provide a legitimate expectation of disclosure of information or greater participation, nor did the email from the CJC acknowledging the receipt of the complaint suggest any greater procedural rights than those accorded. That email provided a link to the CJC's website for information about the complaints process, just as described above.

[205] The fifth *Baker* factor guides that the choice of procedure made by the decision maker should be taken into account and respected, particularly when the statute leaves it to the decision maker to choose its own procedure, or when it has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances (*Baker*, at paragraph 27). Paragraph 61(3)(c) of the *Judges Act* authorizes the CJC to make by-laws regarding the carrying out of inquiries and investigations into judicial conduct, which reflects Parliament's intent that the CJC be able to determine its own procedures. As elaborated on above, the CJC's complaint review process is set out in the By-laws and the Review Procedures, which provide some procedural rights for complainants; some are permissive, others are mandatory. In accordance with its own procedures, the CJC is not required to solicit further submissions from the complainant after the complaint is made; the CJC is not required to inform the complainant that the matter has been referred to a Review Panel; the CJC is not required to disclose the submissions of the judge at issue to the complainant or to invite any type of response or rebuttal from the complainant. The CJC is not required to advise the complainant of the status of the review or that a decision is imminent, but must inform the complainant if a complaint is dismissed or has concluded, or if a Review Panel recommends that an Inquiry Committee be established.

observations n'est pas fondée. C'est peut-être une interprétation erronée par les demandeurs de l'alinéa 6a) des Procédures d'examen qui les amène à invoquer cette disposition, laquelle prévoit que le président ou le vice-président peut demander toute information additionnelle au plaignant. Rien dans les Procédures d'examen ou le Règlement administratif ne peut susciter une attente légitime de communication d'informations ou de participation plus importante au processus. L'accusé de réception de la plainte envoyé par courriel par le CCM ne suggérerait pas non plus des droits procéduraux plus étendus que ceux qui sont effectivement conférés. Ce courriel contenait un lien vers une page du site Web du CCM contenant de l'information sur le processus de plaintes, laquelle correspondait en tout point à ce qui a été décrit plus haut.

[205] Le cinquième facteur énoncé dans l'arrêt *Baker* tient aux choix de procédure faits par le décideur lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances, ces choix devant être pris en considération et respectés (*Baker*, au paragraphe 27). L'alinéa 61(3)c) de la *Loi sur les juges* autorise le CCM à régir, par règlement administratif, la procédure relative aux enquêtes sur la conduite des juges, ce qui témoigne de l'intention du législateur de donner au CCM la possibilité de choisir ses propres procédures. Comme je l'ai expliqué plus en détail précédemment, le processus d'examen des plaintes du CCM est régi par le Règlement administratif et les Procédures d'examen, qui confèrent certains droits procéduraux aux plaignants; certaines dispositions de ces textes accordent une permission, d'autres établissent une obligation. Sous le régime de ses propres procédures, le CCM n'est pas tenu de solliciter d'autres observations de la part du plaignant après le dépôt de la plainte, d'informer celui-ci du renvoi de l'affaire à un comité d'examen, de lui communiquer les observations du juge faisant l'objet de la plainte, ni d'inviter le plaignant à répondre à ces observations ou à les réfuter. Le CCM n'est pas tenu d'informer le plaignant de l'état d'avancement de l'examen ou de l'imminence d'une décision, mais il doit l'informer, selon le cas, du rejet de la plainte, de la fermeture du dossier ou de la recommandation faite par le Comité d'examen de constituer un comité d'enquête.

[206] In addition, the CJC has significant expertise in the review and investigation of complaints of judicial conduct.

[207] In the present context, consideration of the relevant *Baker* factors supports the conclusion that the duty of procedural fairness owed to the complainants in the CJC's review process—which in this case pertains to the initial screening and intermediate screening process for complaints—is at the lower end. In other circumstances, for example, where an Inquiry Committee is constituted, other factors may lead to a different result. To summarize: the initial screening by the Executive Director, the Vice-Chair, followed by the Review Panel and the ultimate disposition of the Vice-Chair (following the determination that an Inquiry Committee is not warranted) is an investigative process, not judicial decision-making; although there is no internal appeal process within the CJC, judicial review is available; the complainants had no legitimate expectation of a different process; the CJC has the authority, in accordance with the *Judges Act*, to make by-laws governing inquiries and investigations into judicial conduct, and has done so; and the CJC's choice of procedure is clearly set out in their By-laws and Review Procedures.

[208] The importance of the decision to the complainants, on its own, does not support finding a higher level of procedural fairness than that provided.

B. *The Jurisprudence*

[209] The jurisprudence also supports finding that the duty of procedural fairness owed to the complainants in the CJC's investigation of their complaints is at the lower end of the spectrum.

[210] The jurisprudence relied on by the applicants regarding the complaints or disciplinary processes in other professions does not support their argument that the CJC's process is unfair or that greater procedural rights

[206] De plus, le CCM a une grande expérience et des compétences spécialisées dans l'examen et l'enquête des plaintes concernant la conduite des juges.

[207] Dans le contexte de l'espèce, l'examen des facteurs pertinents ressortant de l'arrêt *Baker* étaye la conclusion selon laquelle l'obligation d'équité procédurale incombant au CCM envers les plaignants dans le cadre de son processus d'examen — dans le cas présent, le processus d'examen préalable et intermédiaire des plaintes — est minimale. Dans d'autres circonstances, par exemple, lorsqu'un comité d'enquête est constitué, d'autres facteurs pourraient amener à des conclusions différentes. En résumé : l'examen préalable par la directrice exécutive, le choix du vice-président quant au renvoi de l'affaire, l'analyse par le Comité d'examen qui s'ensuit et la décision finale prise par le vice-président (après que le Comité d'examen eut déterminé que la constitution d'un comité d'enquête n'était pas justifiée) forment un processus d'enquête et non une prise de décision judiciaire; bien qu'il n'existe aucune procédure d'appel interne devant le CCM, un recours est offert sous la forme du contrôle judiciaire; les plaignants n'avaient aucune attente légitime d'un processus différent; le CCM a le pouvoir, en vertu de la *Loi sur les juges*, d'établir des règlements administratifs encadrant les examens et les enquêtes sur la conduite des juges, ce qu'il a fait; et le Règlement administratif et les Procédures d'examen indiquent clairement les choix de procédure faits par le CCM.

[208] L'importance que revêt la décision pour les plaignants, à elle seule, ne justifie pas de conclure à une obligation d'équité procédurale plus rigoureuse que celle qui a été accordée.

B. *La jurisprudence*

[209] La jurisprudence étaye également la conclusion que l'obligation d'équité procédurale incombant au CCM envers les plaignants dans le cadre de son examen des plaintes est minimale.

[210] La jurisprudence relative aux plaintes ou aux procédures disciplinaires dans d'autres professions, invoquée par les demandeurs, n'étaye pas leur argument selon lequel le processus du CCM est inéquitable, ou leur

should have been provided to the complainants in this context.

[211] In *Tran*, the Court dealt with the judicial review of a decision of the College of Physicians and Surgeons regarding a complaint made about a doctor pursuant to Alberta's *Health Professions Act*. Pursuant to that statute, the complainant had a right of appeal to the administrative decision maker. However, the Court's description of the role of a complainant in a professional disciplinary matter provides guidance. The Court reviewed the jurisprudence that establishes that there is no *lis inter partes* between the complainant and the subject of the complaint; the parties are the disciplinary body and the subject of the complaint. The complainant is not seeking a personal remedy, but has the same interest as any member of the public to ensure that members of the profession meet the standards set by the governing body.

[212] *Figueiras v. (York) Police Services Board*, 2013 ONSC 7419 (CanLII) (*Figueiras*), relied on by the applicants, dealt with complaints against police officers. The Court's conclusion that the complainant had the same procedural rights as the officer who was the subject of the complaint was based on the provisions of the Ontario *Police Services Act* [R.S.O. 1990, c. P.15], which granted full-party status to complainants at later stages of the review process. *Figueiras* does not support broader procedural rights for complainants in other disciplinary processes.

[213] In *Taylor*, the CJC dismissed a complaint regarding a judge who had refused to permit Mr. Taylor to wear a kufi in the courtroom. Among other arguments on judicial review, Mr. Taylor argued that the dismissal of his complaint, which alleged bias against the trial judge, gave rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the decision maker, i.e. the Chair of the Judicial Conduct Committee.

prétention voulant que des droits procéduraux plus importants auraient dû être accordés aux plaignants dans ce contexte.

[211] Dans l'affaire *Tran*, la Cour était saisie d'une demande de contrôle judiciaire portant sur une décision du Collège des médecins et chirurgiens concernant une plainte déposée à l'encontre d'un médecin en vertu de la loi albertaine intitulée *Health Professions Act* [R.S.A. 2000, ch. H-7] (Loi sur les professions de la santé). En vertu de cette loi, le plaignant avait le droit d'en appeler devant le décideur administratif. Toutefois, on peut tirer des enseignements de la description que la Cour a fait du rôle d'un plaignant dans une affaire disciplinaire concernant un professionnel. La Cour a analysé la jurisprudence qui établit l'absence de *lis inter partes* entre le plaignant et la personne faisant l'objet de la plainte; les parties sont l'organe disciplinaire et la personne faisant l'objet de la plainte. Le plaignant ne cherche pas à obtenir réparation d'un préjudice personnel, mais il a le même intérêt que tout autre membre du public à s'assurer que les membres de la profession observent les normes établies par l'organisme de réglementation.

[212] L'affaire *Figueiras v. (York) Police Services Board*, 2013 ONSC 7419 (CanLII) (*Figueiras*), invoquée par les demandeurs, portait sur des plaintes contre des policiers. La conclusion de la Cour selon laquelle le plaignant avait les mêmes droits procéduraux que l'agent qui faisait l'objet de la plainte était fondée sur les dispositions de la *Loi sur les services policiers* [L.R.O. 1990, ch. P.15], une loi ontarienne qui accordait aux plaignants le statut de partie à part entière dans le cadre des étapes ultérieures du processus d'examen. La décision *Figueiras* ne préconise pas l'élargissement des droits procéduraux des plaignants dans d'autres procédures disciplinaires.

[213] Dans l'affaire *Taylor*, le CCM avait rejeté une plainte concernant un juge qui avait refusé de permettre à M. Taylor de porter un kufi dans la salle d'audience. Entre autres arguments à l'appui de sa demande de contrôle judiciaire, M. Taylor soutenait que le rejet de sa plainte, laquelle alléguait la partialité du juge de première instance, donnait raisonnablement lieu de craindre que le décideur, c'est-à-dire le président du comité sur la conduite des juges, était partial.

[214] In *Taylor*, at paragraph 77, the Court of Appeal acknowledged that the prevailing jurisprudence supported the view that the CJC did not owe a duty of fairness to a complainant in exercising its power to close a complaint. The Court of Appeal accepted the reasons for this as advanced by the respondent (at paragraphs 75–76), which included that a complainant is not seeking to vindicate any right or personal interest; that the role of the CJC is to decide whether a judge’s conduct is so serious as to merit removal; and that the filing of a complaint draws to the attention of the CJC a possible instance of judicial misconduct, which the CJC must dispose of in “one of the statutorily prescribed ways.”

[215] However, the Court of Appeal noted that complainants should not be denied procedural fairness as this could frustrate the ability of the CJC to investigate complaints and thereby enhance public confidence. The Court of Appeal explained, at paragraphs 78–79:

.... While the closing of a file may not adversely affect a personal interest of the complainant, more is at stake than accurate decision making. To deny a complainant the right to procedural fairness is apt to frustrate the ability of the Council to perform its statutory function of improving the quality of judicial services by thoroughly and impartially investigating complaints in order that it may take appropriate action, and thereby enhance public confidence in the judiciary.

.... [I]t would be inimical to the sensitive role of the Council in enhancing the administration of justice in Canada to impose the duty of fairness to protect the independence of the judiciary, as well as the private interest of judges in their reputations and livelihood, but not to impose it to protect the equally important public interest in ensuring that judicial misconduct is accurately identified and appropriately dealt with. In a sense, a complainant may be seen as the self-appointed representative of the public interest in protecting “the right of persons who come before the courts to a fair trial by an impartial tribunal”, to borrow words from *Moreau-Bérubé*, at paragraph 45. The fact that the By-laws confer participatory rights on the judge who is the subject of the complaint, but only provide that the complainant be advised when a file is closed, does not, in my view, preclude the imposition of the duty of fairness in favour of a complainant.

[214] Dans l’arrêt *Taylor*, au paragraphe 77, la Cour d’appel a reconnu que la jurisprudence actuelle étayait la proposition selon laquelle le CCM n’avait pas de devoir d’équité envers un plaignant dans l’exercice de son pouvoir de classer une plainte. La Cour d’appel a souscrit au raisonnement du défendeur (aux paragraphes 75–76), qui affirmait notamment qu’un plaignant ne cherchait pas à faire valoir un droit ou un intérêt personnel; que la fonction du CCM était de dire si l’inconduite du juge était si grave qu’elle justifiait une destitution; et que le dépôt d’une plainte appelait simplement l’attention du CCM sur un cas possible d’inconduite, cas dont le Conseil était tenu de disposer « selon l’une des manières prévues par la loi ».

[215] Toutefois, la Cour d’appel a statué que les plaignants ne devraient pas être privés de leur droit à l’équité procédurale, car cela risquerait d’entraver l’aptitude du CCM à examiner les plaintes et par là accroître la confiance du public. La Cour d’appel explique, aux paragraphes 78–79 :

... Le fait de classer une affaire peut ne pas préjudicier les intérêts personnels du plaignant, mais ce qui est en jeu va au-delà d’une décision exacte. Nier à un plaignant le droit à l’équité procédurale risque d’entraver l’aptitude du Conseil à exercer sa fonction officielle, qui est d’améliorer la qualité de la justice en examinant les plaintes en profondeur et avec impartialité, afin de pouvoir prendre les mesures qui s’imposent et par là accroître la confiance du public dans la justice.

[...] on comprendrait mal le rôle délicat du Conseil, qui est de faire progresser l’administration de la justice au Canada, si l’on imposait au Conseil le devoir d’équité consistant à protéger l’indépendance de la justice, ainsi que l’intérêt personnel des juges dans leur réputation et leurs moyens d’existence, mais sans lui imposer l’obligation de protéger un intérêt public tout aussi important, le dépistage scrupuleux des cas d’inconduite chez les juges et l’adoption de mesures adéquates dans les cas semblables. En un sens, on pourrait considérer le plaignant comme quelqu’un qui a pris sur lui de représenter l’intérêt public dans la protection « du droit des justiciables à un procès équitable devant un tribunal impartial », pour reprendre les mots apparaissant au paragraphe 45 de l’arrêt *Moreau-Bérubé*. Le *Règlement administratif* du Conseil accorde des droits de participation au juge qui fait l’objet de la plainte, tout en disposant que le plaignant ne sera informé que lorsque l’affaire sera classée, mais cela n’empêche pas à mon avis qu’il y a un devoir d’équité à l’égard du plaignant.

[216] In *Taylor*, the complainant also argued that it was unfair that a letter written by the judge to the CJC, which was considered by the Chair, was not disclosed to him prior to the rendering of the decision. The Court of Appeal noted that it could think of no good reason to not disclose the letter. However, the alleged breach of procedural fairness in *Taylor* was the lack of impartiality or bias; the issue was not whether the non-disclosure of the letter was a breach of procedural fairness and the Court made no such finding (see paragraph 105).

[217] Contrary to the applicants' submissions, I do not regard *Taylor* as establishing a principle that complainants are entitled to disclosure of the information considered by the CJC or that they are owed a higher level of procedural rights than set out in the By-laws and Review Procedures or as supported by the application of the *Baker* factors. *Taylor* supports the view that complainants should not be denied procedural fairness, which is not disputed. The issue is the scope or level of the duty. As noted, complainants have some procedural rights, but not to the same extent as the judge who is the subject of the complaint.

[218] In *Slansky*, the Federal Court of Appeal considered whether the CJC should have disclosed a report of an investigator retained by the CJC to the complainant. In addressing the reasons for non-disclosure, Justice Mainville, in concurring reasons, explained the distinction between the procedural rights of the judge and those of the complainant, at paragraphs 164–165:

Confidentiality is somewhat limited *vis-à-vis* a judge who is the subject of the inquiry and who is directly affected by its outcome. The judge is entitled to notice of the subject matter of the investigation, and he must be provided sufficient information about the material evidence gathered: *Judges Act*, section 64 and *Complaints Procedures* of the Council at section 7.2. In investigating a complaint against a judge, the Council is in effect determining whether the judge's conduct could amount to an abuse that merits a further inquiry to determine whether the judge should be removed from office. Since the rights of the judge may be directly and substantially affected by

[216] Dans l'affaire *Taylor*, le plaignant avançait également qu'il était inéquitable qu'une lettre écrite par le juge au CCM et prise en considération par le président ne lui ait pas été communiquée avant le prononcé de la décision. Le juge de la Cour d'appel a affirmé qu'il ne voyait pas du tout pourquoi cette lettre n'aurait pas dû être communiquée. Toutefois, le manquement allégué à l'obligation d'équité procédurale tenait, dans l'affaire *Taylor*, au manque d'impartialité ou à la partialité; la question n'était pas de savoir si la non-communication de la lettre contrevenait au devoir d'équité procédurale, et la Cour n'a formulé aucune conclusion en ce sens (voir paragraphe 105).

[217] Contrairement à ce que soutiennent les demandeurs, je ne suis pas d'avis que l'arrêt *Taylor* énonce un principe voulant que les plaignants aient droit à la communication des informations prises en considération par le CCM ou à des droits procéduraux plus étendus que ceux prévus par le Règlement administratif et les Procédures d'examen, ou justifiés par l'application des facteurs énoncés dans l'arrêt *Baker*. L'arrêt *Taylor* étaye la position selon laquelle les plaignants ne devraient pas se voir refuser l'équité procédurale, ce qui n'est pas contesté. Ce qui est en jeu, c'est le contenu ou le niveau du devoir d'équité. Comme je l'ai mentionné plus haut, les plaignants jouissent de certains droits procéduraux, mais pas autant que le juge qui fait l'objet de la plainte.

[218] Dans l'arrêt *Slansky*, la Cour d'appel fédérale a examiné si le CCM aurait dû communiquer au plaignant le rapport d'un enquêteur qu'il avait engagé. Dans ses motifs concourants, analysant les raisons de la non-divulgateion, le juge Mainville a expliqué la distinction entre les droits procéduraux du juge et ceux du plaignant, aux paragraphes 164 et 165 :

La confidentialité est dans une certaine mesure limitée pour le juge qui fait l'objet de l'enquête et qui sera directement touché par son issue. Le juge a le droit d'être avisé de l'objet de l'enquête, et il doit bénéficier de renseignements suffisants au sujet de la preuve matérielle recueillie : article 64 de la *Loi sur les juges* et article 7.2 des *Procédures relatives aux plaintes* du Conseil. Lorsqu'il enquête sur une plainte portée contre un juge, le Conseil décide en fait si la conduite du juge peut être considérée comme un abus justifiant une enquête approfondie dans le but de décider si le juge doit être démis de ses fonctions. Comme les droits du juge peuvent être touchés

the ultimate outcome, the Council owes the judge a high duty of procedural fairness throughout the process so as to afford the judge an effective opportunity to respond.

However, since the complainant's only legal right is to make a complaint, the content of any duty of fairness that the Council may owe to the complainant in dismissing the complaint is at the low end of the spectrum: *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1247, [2002] 3 F.C. 91, at paragraphs 50–52; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 451, at paragraphs 20–22; see by analogy *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (Ont. S.C.J.), at paragraph 18. The limited duty of disclosure owed under the Council's *Complaints Procedures* is simply to inform the complainant of the disposition of the complaint. This was amply discharged in this case. The Council owes no further duty of disclosure to Mr. Slansky. [Emphasis added.]

[219] The jurisprudence establishes that the CJC's complaints review process is investigative (*Slansky*). There is no dispute or *lis* between the complainant and the judge against whom the complaint is made. The complaint sets the investigative process in motion. The role of the CJC is to seek the truth, through its own research and with information provided by the complainant and the judge whose conduct is under review: *Girouard*, at paragraph 36, citing *Therrien*, at paragraph 103 and *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 S.C.R. 267, 1995 CanLII 49, at paragraphs 72–73.

C. The Process Followed by the CJC

[220] In this case, the complainants submitted complaints about Justice Spiro's conduct based on information available to them at the time, which some complainants acknowledged were based on media accounts, and noted their concerns, with considerable detail, about the impact of that conduct. This constitutes an opportunity to make some submissions. The email reply by the CJC to the complaints stated that the complainants could submit further information but did not suggest that complainants would be asked to do so, and clearly stated that the complainants would be contacted when the review of the complaint was completed. The Review Procedures provide that the Executive Director may inform the complainant when

directement et en profondeur par l'issue ultime de l'enquête, le Conseil doit s'acquitter d'un important devoir d'équité procédurale envers le juge pendant tout le processus, de sorte que le juge puisse bénéficier d'une réelle occasion de réagir à la situation.

Toutefois, comme le seul droit du plaignant est celui de déposer une plainte, le contenu de tout devoir d'équité du Conseil envers le plaignant lorsqu'il rejette la plainte est plutôt faible : *Taylor c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1247, [2002] 3 C.F. 91, aux paragraphes 50 à 52; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 451, aux paragraphes 20 à 22; voir par analogie *Jacko v. McLellan*, 2008 CanLII 69579, 306 D.L.R. (4th) 126 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 18. Le devoir de divulgation limité dont le Conseil doit s'acquitter conformément à ses *Procédures relatives aux plaintes* consiste simplement à informer le plaignant de l'issue du traitement de la plainte. Le Conseil s'est amplement acquitté de ce devoir en l'espèce. Il n'a plus de devoir de divulgation envers M^c Slansky. [Non souligné dans l'original.]

[219] La jurisprudence établit que le processus d'examen des plaintes du CCM a le caractère d'enquête (*Slansky*). Il n'y a pas de litige ou de *lis* entre le plaignant et le juge contre lequel la plainte est déposée. La plainte déclenche le processus d'enquête. La fonction du CCM est la recherche de la vérité, par ses propres recherches et celles du plaignant et du juge qui fait l'objet de la plainte : *Girouard*, au paragraphe 36, citant *Therrien*, au paragraphe 103 et *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995] 4 R.C.S. 267, 1995 CanLII 49, aux paragraphes 72–73.

C. La procédure suivie par le CCM

[220] En l'espèce, les plaignants ont déposé des plaintes concernant la conduite du juge Spiro en se fondant sur les renseignements à leur disposition à l'époque, dont certains plaignants ont admis qu'ils étaient tirés des récits des événements faits dans la presse, et ils ont exprimé, avec beaucoup de détails, leurs préoccupations quant aux retombées de cette conduite. Il s'agissait là d'une occasion de formuler des observations. Le courriel du CCM répondant aux plaintes informait les plaignants qu'ils pouvaient communiquer d'autres informations, sans indiquer qu'ils seraient invités à le faire, et précisait clairement que les plaignants seraient contactés lorsque l'examen de la plainte serait terminé. Les Procédures d'examen prévoient

a matter is referred to a Review Panel (section 12.5), but there is no requirement to do so.

[221] Professor Scott attests that the complainants received only a standard-form response from the CJC indicating, with no cut-off date, that they could submit further information to the CJC and would receive further communication once the review of the complaints was complete. Professor Scott states that the CJC did not initiate any follow-up with any of the complainants, who were not otherwise invited to provide further submissions, informed of the stages of the review process, nor afforded an opportunity to respond to comments made by Justice Spiro. All this is true, but does not demonstrate any breach of procedural fairness.

[222] The duty of procedural fairness owed to the complainants did not require the disclosure to them of the letter from the Chief Justice of the Tax Court to the CJC, the reasons of the Vice-Chair for referral of the complaint, or Justice Spiro's submissions to the Vice-Chair or Review Panel so that they could make submissions in reply. As noted above, CJC proceedings—especially at the preliminary stages—do not pit the complainant against the judge. The CJC's role is to investigate the complaint and search for the truth.

[223] The applicants submit, more generally, that the complainants were “kept in the dark,” including that they received only the letters from the Executive Director and did not receive the Review Panel's decision in a timely way, that Professor Scott's submissions were not sought or addressed, and that they were not advised that the Cromwell Report was provided to the Review Panel.

[224] Contrary to the applicants' submissions that they were not even aware that a Review Panel had been established, the CJC's news release in January 2021 announced that the complaint had been referred by the Vice-Chair to a Review Panel. While this is not a personal communication to the complainants, it was accessible information. In addition, the complainants' receipt of the letters from the

que le directeur exécutif peut informer le plaignant lorsqu'une affaire est déferée à un comité d'examen (au paragraphe 12.5), mais n'impose aucune obligation à cet égard.

[221] Le professeur Scott atteste que les plaignants n'ont reçu qu'une réponse type de la part du CCM, laquelle indiquait, sans mention d'une date limite, qu'ils pouvaient soumettre d'autres renseignements au CCM et qu'ils recevraient d'autres communications une fois l'examen des plaintes terminé. Le professeur Scott affirme que le CCM n'a pas fait de suivi auprès des plaignants, qui n'ont pas été autrement invités à présenter d'autres observations ni informés des étapes du processus d'examen, et qui ne se sont pas vu offrir la possibilité de répondre aux observations du juge Spiro. Tout cela est vrai, mais ne prouve pas qu'il y ait eu atteinte à l'équité procédurale.

[222] L'obligation d'équité procédurale envers les plaignants n'exigeait pas la communication de la lettre adressée au CCM par le juge en chef de la Cour de l'impôt, des motifs de la décision du vice-président de renvoyer la plainte ou des observations faites par le juge Spiro au vice-président ou au Comité d'examen, de sorte que les plaignants puissent présenter des observations en réponse. Comme mentionné plus haut, la procédure du CCM, et en particulier ses étapes préliminaires, ne constitue pas un litige entre le plaignant et le juge. La fonction du CCM est d'examiner la plainte et de rechercher la vérité.

[223] Les demandeurs soutiennent, de façon plus générale, que les plaignants ont été « tenus dans l'ignorance », notamment parce qu'ils n'ont reçu que les lettres de la directrice exécutive et qu'ils n'ont pas reçu la décision du Comité d'examen en temps opportun, que les observations du professeur Scott n'ont pas été sollicitées ou analysées et qu'ils n'ont pas été avisés que le rapport Cromwell avait été soumis au Comité d'examen.

[224] Le renvoi de l'affaire par le vice-président au Comité d'examen avait été annoncé par le CCM par communiqué de presse en janvier 2021, ce qui contredit l'allégation des demandeurs selon laquelle ils n'avaient pas même eu connaissance de la constitution d'un comité d'examen. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une communication personnelle avec les plaignants, ces informations

Executive Director on May 20, 2021, which provided a summary of the decision, was followed on May 21, 2021, with the news release providing similar information.

[225] The applicants' submission that the public would never have known of the judicial conduct complained of or of the CJC's resolution of the complaints but for this Application overlooks the several news releases on the CJC website, including from January 2021, May 2021 and October 2021 (with a link to the Report of the Review Panel).

[226] In conclusion, as noted, the duty of procedural fairness owed by the CJC to the complainants in the circumstances is at the lower end of the spectrum. The CJC met the duty owed; the complainants had the opportunity to submit their complaints, which were detailed; the CJC conducted an impartial review and investigation in accordance with its By-laws and Review Procedures; and, the CJC followed its By-laws and Review Procedures with respect to the role of complainants, including to inform the complainants of the outcome.

JUDGMENT in file T-1005-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is dismissed.
2. No costs are ordered.

étaient accessibles. De plus, la réception par les plaignants des lettres de la directrice exécutive du 20 mai 2021 résumant la décision a été suivie par la publication, le 21 mai 2021, d'un communiqué de presse contenant des renseignements semblables.

[225] L'allégation des demandeurs selon laquelle, n'eût été la présente demande, le public n'aurait jamais appris la conduite du juge reprochée ou le règlement des plaintes par le CCM fait fi des nombreux communiqués publiés sur le site Web du CCM, dont ceux de janvier 2021, mai 2021 et octobre 2021 (ce dernier contenant un lien vers le rapport du Comité d'examen).

[226] En conclusion, comme je le mentionne plus haut, l'obligation d'équité procédurale incombant au CCM envers les plaignants dans les circonstances est minimale. Le CCM s'est acquitté de son obligation; les plaignants ont eu la possibilité de déposer des plaintes, lesquelles étaient détaillées; le CCM a effectué un examen et une enquête de manière impartiale dans le respect de son Règlement administratif et de ses Procédures d'examen; et le CCM a appliqué son Règlement administratif et ses Procédures d'examen en ce qui concerne les droits des plaignants, y compris en informant ceux-ci du résultat de l'examen.

JUGEMENT dans le dossier T-1005-21

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Aucuns dépens ne sont adjugés.

2022 FC 923
T-1340-20
T-1341-20

2022 CF 923
T-1340-20
T-1341-20

Benjamin Moore & Co. (Appellant)

Benjamin Moore & Co. (appelante)

v.

c.

The Attorney General of Canada (Respondent)

Le procureur général du Canada (intimé)

and

et

Intellectual Property Institute of Canada (Intervener)

L'Institut de la propriété intellectuelle du Canada (intervenant)

INDEXED AS: BENJAMIN MOORE & CO. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : BENJAMIN MOORE & CO. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Gagné A.C.J.—By videoconference, March 30; Ottawa, June 17, 2022.

Cour fédérale, juge en chef adjointe Gagné—Par vidéoconférence, 30 mars; Ottawa, 17 juin 2022.

Patents — Practice — Appeals from decisions of the Commissioner of Patents finding that claims on file, proposed claims of Canadian Patent No. 2695130 ('130 Application), Canadian Patent No. 2695146 ('146 Application) not comprising patentable subject matter pursuant to definition of invention under Patent Act, s. 2 — Instead, Commissioner determined that essential elements of each invention constituted abstract theorem, falling under statutory exception provided at Act, s. 27(8) — Appeals consolidated, heard together — '130, '146 Applications relating to appellant's "Color Selection System," which is computer-implemented colour selection method that uses experimentally derived relationships for colour harmony, colour emotion — Both applications filed under Patent Cooperation Treaty provisions — Patent Appeal Board conducting review of applications, recommending that Commissioner reject them — Commissioner following that recommendation, using problem-solution approach to make determination — However, problem-solution approach found to be incorrect in Chouiefaty v. Canada (Attorney General) — Commissioner concluded for both of appellant's applications that since no computer problem to be solved, computer, associated components not part of solution — Appellant argued in particular that Commissioner erred in applying incorrect test for claim construction, patentable subject matter, when determining that computer was not essential element to invention — It sought order declaring that '130, '146 Applications each disclose patentable inventions — Respondent agreed that Commissioner erred in her assessment of Applications but suggested that Court should limit itself to setting aside

Brevets — Pratique — Appels à l'encontre de deux décisions de la commissaire aux brevets, concluant que les revendications au dossier et les revendications proposées dans le cadre de la demande de brevet canadien n° 2695130 (la demande visant le brevet '130) et de la demande de brevet canadien n° 2695146 (la demande visant le brevet '146) ne comprenaient pas d'objets brevetables correspondant à la définition d'invention prévue à l'article 2 de la Loi sur les brevets — La commissaire a plutôt conclu que les éléments essentiels de chaque invention constituaient des conceptions théoriques et étaient visés par l'exception prévue au paragraphe 27(8) de la Loi — Les appels ont été réunis et instruits ensemble — Les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portent sur le « système de sélection de couleurs » de l'appelante, qui est une méthode de sélection des couleurs mise en œuvre par ordinateur qui utilise des relations dérivées expérimentalement pour l'harmonie des couleurs et l'émotion des couleurs — Les deux demandes ont été déposées en vertu des dispositions du Traité de coopération en matière de brevets — La Commission d'appel des brevets a examiné les demandes et a recommandé à la commissaire de les rejeter — Souscrivant à cette recommandation, la commissaire a appliqué la méthode « problème-solution » pour rendre sa décision — Toutefois, il a été conclu dans la décision Chouiefaty c. Canada (Procureur général) que cette méthode « problème-solution » était incorrecte — En ce qui concerne les deux demandes, la commissaire a conclu que puisqu'il n'y avait pas de problème informatique à résoudre, l'ordinateur et les composantes associées ne faisaient pas partie de la solution — L'appelante a fait valoir que la commissaire a commis

Commissioner's decisions, remitting matter back for reconsideration — Issues were whether Commissioner erred by applying wrong legal test for claim construction, patentable subject matter; whether Court should make determination on whether '130, '146 Applications constitute patentable subject matter or should it remit matter to Commissioner for new determination; if Court remitted matter to Commissioner, what instructions should be provided — Supreme Court in Free World Trust v. Électro Santé Inc., Whirlpool Corp. v. Camco Inc. establishing that purposive construction approach must be used in construing patent claims — Parties not disputing that Commissioner incorrectly applying problem-solution approach to assessment — In this case, instead of using purposive construction approach to determine whether actual invention patentable, Commissioner construed claims of both '130, '146 Applications by identifying only novel aspects of invention, determined that those novel aspects were unpatentable as “mere scientific principles or abstract theorems” — Commissioner also erring on other fronts — In applying incorrect test to assessing patentability of computer-implemented inventions, Commissioner not making requisite factual findings that would allow analysis of her decision on patentable subject matter — Determination of proper legal test to be applied was question of law well within Court's purview — Legal framework to assessment of patentability of computer-implemented inventions proposed by intervener, endorsed by applicant was in keeping with Supreme Court's teachings on matter — Therefore, '130, '146 Applications remitted to Canadian Intellectual Property Office (CIPO) for new determination; CIPO directed on proper procedure for claims construction, identifying patentable subject matter — Appeals allowed.

These were appeals from two decisions by the Commissioner of Patents finding that the claims on file and the proposed claims of Canadian Patent No. 2695130 (the '130 Application) and Canadian Patent No. 2695146 (the '146 Application) did

une erreur en appliquant le mauvais critère à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables lorsqu'elle a conclu que l'ordinateur ne constituait pas un élément essentiel de l'invention — Elle a sollicité une ordonnance déclarant que la demande visant le brevet '130 et la demande visant le brevet '146 divulguent toutes deux des inventions brevetables — L'intimé a convenu que la commissaire avait commis une erreur en examinant les demandes, mais il a affirmé que la Cour devrait se limiter à annuler les décisions de la commissaire et à renvoyer l'affaire pour réexamen — Il s'agissait de savoir si la commissaire a commis une erreur en appliquant le mauvais critère juridique à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables; de déterminer si la Cour devait trancher la question de savoir si les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portaient sur un objet brevetable ou si elle devait renvoyer l'affaire à la commissaire pour qu'elle rende une nouvelle décision; et, advenant le cas où la Cour devait renvoyer l'affaire à la commissaire, il s'agissait de déterminer quelles instructions elle devait lui donner — Dans les arrêts Whirlpool Corp. c. Camco Inc. et Free World Trust c. Électro Santé Inc., la Cour suprême du Canada a conclu que les revendications d'un brevet doivent être interprétées à l'aide de la méthode de l'interprétation téléologique — Les parties ne contestent pas le fait que la commissaire a appliqué incorrectement la méthode « problème-solution » lorsqu'elle a examiné les demandes — En l'espèce, au lieu d'utiliser la méthode de l'interprétation téléologique pour déterminer si l'invention réelle est brevetable, la commissaire a interprété les revendications des demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 en ne définissant que les aspects nouveaux de l'invention, et elle a conclu que ceux-ci ne sont pas brevetables, car il s'agit de « simples principes scientifiques ou conceptions théoriques » — La commissaire a également commis une erreur à d'autres égards — En appliquant le mauvais critère à l'évaluation de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, la commissaire n'a pas tiré les conclusions de fait nécessaires qui auraient permis d'analyser sa décision quant aux objets brevetables — La détermination du critère juridique qu'il convient d'appliquer était une question de droit relevant tout à fait de la compétence de la Cour — Le cadre juridique proposé par l'intervenant et approuvé par l'appelante pour évaluer la brevetabilité des inventions mise en œuvre par ordinateur était compatible avec les enseignements de la Cour suprême à cet égard — Par conséquent, les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 ont été renvoyées à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) pour qu'il rende une nouvelle décision; et il a été ordonné à l'OPIC d'adopter la bonne procédure pour interpréter les revendications et identifier les objets brevetables — Appels accueillis.

Il s'agissait d'appels à l'encontre de deux décisions de la commissaire aux brevets, concluant que les revendications au dossier et les revendications proposées dans le cadre de la demande de brevet canadien n° 2695130 (la demande visant le

not comprise patentable subject matter pursuant to the definition of invention under section 2 of the *Patent Act* (Act). Instead, the Commissioner determined that the essential elements of each invention constituted a mere abstract theorem, falling under the statutory exception provided at subsection 27(8) of the *Patent Act*. The appeals were consolidated and heard together.

The '130 and '146 Applications relate to the appellant's "Color Selection System," which is "a computer-implemented colour selection method that uses experimentally derived relationships for colour harmony and colour emotion". Both applications were filed under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty*. In May 2017, the patent examiner of the Canadian Intellectual Property Office (CIPO) issued Final Actions under subsection 30(4) of the former *Patent Rules* stating that neither application was an invention per section 2 of the Act. A committee of the Patent Appeal Board then conducted a review of the applications and recommended that the Commissioner reject them because the claims were directed to non-statutory subject matter and therefore were non-compliant with section 2 of the Act. The Commissioner followed the recommendation. In making its determination, the Board followed the CIPO's *Manual of Patent Office Practice (MOPOP)*, which at the time stated that a problem-solution approach was to be used. Meanwhile, this "problem-solution" approach was found to be incorrect in *Chouiefaty v. Canada (Attorney General)*. Following *Chouiefaty*, CIPO issued an updated Practice Notice entitled "Patentable Subject-Matter under the *Patent Act*". However, this Practice Notice still includes the problem-solution approach. For both of the appellant's applications, the Commissioner concluded that since there was no computer problem to be solved, the computer and associated components were not part of the solution.

The appellant argued that the Commissioner erred in applying the incorrect test for claim construction and patentable subject matter, when determining that the computer was not an essential element to the invention. It sought an order declaring that the '130 and '146 Applications each disclose patentable inventions. Alternatively, it asked the Court to send the matter back and direct CIPO to use the purposive construction tests set out by the Supreme Court in *Free World Trust v. Électro Santé Inc. and Whirlpool Corp. v. Camco Inc.* instead of the "problem-solution approach" or the "substance of the invention approach". The respondent agreed that the Commissioner erred in her assessment of the '130 and '146 Applications. However, the respondent suggested that the Court should limit itself to

brevet '130) et de la demande de brevet canadien n° 2695146 (la demande visant le brevet '146) ne comprenaient pas d'objets brevetables correspondant à la définition d'invention prévue à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*. La commissaire a plutôt conclu que les éléments essentiels de chaque invention ne constituaient que de simples conceptions théoriques et étaient visés par l'exception prévue au paragraphe 27(8) de la *Loi sur les brevets*. Les appels ont été réunis et instruits ensemble.

Les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portent sur le « système de sélection de couleurs » de l'appelante, qui est « une méthode de sélection des couleurs mise en œuvre par ordinateur qui utilise des relations dérivées expérimentalement pour l'harmonie des couleurs et l'émotion des couleurs ». Les deux demandes ont été déposées en vertu des dispositions du *Traité de coopération en matière de brevets*. En mai 2017, l'examineur de brevets de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) a rendu des décisions finales en application du paragraphe 30(4) des anciennes *Règles sur les brevets*, en indiquant qu'aucune des demandes ne visait une invention au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*. Un comité de la Commission d'appel des brevets a ensuite examiné les demandes et a recommandé à la commissaire de les rejeter au motif que les revendications visaient un objet non prévu par la *Loi sur les brevets* et n'étaient donc pas conformes à l'article 2 de cette loi. La commissaire a souscrit à cette recommandation. Pour formuler sa recommandation, la Commission s'est appuyée sur le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets (RPBB)* de l'OPIC, qui à cette période, indiquait qu'il fallait employer la méthode « problème-solution ». Toutefois, il a été conclu dans la décision *Chouiefaty c. Canada (Procureur général)* que cette méthode « problème-solution » était incorrecte. Après la décision *Chouiefaty*, l'OPIC a publié un énoncé de pratique révisé intitulé « Objet brevetable en vertu de la *Loi sur les brevets* ». Cependant, l'utilisation de la méthode problème-solution demeure prévue dans cet énoncé de pratique. En ce qui concerne les deux demandes de l'appelante, la commissaire a conclu que, puisqu'il n'y avait pas de problème informatique à résoudre, l'ordinateur et les composantes associées ne faisaient pas partie de la solution.

L'appelante a fait valoir que la commissaire a commis une erreur en appliquant le mauvais critère à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables lorsqu'elle a conclu que l'ordinateur ne constituait pas un élément essentiel de l'invention. Elle a sollicité une ordonnance déclarant que la demande visant le brevet '130 et la demande visant le brevet '146 divulguent toutes deux des inventions brevetables. À titre subsidiaire, elle a demandé à la Cour de renvoyer l'affaire à l'OPIC et de lui ordonner d'appliquer les critères de l'interprétation téléologique énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Free World Trust c. Électro Santé Inc. et Whirlpool Corp. c. Camco Inc.* au lieu de la « méthode problème-solution » ou de la « démarche de l'essentiel de l'invention ». L'intimé a convenu que la commissaire

setting aside the Commissioner's decisions and remitting the matter back for reconsideration. While the parties agreed that the Commissioner erred in applying the "problem-solution" test for claim construction and for patentable subject matter, they differed in their views on whether the Court should dictate the proper test to be applied.

The issues were whether the Commissioner erred by applying the wrong legal test for claim construction and patentable subject matter; whether the Court should make a determination on whether the '130 and '146 Applications constitute patentable subject matter or should it remit the matter to the Commissioner for a new determination; and, if the Court remitted the matter to the Commissioner, what instructions should be provided.

Held, the appeals should be allowed.

In *Whirlpool*, the Supreme Court of Canada established that claims of a patent must be construed using the "purposive construction" approach and this was further explained in *Free World Trust*. Neither *Whirlpool* nor *Free World Trust* suggested a problem-solution approach. Years later, the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Amazon.com, Inc.* established that the Commissioner must use the purposive construction approach when determining whether claims relate to statutory subject matter. Although the Commissioner in this case stated that the purposive construction approach would apply, it then proceeded to follow its MOPOP's problem-solution approach. Therefore, it was not disputed among the parties that the Commissioner incorrectly applied the problem-solution approach to her assessment of the '130 and '146 Applications. In this case, instead of using the purposive construction approach to determine whether the actual invention is patentable, the Commissioner construed the claims of both the '130 and '146 Applications by identifying only the novel aspects of the invention, and determined that those novel aspects were unpatentable as "mere scientific principles or abstract theorems". She also concluded that since there was no computer problem to be solved, the computer and associated components were not essential elements of the invention. First, *Free World Trust* and *Whirlpool* require that claim construction be made prior to conducting the novelty analysis. Second, that is not the test dictated by the Supreme Court of Canada to determine whether an element is essential or not to an invention. Therefore, the Commissioner also erred on that front.

a commis une erreur en examinant les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146. Cependant, l'intimé a affirmé que la Cour devait se limiter à annuler les décisions de la commissaire et à renvoyer l'affaire pour réexamen. Bien que les parties aient toutes convenu que la commissaire a commis une erreur en appliquant le critère « problème-solution » relatif à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables, elles divergeaient toutefois d'opinion sur l'opportunité que la Cour impose le critère à appliquer.

Il s'agissait de savoir si la commissaire avait commis une erreur en appliquant le mauvais critère juridique à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables; de déterminer si la Cour devait trancher la question de savoir si les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portent sur un objet brevetable ou si elle devait renvoyer l'affaire à la commissaire pour qu'elle rende une nouvelle décision; et, si la Cour renvoyait l'affaire à la commissaire, quelles instructions devrait-elle lui donner.

Arrêt : les appels doivent être accueillis.

Dans l'arrêt *Whirlpool*, la Cour suprême du Canada a conclu que les revendications d'un brevet doivent être interprétées à l'aide de la méthode de l'« interprétation téléologique », ce qui a été davantage expliqué dans l'arrêt *Free World Trust*. Il n'est indiqué ni dans l'arrêt *Whirlpool* ni dans l'arrêt *Free World Trust* que la méthode « problème-solution » doit être utilisée. Plusieurs années plus tard, la Cour d'appel fédérale a conclu, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Amazon.com, inc.* que le commissaire aux brevets doit utiliser la méthode de l'interprétation téléologique pour déterminer si les revendications portent sur des objets brevetables. Même si la commissaire en l'espèce a affirmé que la méthode de l'interprétation téléologique s'appliquerait, elle a ensuite suivi la méthode « problème-solution » décrite dans le RPBB. Par conséquent, les parties n'ont pas contesté le fait que la commissaire avait appliqué incorrectement la méthode « problème-solution » lorsqu'elle a examiné les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146. En l'espèce, au lieu d'utiliser la méthode de l'interprétation téléologique pour déterminer si l'invention réelle est brevetable, la commissaire a interprété les revendications des demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 en ne définissant que les aspects nouveaux de l'invention, et elle a conclu que ceux-ci ne sont pas brevetables, car il s'agit de « simples principes scientifiques ou conceptions théoriques ». Elle a également conclu que, puisqu'il n'y avait pas de problème informatique à résoudre, l'ordinateur et les composantes associées ne constituaient pas des éléments essentiels de l'invention. Premièrement, les arrêts *Free World Trust* et *Whirlpool* exigent que les revendications soient interprétées avant l'analyse des aspects nouveaux. Deuxièmement, ce n'est pas le critère qu'a établi la Cour suprême du Canada pour déterminer si un

In its written submissions, the appellant asked the Court to make its own determination of the patentability of the '130 and '146 Applications. However, at the hearing, the appellant asked the Court to remit the matter to CIPO and to make an order directing it to re-examine the '130 and '146 Applications in accordance with the principles of *Free World Trust*, *Whirlpool* and *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, and with specific instructions not to use the “problem-solution approach”.

It had to be determined what instructions the Commissioner should be provided with. The appellant agreed that the intervener’s proposed test was an appropriate statement of the law for CIPO to follow. The intervener proposed a framework to the assessment of the patentability of computer-implemented inventions in which the examiner should, in particular, purposively construe the claim and ask whether the construed claim as a whole consists of only a mere scientific principle or abstract theorem, or whether it comprises a practical application that employs a scientific principle or abstract theorem. The question of whether the '130 and '146 Applications disclosed patentable subject matter being one of mixed question of fact and law, in applying the incorrect test to assessing the patentability of computer-implemented inventions, the Commissioner did not make the requisite factual findings that would allow an analysis of her decision on patentable subject matter. However, the determination of the proper legal test to be applied was a question of law well within the Court’s purview. And the legal framework proposed by the intervener and endorsed by the applicant was in keeping with the Supreme Court’s teachings in *Free World Trust* and *Shell Oil*, and with the Federal Court of Appeal’s invitation to adapt “our understanding of the nature of the ‘physicality requirement’” as technology advances. It also ensured consistency between, in particular, the law applied to patent applications by CIPO and the law applied to issued patents by the courts.

Therefore, the '130 and '146 Applications were remitted to CIPO for a new determination and CIPO was directed on the proper procedure for claims construction and identifying patentable subject matter.

élément est essentiel ou non à une invention. Par conséquent, la commissaire a également commis une erreur à cet égard.

Dans ses observations écrites, l’appelante a demandé à la Cour de se prononcer sur la brevetabilité des objets sur lesquels portent les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146. Toutefois, à l’audience, l’appelante a demandé à la Cour de rendre une ordonnance pour renvoyer l’affaire à l’OPIC, enjoindre à ce dernier d’examiner à nouveau les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 en conformité avec les principes énoncés dans les arrêts *Free World Trust*, *Whirlpool* et *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets* et lui donner l’instruction précise de ne pas utiliser la « méthode problème-solution ».

Il fallait déterminer quelles instructions devaient être données à la commissaire. L’appelante a convenu que le critère proposé par l’intervenant constituait un énoncé adéquat du droit auquel doit se conformer l’OPIC. L’intervenant a proposé d’appliquer un cadre pour l’évaluation de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, suivant lequel l’examineur devrait entre autres se demander si, dans son ensemble, la revendication interprétée consiste uniquement en un simple principe scientifique ou en une simple conception théorique, ou si elle comprend une application pratique d’un principe scientifique ou d’une conception théorique. La question de savoir si les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 divulguaient des objets brevetables est une question mixte de fait et de droit, et en appliquant le mauvais critère à l’évaluation de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, la commissaire n’a pas tiré les conclusions de fait nécessaires qui auraient permis à la Cour d’analyser sa décision quant aux objets brevetables. Toutefois, la détermination du critère juridique qu’il convient d’appliquer était une question de droit relevant tout à fait de la compétence de la Cour. De plus, le cadre juridique proposé par l’intervenant et approuvé par l’appelante était compatible avec les enseignements de la Cour suprême dans les arrêts *Free World Trust* et *Shell Oil*, ainsi qu’avec l’invitation de la Cour d’appel fédérale à adapter « notre compréhension de la nature de “l’exigence du caractère matériel” » à mesure que la technologie évolue. Il assurait également l’uniformité entre, notamment, les règles de droit qu’a appliquées l’OPIC aux demandes de brevet et les règles de droit qu’ont appliquées les tribunaux aux brevets délivrés.

Par conséquent, les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 ont été renvoyées à l’OPIC pour qu’il rende une nouvelle décision, et il a été ordonné à l’OPIC d’adopter la bonne procédure pour interpréter les revendications et identifier les objets brevetables.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2, 27(8).
Patent Rules, SOR/96-423, s. 30(4).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22, amended on September 28, 1979, modified on February 3, 1984, and on October 3, 2001 (as in force from April 1, 2002).

CASES CITED

APPLIED:

Free World Trust v. Électro Santé Inc., 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Choueifaty v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 837, [2021] 1 F.C.R. D-1; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canada (Attorney General) v. Amazon.com, Inc.*, 2011 FCA 328, [2012] 2 F.C.R. 459; *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536, 44 N.R. 541.

CONSIDERED:

Elson v. Canada (Attorney General), 2017 FC 459.

REFERRED TO:

Maple Lodge Farms v. Government of Canada, [1982] 2 S.C.R. 2, 44 N.R. 354; *Merck Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2021 FC 1015.

AUTHORS CITED

Canadian Intellectual Property Office. *Manual of Patent Office Practice (MOPOP)*.

APPEALS from decisions of the Commissioner of Patents (2020 CACP 16 and 2020 CACP 15) finding that the claims on file and the proposed claims of Canadian Patent No. 2695130 and Canadian Patent No. 2695146 did not comprise patentable subject matter pursuant to the definition of invention under section 2 of the *Patent Act*. Appeals allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2, 27(8).
Règles sur les brevets, DORS/96-423, art. 30(4).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22, modifié le 28 septembre 1979 et le 3 février 1984 et le 3 octobre 2001 (texte en vigueur à partir du 1^{er} avril 2002).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Free World Trust c. Électro Santé Inc., 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Choueifaty c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 837, [2021] 1 R.C.F. F-1; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Canada (Procureur général) c. Amazon.com, inc.*, 2011 CAF 328, [2012] 2 R.C.F. 459; *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Elson c. Canada (Procureur général), 2017 CF 459.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada, [1982] 2 R.C.S. 2; *Merck Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2021 CF 1015.

DOCTRINE CITÉE

Office de la propriété intellectuelle du Canada. *Recueil des pratiques du Bureau des brevets (RPBB)*.

APPELS à l'encontre de décisions de la commissaire aux brevets (2020 CACB 16 et 2020 CACB 15), concluant que les revendications au dossier et les revendications proposées dans le cadre de la demande de brevet canadien n° 2695130 et de la demande de brevet canadien n° 2695146 ne comprenaient pas d'objets brevetables correspondant à la définition d'invention prévue à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*. Appels accueillis.

APPEARANCES

Matthew R. Norwood, Benjamin Mak, Abbas A. Kassam and Erin Stuart for appellant.
Abigail Browne and James Schneider for respondent.
Julie Desrosiers, Michael Shortt and Eliane Ellbogen for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Ridout & Maybee LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
Fasken Martineau DuMoulin LLP for intervener.

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

GAGNÉ A.C.J.:

I. Overview

[1] Benjamin Moore & Co. appeals two decisions by the Commissioner of Patents [2020 CACP 16 and 2020 CACP 15]. The Commissioner found that the claims on file and the proposed claims of Canadian Patent No. 2695130 (the '130 Application) and Canadian Patent No. 2695146 (the '146 Application) did not comprise patentable subject matter pursuant to the definition of invention under section 2 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. Instead, the Commissioner determined that the essential elements of each invention constituted a mere abstract theorem, falling under the statutory exception provided at subsection 27(8) of the *Patent Act*.

[2] Those appeals were consolidated by the Court and heard together.

[3] The appellant argues that the Commissioner erred in applying the incorrect test for claim construction and patentable subject matter, when determining that the computer was not an essential element to the invention. It seeks an order declaring that the '130 and '146 Applications each disclose patentable inventions. Alternatively, it asks the

ONT COMPARU :

Matthew R. Norwood, Benjamin Mak, Abbas A. Kassam et Erin Stuart pour l'appelante.
Abigail Browne et James Schneider pour l'intimé.
Julie Desrosiers, Michael Shortt et Eliane Ellbogen pour l'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ridout & Maybee LLP, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.
Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., pour l'intervenant.

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

LA JUGE EN CHEF ADJOINTE GAGNÉ :

I. Aperçu

[1] Benjamin Moore & Co. interjette appel de deux décisions de la commissaire aux brevets [2020 CACB 16 et 2020 CACB 15]. La commissaire a conclu que les revendications au dossier et les revendications proposées dans le cadre de la demande de brevet canadien n° 2695130 (la demande visant le brevet '130) et de la demande de brevet canadien n° 2695146 (la demande visant le brevet '146) ne comprenaient pas d'objets brevetables correspondant à la définition d'invention prévue à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. La commissaire a plutôt conclu que les éléments essentiels de chaque invention ne constituaient que de simples conceptions théoriques et étaient visés par l'exception prévue au paragraphe 27(8) de la *Loi sur les brevets*.

[2] Ces appels ont été réunis et ont été instruits ensemble par la Cour.

[3] L'appelante fait valoir que la commissaire a commis une erreur en appliquant le mauvais critère à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables lorsqu'elle a conclu que l'ordinateur ne constituait pas un élément essentiel de l'invention. Elle sollicite une ordonnance déclarant que la demande visant le brevet '130

Court to send the matter back and direct the Canadian Intellectual Property Office (CIPO) to use the purposive construction tests set out by the Supreme Court in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 and *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, instead of the “problem-solution approach” or the “substance of the invention approach”.

[4] The Intellectual Property Institute of Canada (IPIC) was granted leave to intervene in these appeals. Besides generally siding with the appellant’s position, it takes the debate one step further. IPIC states that in spite of this Court’s ruling in *Choueifaty v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 837, [2021] 1 F.C.R. D-1, CIPO continues to use the wrong approach. CIPO (1) construes claims from the perspective of the “problem to be solved” and the “solution brought by the invention,” and (2) it applies too broadly the “mere scientific principle or abstract theorem” exception.

[5] IPIC therefore states that the question as to the correct approach to assessing the subject matter patentability of computer-implemented inventions transcends the interests of the immediate parties to these appeals and is fundamental to the Canadian patent system. It invites the Court to adopt a revised framework and to instruct CIPO to adhere to it in determining the patentability of such inventions.

[6] The respondent agrees that the Commissioner has erred in her assessment of the '130 and '146 Applications. However, the respondent suggests that the Court should limit itself to setting aside the Commissioner’s decisions and remitting the matter back for reconsideration in light of the Court’s decision in *Choueifaty*.

II. Facts

[7] The '130 and '146 Applications relate to Benjamin Moore’s “Color Selection System,” which is “a computer-implemented colour selection method that uses experimentally derived relationships for colour harmony and

et la demande visant le brevet '146 divulguent toutes deux des inventions brevetables. À titre subsidiaire, elle demande à la Cour de renvoyer l’affaire à l’Office de la propriété intellectuelle du Canada (l’OPIC) et de lui ordonner d’appliquer les critères de l’interprétation téléologique énoncés par la Cour suprême dans les arrêts *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, et *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067, au lieu de la « méthode problème-solution » ou de la « démarche de l’essentiel de l’invention ».

[4] L’Institut de la propriété intellectuelle du Canada (l’IPIC) a obtenu l’autorisation d’intervenir en l’espèce. En plus de souscrire, de façon générale, à la position de l’appelante, l’IPIC pousse le débat un peu plus loin. Il affirme que, en dépit de la décision de notre Cour dans l’affaire *Choueifaty c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 837, [2021] 1 R.C.F. F-1, l’OPIC continue d’utiliser la mauvaise méthode. L’OPIC 1) interprète les revendications du point de vue du « problème à résoudre » et de la « solution fournie par l’invention » et 2) applique trop largement l’exception des « simples principes scientifiques ou conceptions théoriques ».

[5] L’IPIC affirme donc que la méthode qu’il convient d’utiliser pour évaluer la brevetabilité des objets des inventions mises en œuvre par ordinateur transcende les intérêts des parties aux présents appels et est un aspect fondamental du régime canadien de brevets. Il demande à la Cour d’adopter un cadre révisé et d’ordonner à l’OPIC de s’y conformer lorsque ce dernier est appelé à déterminer la brevetabilité de ce type d’inventions.

[6] L’intimé convient que la commissaire a commis une erreur en examinant les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146. Cependant, il affirme que la Cour devrait se limiter à annuler les décisions de la commissaire et à renvoyer l’affaire pour réexamen à la lumière de la décision *Choueifaty*.

II. Les faits

[7] Les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portent sur le « système de sélection de couleurs » de Benjamin Moore, qui est « une méthode de sélection des couleurs mise en œuvre par ordinateur qui utilise

colour emotion”. The '146 Application relates to “the provision of appropriate color combinations given a user’s selection of a threshold colour harmony or colour emotion value”. The '130 Application rather focuses on “providing the user with a combined color score (e.g., color harmony or color emotion score) upon user selection of at least three colors from a color library”.

[8] Both applications were filed under the provisions of the *Patent Cooperation Treaty*, (as in force from April 1, 2002), and have an effective filing date in Canada of July 10, 2008. On May 15, 2017, the patent examiner of the CIPO issued Final Actions under subsection 30(4) of the former *Patent Rules*, SOR/96-423 stating that neither application was an invention per section 2 of the *Patent Act*.

[9] A committee of the Patent Appeal Board then conducted a review of the applications and recommended that the Commissioner reject them because the claims were directed to non-statutory subject matter and therefore non-compliant with section 2 of the *Patent Act*. The Commissioner followed the recommendation and refused both applications.

[10] In making its determination, the Board followed the CIPO’s *Manual of Patent Office Practice (MOPOP)*. Section 13.05.01 in the version of the MOPOP in place at the time stated that:

When examining a claim, an examiner must read the claim in an informed and purposive way. Prior to construing a claim an examiner will:

- 1) Identify the person of ordinary skill in the art [see chapter 15]; and
- 2) Identify the relevant common general knowledge of the person of ordinary skill in the art at the time of publication [see chapter 15].

des relations dérivées expérimentalement pour l’harmonie des couleurs et l’émotion des couleurs ». La demande visant le brevet '146 porte sur « la prestation de combinaisons de couleurs appropriées compte tenu de la sélection d’un utilisateur à l’égard d’une valeur d’un seuil d’harmonie de couleur ou d’émotion de couleur ». La demande visant le brevet '130 est plutôt axée sur « la prestation d’une cote de couleur combinée de l’utilisateur (p. ex., cote d’harmonie de couleur ou d’émotion de couleur) lorsque l’utilisateur sélectionne au moins trois couleurs à partir d’un inventaire de couleurs ».

[8] Les deux demandes ont été déposées en vertu des dispositions du *Traité de coopération en matière de brevets* (dans sa version en vigueur depuis le 1^{er} avril 2002), la date de dépôt au Canada étant le 10 juillet 2008. Le 15 mai 2017, l’examineur de brevets de l’OPIC a rendu des décisions finales en application du paragraphe 30(4) des anciennes *Règles sur les brevets*, DORS/96-423 en indiquant qu’aucune des demandes ne visait une invention au sens de l’article 2 de la *Loi sur les brevets*.

[9] Un comité de la Commission d’appel des brevets a ensuite examiné les demandes et a recommandé à la commissaire de les rejeter au motif que les revendications visaient un objet non prévu par la *Loi sur les brevets* et n’étaient donc pas conformes à l’article 2 de cette loi. La commissaire a souscrit à cette recommandation et a rejeté les deux demandes.

[10] Pour formuler sa recommandation, la Commission d’appel des brevets s’est appuyée sur le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets (RPBB)* de l’OPIC. La section 13.05.01 de la version du RPBB qui était en vigueur à l’époque était rédigée ainsi :

Lors de l’examen d’une revendication, l’examineur doit l’interpréter de façon éclairée et en fonction de l’objet. Avant d’interpréter une revendication, l’examineur doit :

- 1) Identifier la personne versée dans l’art [voir le chapitre 15];
- 2) Définir les connaissances générales courantes pertinentes de la personne versée dans l’art au moment de la publication [voir le chapitre 15].

The above steps provide the context in which the claim is to be read. Once the context is determined the examiner will:

- 3) Identify the problem addressed by the application and its solution as contemplated by the inventor [see 13.05.02b]; and
- 4) Determine the meaning of the terms used in the claim and identify the elements of the claim that are essential to solve the identified problem [see 13.05.02c].

[11] Meanwhile, Justice Russel Zinn of this Court found this “problem-solution” approach to be incorrect in *Choueifaty*.

[12] Following *Choueifaty*, CIPO issued an updated Practice Notice entitled “Patentable Subject-Matter under the *Patent Act*”. However, this Practice Notice still includes the problem-solution approach, stating on its page 2 of 5 that “An actual invention may consist of either a single element that provides a solution to a problem or of a combination of elements that cooperate together to provide a solution to a problem”.

[13] IPIC argues that CIPO still does not have it right, that it continues to issue decisions based on the wrong approach and that it is likely to err in future decisions.

III. Decisions Under Review

[14] The two decisions under review are for our purpose identical and can be summarized together.

[15] The Commissioner states the legal principles of claim construction and identification of essential elements as follows [at paragraph 17]:

In accordance with *Free World Trust v Électro Santé Inc*, 2000 SCC 66 (*Free World Trust*), essential elements are identified through a purposive construction of the claims done by considering the whole of the disclosure, including the specification and drawings (see also *Whirlpool Corp*

Les étapes ci-dessus fournissent le contexte dans lequel la revendication doit être lue. Après avoir déterminé le contexte, l’examinateur doit :

- 3) Déterminer le problème visé par la demande et sa solution telle qu’elle est envisagée par l’inventeur [voir 13.05.02b];
- 4) Déterminer la signification des termes employés dans la revendication et relever les éléments de la revendication qui sont essentiels pour régler le problème décelé [voir 13.05.02c].

[11] Le juge Russel Zinn de notre Cour a toutefois conclu, dans la décision *Choueifaty*, que cette méthode « problème-solution » était incorrecte.

[12] Après la décision *Choueifaty*, l’OPIC a publié un énoncé de pratique révisé intitulé « Objet brevetable en vertu de la *Loi sur les brevets* ». Cependant, l’utilisation de la méthode problème-solution est prévue dans cet énoncé de pratique, qui précise ce qui suit à la page 2 de 5 : « Une invention réelle peut consister soit en un seul élément qui fournit une solution à un problème, soit en une combinaison d’éléments qui coopèrent pour apporter une solution à un problème. »

[13] L’IPIC soutient que l’OPIC n’adopte toujours pas la bonne approche, qu’il continue de rendre des décisions en suivant la mauvaise méthode, et qu’il est susceptible de commettre des erreurs dans les décisions qu’il rendra à l’avenir.

III. Les décisions portées en appel

[14] En l’espèce, les deux décisions portées en appel sont, en ce qui concerne la Cour, identiques et peuvent être résumées ensemble.

[15] La commissaire a formulé de la façon suivante les principes juridiques applicables à l’interprétation des revendications et à la détermination des éléments essentiels [au paragraphe 17] :

Conformément à *Free World Trust c. Électro Santé Inc*, 2000 CSC 66 (*FreeWorld Trust*), les éléments essentiels sont déterminés au moyen d’une interprétation téléologique des revendications faite à la lumière de l’ensemble de la divulgation, y compris le mémoire descriptif et les

v Camco Inc., 2000 SCC 67 at paras 49(f) and (g) and 52 (*Whirlpool*)). In accordance with the *Manual of Patent Office Practice (MOPOP)*, §13.05 (revised June 2015), the first step of purposive claim construction is to identify the person skilled in the art and their relevant common general knowledge (“CGK”). The next step is to identify the problem addressed by the inventors and the solution put forth in the application. Essential elements can then be identified as those required to achieve the disclosed solution as claimed.

[16] The last two sentences of the above quote are what the parties describe as the CIPO’s “problem-solution” approach.

[17] The Commissioner then refers to the definition of invention found in section 2 of the *Patent Act* and states that according to the CIPO’s guidelines, “where a computer is found to be an essential element of a construed claim, the claimed subject-matter will generally be statutory” (’146 Decision, at paragraphs 18–20, ’130 Decision, at paragraphs 18–20).

[18] The Commissioner identifies the problem to be solved as:

A need for a colour selection system that can assist consumers or other users in reaching confident and satisfying colour selection (*sic*) choices. Further, the selection of appealing colour combinations from an abundance of choices can be challenging even with colour selection tools

’146 Decision at paragraph 32, ’130 Decision at paragraph 32.

[19] For the ’146 Decision, she identifies the solution to that problem as:

dessins (voir également *Whirlpool Corp c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, aux alinéas 49f) et g) et au paragraphe 52 (*Whirlpool*)). Tel qu’il est indiqué à la section 13.05 du *Recueil des pratiques du Bureau des brevets* (« RPBB »), révisé en juin 2015, la première étape de l’interprétation téléologique des revendications consiste à définir^[1] la personne versée dans l’art et ses connaissances générales courantes (« CGC ») pertinentes. L’étape suivante consiste à définir le problème abordé par les inventeurs et la solution proposée dans la demande. Les éléments essentiels peuvent ensuite être déterminés; il s’agit de ceux qui sont indispensables à l’obtention de la solution divulguée, tel[le] qu’elle est revendiquée.

[16] Les deux dernières phrases de l’extrait qui précède décrivent la méthode de l’OPIC que les parties qualifient de méthode « problème-solution ».

[17] La commissaire renvoie ensuite à la définition d’invention énoncée à l’article 2 de la *Loi sur les brevets* et indique que, selon l’énoncé de pratique de l’OPIC, « lorsqu’il est déterminé qu’un ordinateur constitue un élément essentiel d’une revendication interprétée, l’objet revendiqué sera généralement prévu par la Loi » (décision relative à la demande visant le brevet ’146, aux paragraphes 18–20; décision relative à la demande visant le brevet ’130, aux paragraphes 18–20).

[18] La commissaire mentionne que le problème à résoudre est :

[TRADUCTION]

le besoin d’un système de sélection de couleurs qui puisse aider les consommateurs ou d’autres utilisateurs à faire des choix confiants et satisfaisants en matière de sélection (*sic*) des couleurs. De plus, la sélection de combinaisons de couleurs attrayantes à partir d’un grand choix peut être difficile, même avec les outils de sélection de couleurs.

Décision relative à la demande visant le brevet ’146, au paragraphe 32; décision relative à la demande visant le brevet ’130, au paragraphe 32.

[19] Dans la décision relative à la demande visant le brevet ’146, la commissaire a décrit ainsi la solution à ce problème :

^[1] Note de l’arrêstiste: le terme « identifier » est utilisé dans la décision 2020 CACB 15 et le terme « définir » est utilisé dans la décision 2020 CACB 16.

The solution relates to the improved evaluation, by use of mathematical modelling of user emotions or colour harmony, of the compatibility of colour choices, based on parameters set by the user

'146 Decision, at paragraph 45.

[20] For the '130 Decision, she identifies the solution as:

Calculating and associating a colour emotion score with each of a plurality of colours to aid a user in selecting a colour or colour combination

'130 Decision, at paragraph 45.

[21] For both applications, the Commissioner concludes that “since there was no computer problem to be solved, the computer and associated components were not part of the solution” ('146 Decision, at paragraph 46, '130 Decision, at paragraph 46).

IV. Issues and Standard of Review

[22] The parties agree that the appellate standard of review applies, per *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraph 37. That is, that the standard of correctness applies to questions of law and the standard of palpable and overriding error applies to questions of fact and questions of mixed fact and law.

[23] The appellant, respondent, and intervenor all agree that the Commissioner erred in applying the “problem-solution” test for claim construction and for patentable subject matter. However, they differ in their views on whether the Court should dictate the proper test to be applied.

[TRANSLATION]

la solution a trait à l'évaluation améliorée, en utilisant une modélisation mathématique des émotions des utilisateurs ou de l'harmonie de couleurs, de la compatibilité des choix de couleurs, en fonction des paramètres établis par l'utilisateur.

Décision relative à la demande visant le brevet '146, au paragraphe 45.

[20] Dans la décision relative à la demande visant le brevet '130, la commissaire a décrit ainsi la solution :

[TRANSLATION]

Calcul et association d'une cote d'émotion de couleur à chacune d'une pluralité de couleurs pour aider un utilisateur à choisir une couleur ou une combinaison de couleurs.

Décision relative à la demande visant le brevet '130, au paragraphe 45.

[21] En ce qui concerne les deux demandes, la commissaire a conclu que « puisqu'il n'y avait pas de problème informatique à résoudre, l'ordinateur et les composantes associées ne faisaient pas partie de la solution » (décision relative à la demande visant le brevet '146, au paragraphe 46; décision relative à la demande visant le brevet '130, au paragraphe 46).

IV. Les questions en litige et la norme de contrôle applicable

[22] Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable en appel s'applique, conformément à l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, au paragraphe 37. Autrement dit, la norme de la décision correcte s'applique aux questions de droit et la norme de l'erreur manifeste et déterminante s'applique aux questions de fait et aux questions mixtes de fait et de droit.

[23] L'appelante, l'intimé et l'intervenant conviennent tous que la commissaire a commis une erreur en appliquant le critère « problème-solution » relatif à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables. Ils divergent toutefois d'opinion sur l'opportunité que la Cour impose le critère à appliquer.

[24] These appeals therefore raise the following issues:

- A. *Did the Commissioner err by applying the wrong legal test for claim construction and patentable subject matter?*
- B. *Should the Court make a determination on whether the '130 and '146 Applications constitute patentable subject matter or should it remit the matter to the Commissioner for a new determination?*
- C. *If the Court remits the matter to the Commissioner, what instructions should be provided?*

V. Analysis

- A. *Did the Commissioner err by applying the wrong legal test for claim construction and patentable subject matter?*

[25] It is not disputed that the Commissioner erred. The parties also agree that the Commissioner's choice of test is a question of law reviewable on the correctness standard.

[26] In *Whirlpool*, the Supreme Court of Canada established that claims of a patent must be construed using the “purposive construction” approach (at paragraphs 49 and 52). Justice Binnie described the purposive construction approach as follows [at paragraph 45]:

The key to purposive construction is therefore the identification by the court, with the assistance of the skilled reader, of the particular words or phrases in the claims that describe what the inventor considered to be the “essential” elements of his invention.

[27] In *Free World Trust*, issued concurrently with *Whirlpool*, the Supreme Court further explained [at paragraph 31]:

(e) The claims language will, on a purposive construction, show that some elements of the claimed invention are

[24] Les présents appels soulèvent par conséquent les questions suivantes :

- A. *La commissaire a-t-elle commis une erreur en appliquant le mauvais critère juridique à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables?*
- B. *La Cour devrait-elle trancher la question de savoir si les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portent sur un objet brevetable ou devrait-elle renvoyer l'affaire à la commissaire pour qu'elle rende une nouvelle décision?*
- C. *Si la Cour renvoie l'affaire à la commissaire, quelles instructions devrait-elle lui donner?*

V. Analyse

- A. *La commissaire a-t-elle commis une erreur en appliquant le mauvais critère juridique à l'interprétation des revendications et aux objets brevetables?*

[25] Les parties ne contestent pas le fait que la commissaire a commis une erreur. Elles conviennent également que le choix du critère à appliquer qu'a fait la commissaire est une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[26] Dans l'arrêt *Whirlpool*, la Cour suprême du Canada a conclu que les revendications d'un brevet doivent être interprétées à l'aide de la méthode de l'« interprétation téléologique » (aux paragraphes 49 et 52). Le juge Binnie a décrit cette méthode de la façon suivante [au paragraphe 45] :

L'interprétation téléologique repose donc sur l'identification par la cour, avec l'aide du lecteur versé dans l'art, des mots ou expressions particuliers qui sont utilisés dans les revendications pour décrire ce qui, selon l'inventeur, constituait les éléments «essentiels» de son invention.

[27] Dans l'arrêt *Free World Trust*, qui a été rendu en même temps que l'arrêt *Whirlpool*, la Cour suprême a également formulé l'explication suivante [au paragraphe 31] :

e) Suivant une interprétation téléologique, il ressort de la teneur des revendications que certains éléments de

essential while others are non-essential. The identification of elements as essential or non-essential is made:

- (i) on the basis of the common knowledge of the worker skilled in the art to which the patent relates;
- (ii) as of the date the patent is published;
- (iii) having regard to whether or not it was obvious to the skilled reader at the time the patent was published that a variant of a particular element would *not* make a difference to the way in which the invention works; or
- (iv) according to the intent of the inventor, expressed or inferred from the claims, that a particular element is essential irrespective of its practical effect;
- (v) without, however, resort to extrinsic evidence of the inventor's intention.

[28] Neither *Whirlpool* nor *Free World Trust* suggest a problem-solution approach.

[29] Years later, the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Amazon.com, Inc.*, 2011 FCA 328, [2012] 2 F.C.R. 459, at paragraph 43 established that the Commissioner must use the purposive construction approach when determining whether claims relate to statutory subject matter. Justice Sharlow wrote [at paragraph 43]:

However, it seems to me that the jurisprudence of the Supreme Court of Canada, in particular *Free World Trust* and *Whirlpool*, requires the Commissioner's identification of the actual invention to be grounded in a purposive construction of the patent claims. It cannot be determined solely on the basis of a literal reading of the patent claims, or a determination of the "substance of the invention" within the meaning of that phrase as used by Justice Binnie, writing for the Supreme Court of Canada in *Free World Trust*, at paragraph 46.

[30] As stated in paragraph 15 of these reasons, the Commissioner in this case stated that the purposive construction approach would apply, but it then proceeded to follow its MOPOP's problem-solution approach.

l'invention sont essentiels, alors que d'autres ne le sont pas. Les éléments essentiels et les éléments non essentiels sont déterminés :

- (i) en fonction des connaissances usuelles d'un travailleur versé dans l'art dont relève l'invention;
- (ii) à la date à laquelle le brevet est publié;
- (iii) selon qu'il était ou non manifeste, pour un lecteur averti, au moment où le brevet a été publié, que l'emploi d'une variante d'un composant donné *ne* modifierait *pas* le fonctionnement de l'invention, ou
- (iv) conformément à l'intention de l'inventeur, expresse ou inférée des revendications, qu'un composant en particulier soit essentiel, peu importe son effet en pratique;
- (v) mais indépendamment de toute preuve extrinsèque de l'intention de l'inventeur.

[28] La Cour suprême n'indique ni dans l'arrêt *Whirlpool* ni dans l'arrêt *Free World Trust* que la méthode « problème-solution » doit être utilisée.

[29] Plusieurs années plus tard, la Cour d'appel fédérale a conclu, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Amazon.com, inc.*, 2011 CAF 328, [2012] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 43, que le commissaire aux brevets doit utiliser la méthode de l'interprétation téléologique pour déterminer si les revendications portent sur des objets brevetables. Le juge Sharlow a écrit ce qui suit [au paragraphe 43] :

Cependant, il me semble que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, en particulier dans les arrêts *Free World Trust* et *Whirlpool*, requiert que l'identification de l'invention réelle par le commissaire soit fondée sur une interprétation téléologique des revendications du brevet. Cette identification ne peut reposer seulement sur l'interprétation littérale des revendications du brevet ou sur la détermination de « l'essentiel de l'invention » au sens où le juge Binnie utilise ces termes dans les motifs qu'il a rédigés pour la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Free World Trust*, au paragraphe 46.

[30] Comme il est mentionné au paragraphe 15 des présents motifs, la commissaire en l'espèce a affirmé que la méthode de l'interprétation téléologique s'appliquerait, mais elle a ensuite suivi la méthode « problème-solution » décrite dans le RPBB.

[31] In *Choueifaty* (at paragraphs 37 and 40), Justice Zinn found the MOPOP's problem-solution approach to be incompatible with *Whirlpool*, *Free World Trust*, and *Amazon.com*, despite the lip service it pays to purposive construction and the jurisprudence.

[32] For these reasons, it is not disputed among the parties that the Commissioner incorrectly applied the problem-solution approach to her assessment of the '130 and '146 Applications.

[33] In addition to the problematic use of the problem-solution approach, the appellant and the intervener argue that CIPO regularly misconstrues the patentability of computer-implemented inventions, incorrectly excluding them under subsection 27(8) of the *Patent Act*.

[34] In *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536, 44 N.R. 541, the Supreme Court established that practical applications of scientific principles and abstract theorems, in that case a new use for existing chemical compounds, can constitute patentable inventions (at page 547).

[35] In *Amazon.com*, the Federal Court of Appeal confirmed that *Shell Oil* is consistent with the purposive construction approach (at paragraph 46). The Federal Court of Appeal also interpreted the "practical application" requirement from *Shell Oil* to mean that "because a patent cannot be granted for an abstract idea, it is implicit in the definition of 'invention' that patentable subject matter must be something with physical existence, or something that manifests a discernible effect or change" (at paragraph 66).

[36] In this case, instead of using the purposive construction approach to determine whether the actual invention is patentable, the Commissioner construes the claims of both the '130 and '146 Applications by identifying only the novel aspects of the invention, and determines that those novel aspects are unpatentable as "mere scientific principles or abstract theorems". She also concludes that

[31] Dans la décision *Choueifaty* (aux paragraphes 37 et 40), le juge Zinn a conclu que la méthode « problème-solution » décrite dans le RPBB n'est pas compatible avec la méthode prescrite dans les arrêts *Whirlpool*, *Free World Trust* et *Amazon.com*, même s'il renvoyait, pour la forme, à l'interprétation téléologique et à la jurisprudence.

[32] Pour ces motifs, les parties ne contestent pas le fait que la commissaire a appliqué incorrectement la méthode « problème-solution » lorsqu'elle a examiné les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146.

[33] En plus d'affirmer que l'utilisation de la méthode « problème-solution » est problématique, l'appelante et l'intervenant soutiennent qu'il arrive régulièrement à l'OPIC de mal interpréter la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur en les excluant à tort en application du paragraphe 27(8) de la *Loi sur les brevets*.

[34] Dans l'arrêt *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536, la Cour suprême a conclu que l'application pratique de principes scientifiques et de conceptions théoriques, qui, dans cette affaire, consistait à faire un usage nouveau de composés chimiques existants, pouvait constituer des inventions brevetables (à la page 547).

[35] Dans l'arrêt *Amazon.com*, la Cour d'appel fédérale a confirmé qu'une approche compatible avec celle de l'interprétation téléologique a été utilisée dans l'arrêt *Shell Oil* (au paragraphe 46). Elle a également expliqué que, selon elle, la condition d'« application pratique » de l'arrêt *Shell Oil* signifiait que, « puisqu'un brevet ne peut être accordé pour une idée abstraite, il est implicite dans la définition d'"invention" qu'un objet brevetable doit être une chose dotée d'une existence physique ou une chose qui manifeste un effet ou changement discernable » (au paragraphe 66).

[36] En l'espèce, au lieu d'utiliser la méthode de l'interprétation téléologique pour déterminer si l'invention réelle est brevetable, la commissaire a interprété les revendications des demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 en ne définissant que les aspects nouveaux de l'invention, et elle a conclu que ceux-ci ne sont pas brevetables, car il s'agit de « simples principes scientifiques ou conceptions

since there was no computer problem to be solved, the computer and associated components were not essential elements of the invention. First, *Free World Trust* and *Whirlpool* require that claim construction be made prior to conducting the novelty analysis. Second, that is not the test dictated by the Supreme Court of Canada to determine whether an element is essential or not to an invention.

[37] Therefore, the Commissioner also erred on that front.

B. *Should the Court make a determination on whether the '130 and '146 Applications constitute patentable subject matter or should it remit the matter to the Commissioner for a new determination?*

[38] In its written submissions, the appellant asked the Court to make its own determination of the patentability of the '130 and '146 Applications. However, at the hearing, the appellant acknowledged that that remedy was unlikely due to comments provided by the Federal Court of Appeal in *Amazon.com*. The appellant now asks the Court to remit the matter to CIPO and to make an order directing it to re-examine the '130 and '146 Applications in accordance with the principles of *Free World Trust*, *Whirlpool* and *Shell Oil*, and with specific instructions not to use the “problem-solution approach”.

[39] The respondent agrees but rather refers to *Choueifaty* as guidance for reconsideration.

[40] The intervener also had a change of heart between written submissions and the hearing, now acknowledging that it would be inappropriate to usurp the CIPO's duty to assess patentability. However, the intervener submits that the Court should provide instructions to CIPO to use the appropriate legal test (that will be discussed in the next section) on the Applications' redetermination.

théoriques ». Elle a également conclu que, puisqu'il n'y avait pas de problème informatique à résoudre, l'ordinateur et les composantes associées ne constituaient pas des éléments essentiels de l'invention. Premièrement, les arrêts *Free World Trust* et *Whirlpool* exigent que les revendications soient interprétées avant l'analyse des aspects nouveaux. Deuxièmement, ce n'est pas le critère qu'a établi la Cour suprême du Canada pour déterminer si un élément est essentiel ou non à une invention.

[37] Par conséquent, la commissaire a également commis une erreur à cet égard.

B. *La Cour devrait-elle trancher la question de savoir si les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 portent sur un objet brevetable ou devrait-elle renvoyer l'affaire à la commissaire pour qu'elle rende une nouvelle décision?*

[38] Dans ses observations écrites, l'appelante a demandé à la Cour de se prononcer sur la brevetabilité des objets sur lesquels portent les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146. Toutefois, à l'audience, l'appelante a reconnu qu'il était peu probable que la Cour rende une décision à cet égard compte tenu des observations formulées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Amazon.com*. L'appelante demande maintenant à la Cour de rendre une ordonnance pour renvoyer l'affaire à l'OPIC, enjoindre à ce dernier d'examiner à nouveau les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 en conformité avec les principes énoncés dans les arrêts *Free World Trust*, *Whirlpool* et *Shell Oil* et lui donner l'instruction précise de ne pas utiliser la « méthode problème-solution ».

[39] L'intimé est d'accord, mais il renvoie plutôt à la décision *Choueifaty*, qui fournit des éléments d'orientation en ce qui concerne le nouvel examen.

[40] L'intervenant a également changé d'avis entre le moment où les observations écrites ont été présentées et la tenue de l'audience. Il reconnaît maintenant qu'il serait inapproprié d'usurper le rôle de l'OPIC dans l'évaluation de la brevetabilité. Cependant, il affirme que la Cour devrait ordonner à l'OPIC d'utiliser le bon critère juridique (décrit dans la section qui suit) lorsqu'il rendra une nouvelle décision à l'égard des demandes.

C. *If the Court remits the matter to the Commissioner, what instructions should be provided?*

[41] This issue is, in fact, all that is left for the Court to decide.

[42] Although the appellant initially asked the Court for an order remitting the files to CIPO with the instruction to follow the Supreme Court of Canada's claim construction approach, at the hearing it agreed that the intervener's proposed test is an appropriate statement of the law for CIPO to follow.

[43] The intervener proposes the following framework to the assessment of the patentability of computer-implemented inventions. The examiner should:

- a) Purposively construe the claim;
- b) Ask whether the construed claim as a whole consists of only a mere scientific principle or abstract theorem, or whether it comprises a practical application that employs a scientific principle or abstract theorem; and
- c) If the construed claim comprises a practical application, assess the construed claim for the remaining patentability criteria: statutory categories and judicial exclusions, as well as novelty, obviousness, and utility.

[44] The intervener submits that CIPO's continued misapplication of the law, in violation of *Free World Trust*, *Whirlpool*, *Shell Oil*, and now *Choueifaty*, warrants the Court's intervention.

[45] Without taking position on whether the proposed framework accurately reflects the state of the law, the respondent submits that the Court should decline to direct the Commissioner to adopt the appellant's interpretation of the jurisprudence, just as it should decline to direct CIPO to apply the proposed framework. The respondent submits that to do so would encroach on the separation of powers and the intent of Parliament.

C. *Si la Cour renvoie l'affaire à la commissaire, quelles instructions devrait-elle lui donner?*

[41] Il s'agit en fait de la seule question que doit encore trancher la Cour.

[42] Bien qu'elle ait initialement demandé à la Cour de rendre une ordonnance renvoyant les décisions à l'OPIC avec la directive d'utiliser la méthode de l'interprétation des revendications prescrite par la Cour suprême du Canada, l'appelante a convenu à l'audience que le critère proposé par l'intervenant constitue un énoncé adéquat du droit auquel doit se conformer l'OPIC.

[43] L'intervenant propose d'appliquer le cadre suivant lors de l'évaluation de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. L'examinateur devrait :

- a) interpréter la revendication de manière téléologique;
- b) se demander si, dans son ensemble, la revendication interprétée consiste uniquement en un simple principe scientifique ou en une simple conception théorique, ou si elle comprend une application pratique d'un principe scientifique ou d'une conception théorique;
- c) si la revendication interprétée comprend une application pratique, évaluer la revendication interprétée en fonction des autres critères de brevetabilité, à savoir les catégories et les exclusions prévues par la loi, ainsi que les aspects nouveaux, le caractère évident et l'utilité.

[44] L'intervenant soutient que la mauvaise application continue du droit par l'OPIC, en violation des principes établis dans les arrêts *Free World Trust*, *Whirlpool* et *Shell Oil*, et, maintenant, la décision *Choueifaty*, justifie l'intervention de la Cour.

[45] Sans prendre position sur la fidélité du cadre proposé à l'état du droit, l'intimé fait valoir que la Cour devrait refuser d'ordonner à la commissaire d'adopter l'interprétation que fait l'appelante de la jurisprudence, tout comme elle devrait refuser d'ordonner à l'OPIC d'appliquer le cadre proposé. Selon l'intimé, si la Cour ne refusait pas de le faire, elle empiéterait sur la séparation des pouvoirs et sur l'intention du législateur.

[46] The respondent further submits that the Practice Notice is an operational policy, and that courts should refrain from reviewing such policies except in cases of “bad faith, non-conformity with the principles of natural justice where their application is required by statute, and reliance placed upon considerations that are irrelevant and extraneous to the statutory purpose” (*Elson v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 459, at paragraph 50, citing *Maple Lodge Farms v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, 44 N.R. 354).

[47] First, I note that the Practice Notice is before the Court for having been admitted into evidence by an order of Prothonotary Milczynski.

[48] Second, I disagree with the respondent qualifying it as a mere policy. In my view, it sets out the approach to be followed by CIPO’s examiners.

[49] Third, the appellant and intervener are not asking the Court to choose the interpretation of statutory provisions it prefers or that it finds the most logical for its point of view (*Merck Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2021 FC 1015, at paragraph 50), but rather they ask it to direct CIPO not to depart from the applicable jurisprudence.

[50] That said, I agree with the respondent that since the Practice Notice was issued some six months after the impugned decisions were rendered, it has very little bearing on this case. What has bearing is the approach actually followed by the Commissioner, and as stated above, it was the wrong one.

[51] The question of whether the '130 and '146 Applications disclose patentable subject matter being one of mixed question of fact and law, I also agree with the respondent that in applying the incorrect test to assessing the patentability of computer-implemented inventions, the Commissioner did not make the requisite factual findings that would allow this Court to analyse her decision on patentable subject matter.

[46] L’intimé fait en outre valoir que l’énoncé de pratique est une politique opérationnelle et que les tribunaux judiciaires devraient s’abstenir d’examiner à nouveau de telles politiques, sous réserve des exceptions suivantes : « la mauvaise foi, le non-respect des principes de justice naturelle, lorsque leur application est prescrite par la loi, et la prise en compte de considérations inappropriées ou étrangères à l’objet de la loi » (*Elson c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 459, au paragraphe 50, citant *Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2).

[47] Premièrement, je note que la Cour dispose de l’énoncé de pratique parce qu’il a été admis en preuve par une ordonnance que la protonotaire Milczynski a rendue.

[48] Deuxièmement, je ne suis pas d’accord avec l’intimé qu’il s’agit d’une simple politique. À mon avis, cet énoncé décrit l’approche que doivent suivre les examinateurs de l’OPIC.

[49] Troisièmement, l’appelante et l’intervenant ne demandent pas à la Cour de choisir l’interprétation des dispositions légales qu’elle préfère ou celle qui lui semble le plus logique (*Merck Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2021 CF 1015, au paragraphe 50), mais plutôt d’ordonner à l’OPIC de ne pas s’éloigner de la jurisprudence applicable.

[50] Cela dit, je suis d’accord avec l’intimé que, puisque l’énoncé de pratique a été publié environ six mois après que les décisions contestées ont été rendues, il a très peu d’incidence en l’espèce. Ce qui a une incidence en l’espèce, c’est plutôt la méthode qu’a suivie la commissaire, méthode qui, comme je l’ai mentionné plus haut, est incorrecte.

[51] Comme la question de savoir si les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 divulguent des objets brevetables est une question mixte de fait et de droit, je conviens également avec l’intimé qu’en appliquant le mauvais critère à l’évaluation de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, la commissaire n’a pas tiré les conclusions de fait nécessaires qui auraient permis à la Cour d’analyser sa décision quant aux objets brevetables.

[52] However, the determination of the proper legal test to be applied is a question of law well within the purview of this Court. And in my view, the legal framework proposed by the intervener and endorsed by the applicant is in keeping with the Supreme Court's teachings in *Free World Trust* and *Shell Oil*, and with the Federal Court of Appeal's invitation to adapt "our understanding of the nature of the 'physicality requirement'" as technology advances (*Amazon.com*, at paragraph 68).

[53] It also ensures consistency (i) between the law applied to patent applications by CIPO and the law applied to issued patents by the courts; and (ii) between the way patent law is applied to computer-implemented inventions and the way patent law is applied to all other types of inventions.

VI. Conclusion

[54] For the above reasons I am allowing these appeals, remitting the '130 and '146 Applications to CIPO for a new determination, and directing CIPO on the proper procedure for claims construction and identifying patentable subject matter. No costs are granted.

JUDGMENT in T-1340-20 and T-1341-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The appeals are granted;
2. The files are sent back to the Canadian Intellectual Property Office for a new determination;
3. In her assessment of the '130 and '146 Applications, the Commissioner of Patents is instructed to:
 - a. Purposively construe the claim;

[52] Toutefois, la détermination du critère juridique qu'il convient d'appliquer est une question de droit qui relève tout à fait de la compétence de notre Cour. De plus, je suis d'avis que le cadre juridique proposé par l'intervenant et approuvé par l'appelante est compatible avec les enseignements de la Cour suprême dans les arrêts *Free World Trust* et *Shell Oil*, ainsi qu'avec l'invitation de la Cour d'appel fédérale à adapter « notre compréhension de la nature de "l'exigence du caractère matériel" » à mesure que la technologie évolue (*Amazon.com*, au paragraphe 68).

[53] Ce cadre assure également l'uniformité (i) entre les règles de droit qu'applique l'OPIC aux demandes de brevet et les règles de droit qu'appliquent les tribunaux aux brevets délivrés, et (ii) entre la manière dont le droit des brevets est appliqué aux inventions mises en œuvre par ordinateur et la manière dont le droit des brevets est appliqué à tous les autres types d'inventions.

VI. Conclusion

[54] Pour les motifs qui précèdent, j'accueille les présents appels, je renvoie les demandes visant le brevet '130 et le brevet '146 à l'OPIC pour qu'il rende une nouvelle décision, et j'ordonne à l'OPIC d'adopter la bonne procédure pour interpréter les revendications et identifier les objets brevetables. Aucuns dépens ne sont adjugés.

JUGEMENT dans les dossiers T-1340-20 et T-1341-20

LA COUR STATUE :

1. Les appels sont accueillis.
2. Les demandes sont renvoyées à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada pour qu'il rende une nouvelle décision.
3. Lors de l'examen des demandes visant le brevet '130 et le brevet '146, la commissaire aux brevets doit :
 - a. interpréter la revendication de manière téléologique;

-
- | | |
|--|---|
| <p>b. Ask whether the construed claim as a whole consists of only a mere scientific principle or abstract theorem, or whether it comprises a practical application that employs a scientific principle or abstract theorem; and</p> <p>c. If the construed claim comprises a practical application, assess the construed claim for the remaining patentability criteria: statutory categories and judicial exclusions, as well as novelty, obviousness, and utility.</p> | <p>b. se demander si, dans son ensemble, la revendication interprétée consiste uniquement en un simple principe scientifique ou en une simple conception théorique, ou si elle comprend une application pratique d'un principe scientifique ou d'une conception théorique;</p> <p>c. si la revendication interprétée comprend une application pratique, évaluer la revendication interprétée en fonction des autres critères de brevetabilité, à savoir les catégories et les exclusions prévues par la loi, ainsi que les aspects nouveaux, le caractère évident et l'utilité.</p> |
| <p>4. No costs are granted.</p> | <p>4. Aucuns dépens ne sont adjugés.</p> |

CSIS-20-21
2022 FC 645

CSIS-20-21
2022 CF 645

In the matter of an application for judicial authorizations pursuant to section 11.13 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23

Affaire intéressant une demande d'autorisations judiciaires conformément à l'article 11.13 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23

INDEXED AS: CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT (RE)

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

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, November 30, December 15 and 17, 2021; June 12, 2023.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 30 novembre, 15 et 17 décembre 2021; 12 juin 2023.

Security Intelligence — Application for judicial authorizations pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 11.13 for retention of two Canadian datasets for period of two years — First such application since An Act Respecting National Security Matters (National Security Act, 2017 (National Security Act)) creating dataset regime assented to in 2019 — Dataset amendments stemmed in part from 2016 decision in X (Re) regarding Service's illegal retention of data associated with lawfully collected communications — In that decision, Federal Court held that CSIS Act authorizes Service to collect, retain only that information which is "strictly necessary" to carry out mandate — Issue herein whether application should be allowed — In circumstances in which information obtained, Service considered it was "strictly necessary" to collect information under its CSIS Act, s. 12 mandate to assess whether it related to persons who constituted threat to security of Canada — That was a reasonable conclusion — Here, statutory formal prerequisites for issuance of authorizations were observed — Based on applicant's affidavit evidence, testimony, as required by CSIS Act, s. 11.13(1), it was established that retention of datasets was likely to assist Service in performance of its duties or function under CSIS Act, ss. 12, 12.1, 16; that Service complied with its obligations under s. 11.1 — Matters referred to in CSIS Act, ss. 11.13(2)(a) to (f) were supported by evidence — Therefore, retention of datasets by Service was authorized for period of two years from date of issuance of Order; update of datasets authorized in accordance with Order's terms, conditions — Application allowed.

Renseignement de sécurité — Demande d'autorisations judiciaires en application de l'article 11.13 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) relativement à la conservation de deux ensembles de données canadiens pour une période de deux ans — Il s'agissait de la première demande du genre depuis que la Loi concernant des questions de sécurité nationale (la Loi de 2017 sur la sécurité nationale (la Loi sur la sécurité nationale)), qui a établi le régime relatif aux ensembles de données, a été sanctionnée en 2019 — Les modifications apportées aux ensembles de données tirent leur origine en partie de la décision rendue en 2016 dans l'affaire X (Re) au sujet de la conservation illégale par le Service de données liées à des communications interceptées légalement — Dans cette décision, la Cour fédérale a conclu que la Loi sur le SCRS autorisait le Service à ne recueillir et à ne conserver que l'information « strictement nécessaire » à l'exercice de son mandat — Il s'agissait en l'espèce de déterminer si la demande devait être accueillie — Étant donné les circonstances dans lesquelles les informations ont été obtenues, le Service a jugé qu'il était « strictement nécessaire » de les recueillir en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS pour déterminer si elles concernaient des personnes qui constituaient une menace envers la sécurité du Canada — Il s'agissait d'une conclusion raisonnable — En l'espèce, les conditions préalables prévues par la loi relativement à la délivrance des autorisations avaient été observées — Compte tenu de la preuve par affidavit et du témoignage de la demanderesse, conformément au paragraphe 11.13(1) de la Loi sur le SCRS, il a été déterminé que la conservation des ensembles de données aiderait probablement le Service à exercer ses fonctions au titre des articles 12, 12.1 et 16 de la Loi sur le SCRS, et que le Service avait respecté les obligations prévues à l'article 11.1 — Les questions mentionnées aux alinéas 11.13(2)a) à f) de la Loi sur le SCRS étaient étayées par la preuve — Par conséquent, la conservation par le Service des ensembles de données pendant une période de deux ans à partir de la date de délivrance de l'ordonnance a été autorisée, de même que la mise à jour de ces ensembles sous réserve des conditions établies dans l'ordonnance — Demande accueillie.

This was an application for judicial authorizations pursuant to section 11.13 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act) for the retention of two Canadian datasets for a period of two years. This was the first such application since *An Act Respecting National Security Matters (National Security Act, 2017)* (National Security Act) creating the dataset regime was assented to on June 21, 2019. The dataset amendments stemmed at least in part from the 2016 decision of Mr. Justice Simon Noël in *X (Re)* regarding the Service's illegal retention of data associated with lawfully collected communications. Justice Noël held that the CSIS Act authorizes the Service to collect and retain only that information which is "strictly necessary" to carry out its mandate. CSIS was, in effect, keeping such data even if it was not immediately threat-related in the event that it might prove to be useful later on. Among other extensive changes to the security and intelligence legislative framework, the National Security Act created a detailed and complex regime for the collection and retention of datasets containing personal information as that term is defined in section 3 of the *Privacy Act*. This regime could be seen as Parliament's response to Justice Noël's questions about the adequacy of the legislation.

A notice of application was filed in the Designated Proceedings Registry and a Top Secret file was opened by the Registry. The applicant affirmed an affidavit in support of the application and draft authorizations for the Court's consideration with the notice of application. A copy of the Director's authorization to permit queries of the datasets in exigent circumstances was provided as well as the Intelligence Commissioner's decisions and reasons approving the Director's authorization. Pursuant to paragraph 11.13(2)(f) of the CSIS Act, the application set out the content of the Director's authorization, which was done in the affidavit filed in support of the application. Hearings took place, during which the applicant testified.

The issue was whether to allow the applicant's application for judicial authorizations.

Held, the application should be allowed.

The legislative context of these novel applications was examined. Section 3 of the *Privacy Act* defines personal information very broadly as information about an identifiable individual that is recorded in any form. It includes information about race and ethnicity, religion, age or marital status, education, criminal or employment history, identifying numbers assigned to the individual, the personal views or opinions and correspondence of a private or confidential nature of the individual. What is not

Il s'agissait d'une demande d'autorisations judiciaires en application de l'article 11.13 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS) relativement à la conservation de deux ensembles de données canadiens pour une période de deux ans. Il s'agissait de la première demande du genre depuis que la *Loi concernant des questions de sécurité nationale* (la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale* (la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale*)), qui a établi le régime relatif aux ensembles de données, a été sanctionnée le 21 juin 2019 — Les modifications apportées aux ensembles de données tirent leur origine en partie du moins de la décision rendue en 2016 par le juge Simon Noël dans l'affaire *X (Re)* au sujet de la conservation illégale par le Service de données liées à des communications interceptées légalement. Le juge Noël a conclu que la Loi sur le SCRS autorisait le Service à ne recueillir et à ne conserver que l'information « strictement nécessaire » à l'exercice de son mandat. En fait, le SCRS conservait ces données même si elles n'étaient pas, dans l'immédiat, liées à une menace au cas où elles s'avèreraient utiles ultérieurement. Parmi les modifications importantes apportées au cadre législatif du renseignement de sécurité, la Loi sur la sécurité nationale a établi un régime détaillé et complexe de collecte et de conservation d'ensembles de données contenant des renseignements personnels tels que définis à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Ce régime pouvait être considéré comme étant la réponse du législateur aux questions soulevées par le juge Noël au sujet de la pertinence des textes de loi.

Un avis de demande a été présenté au greffe des instances désignées, qui a ouvert un dossier très secret. En plus de l'avis de demande, la demanderesse a présenté à la Cour un affidavit sous serment à l'appui de la demande et des ébauches d'autorisation. Une copie de la note du directeur autorisant l'interrogation des ensembles de données dans une situation d'urgence a été remise ainsi que les décisions et les motifs du commissaire au renseignement ayant approuvé l'autorisation du directeur. L'alinéa 11.13(2)(f) de la Loi sur le SCRS exige que la demande expose le contenu de l'autorisation du directeur, ce qui a été fait dans l'affidavit présenté à l'appui de la demande. La demanderesse a témoigné lors des audiences.

Il s'agissait de déterminer si la demande d'autorisations judiciaires de la demanderesse devait être accueillie.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Le cadre législatif dans lequel s'inscrivaient ces nouvelles demandes a été examiné. L'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* donne une définition très large des renseignements personnels, qui y sont décrits comme les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable. Ils comprennent des renseignements relatifs à la race, à l'origine ethnique, à la religion, à l'âge ou à la situation de famille d'un tel individu, à des numéros

included in the meaning of personal information is also set out in section 3 of the *Privacy Act*. For the purposes of the application, the contents of the datasets in question clearly constituted personal information. “Dataset” is defined in section 2 of the CSIS Act to mean “a collection of information stored as an electronic record and characterized by a common subject matter”. The governing provisions regarding the collection and retention of datasets pertaining to information not collected under the authority of a judicial warrant are set out in sections 11.01 to 11.25, 27 and 27.1 of the CSIS Act. The new regime applies only to datasets that contain personal information and which do not directly and immediately relate to activities that represent a threat to the security of Canada. The information would not therefore fall within CSIS’s section 12 mandate. The scheme distinguishes between datasets that relate to publicly available information, information which predominantly concerns Canadians or persons within Canada, and that which predominantly relates to non-Canadians outside Canada. CSIS must be satisfied that the dataset is relevant to the performance of its duties and functions under the CSIS Act.

The approved classes of datasets were not made public but the decisions by the Minister and the Intelligence Commissioner were included as exhibits to the applicant’s affidavit. They were exceptionally broad in scope and the datasets in question in this application fell within them. Under the legislation, the Court must be satisfied that the dataset is likely to assist CSIS in the performance of its security and foreign intelligence and threat reduction duties and functions. The Court may impose any terms and conditions on the retention and use of a dataset that it considers advisable in the public interest. The duration of the authorization is for up to two years, subject to renewal. During that period, CSIS may conduct specific searches of the dataset relating to a person or entity, which is known as a “query”. They may also conduct an “exploitation”, which means a computational analysis of the dataset to obtain intelligence not otherwise apparent. These operations must be strictly necessary to CSIS’s security intelligence and threat reduction mandates under sections 12 and 12.1 of the CSIS Act or required for its foreign intelligence function under section 16.

d’identification qui lui sont attribués, à ses études, à son casier judiciaire ou à ses antécédents professionnels, à ses opinions ou à ses idées personnelles, et à sa correspondance de nature privée ou confidentielle. Les renseignements exclus de la définition de renseignements personnels sont aussi précisés à l’article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Aux fins de la présente demande, le contenu des ensembles de données en cause constituait clairement des renseignements personnels. Le terme « ensemble de données » est défini à l’article 2 de la Loi sur le SCRS et s’entend d’un « [e]nsemble d’informations sauvegardées sous la forme d’un fichier numérique qui portent sur un sujet commun ». Les dispositions qui régissent la collecte et la conservation des ensembles de données liés à des renseignements qui ne sont pas recueillis en vertu d’un mandat judiciaire sont exposées aux articles 11.01 à 11.25, 27 et 27.1 de la Loi sur le SCRS. Le nouveau régime ne s’applique qu’aux ensembles de données qui contiennent des renseignements personnels qui, dans l’immédiat, ne sont pas directement liés à des activités exercées en lien avec une menace pour le Canada. Par conséquent, les renseignements en l’espèce ne sont pas visés par le mandat du SCRS décrit à l’article 12. Le régime fait la distinction entre les ensembles de données qui sont accessibles au public, qui comportent principalement des informations liées à des Canadiens ou à des personnes se trouvant au Canada et ceux qui comportent principalement des informations liées à une personne qui n’est pas Canadienne qui se trouve à l’extérieur du Canada. Le SCRS doit être convaincu que l’ensemble de données est pertinent dans le cadre de l’exercice de ses fonctions au titre de la Loi sur le SCRS.

Les catégories approuvées d’ensembles de données n’ont pas été rendues publiques, mais les décisions du ministre et du commissaire au renseignement figuraient dans l’affidavit de la demanderesse à titre d’éléments de preuve. Leur portée était exceptionnellement vaste et les ensembles de données en cause dans cette demande appartenaient aux catégories définies. En vertu de la loi, la Cour doit être convaincue que l’ensemble de données aidera probablement le Service à exercer ses fonctions en matière de sécurité et de renseignement étranger et de réduction de la menace. La Cour peut imposer toutes les conditions relatives à la conservation et à l’utilisation d’un ensemble de données qu’elle estime indiquées dans l’intérêt public. L’autorisation est valide pour une période maximale de deux ans et peut être renouvelée. Durant cette période, le SCRS peut effectuer des recherches ciblées (aussi appelées « interrogations ») dans l’ensemble de données, au sujet d’une personne ou d’une entité. Il peut également exercer des activités d’exploitation ou d’analyse informatique de l’ensemble de données ayant pour but d’obtenir des renseignements qui ne seraient pas autrement apparents. Ces activités ne peuvent être menées que dans la mesure strictement nécessaire afin d’aider le SCRS à exercer les fonctions en matière de renseignement de sécurité et de réduction des menaces qui lui sont conférées par les articles 12 et 12.1 de la Loi sur le SCRS de même que ses fonctions en lien avec le renseignement étranger définies à l’article 16.

Given her experience, the applicant was designated in accordance with section 11.07 of the CSIS Act for the purpose of conducting evaluation activities on datasets. These activities included the evaluation of datasets to determine if they fell within the regime and translation or decryption if necessary. She testified that she consulted and evaluated the two datasets in question. In this case, in the circumstances in which the information was obtained, it had been considered by the Service that it was “strictly necessary” to collect the information under its section 12 mandate to assess whether it related to persons who constituted a threat to the security of Canada. On the evidence presented to the Court, that was a reasonable conclusion. At the conclusion of the applicant’s testimony, counsel and the *amicus* provided the Court with oral submissions with respect to the merits of the application and the proposed authorizations. Following receipt of the submissions, the Court indicated that the authorizations would not be issued in the draft forms submitted by the applicant. The applicant’s counsel and the *amicus* were directed to confer on changes to the proposed text in accordance with the Court’s expressed concerns.

As required by the statute, it was determined that the statutory formal prerequisites for the issuance of the authorizations were observed. These included designation of the applicant by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness for the purposes of the applications, that the Deputy Minister had been consulted and that the Minister had personally approved the applications. Based on the applicant’s affidavit evidence and her testimony before the Court, and as required by subsection 11.13(1) of the CSIS Act, it was established that retention of the datasets was likely to assist the Service in the performance of its duties or function under sections 12, 12.1 and 16 of the CSIS Act and that the Service has complied with its obligations under section 11.1 of the Act. The matters referred to in paragraphs 11.13(2)(a) to (f) of the CSIS Act were supported by the evidence. Therefore, the retention of the datasets by the Service was authorized for a period of two years from the date of issuance of the Order and authorized the update of the datasets was authorized in accordance with the terms and conditions of the Order.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

National Security Act, 2017, S.C. 2019, c. 13.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.

Étant donné son expérience, la déposante a été désignée conformément à l’article 11.07 de la Loi sur le SCRS pour mener des activités d’évaluation sur les ensembles de données. Ces activités consistaient notamment à déterminer les ensembles de données qui étaient visés par le régime et si le contenu devait être traduit et décrypté. Selon son témoignage, elle a consulté et évalué les deux ensembles de données concernés. En l’espèce, étant donné les circonstances dans lesquelles les informations ont été obtenues, le Service avait jugé qu’il était « strictement nécessaire » de les recueillir en vertu de l’article 12 pour déterminer si elles concernaient des personnes qui constituaient une menace pour la sécurité du Canada. Au regard des éléments de preuve présentés à la Cour, il s’agissait d’une conclusion raisonnable. Après le témoignage de la demanderesse, l’avocate et l’ami de la Cour ont présenté à la Cour leurs observations de vive voix au sujet du bien-fondé de la demande et des autorisations proposées. Après avoir entendu les observations, la Cour a indiqué qu’elle ne délivrerait pas les autorisations à l’égard des ébauches soumises par la demanderesse. L’avocate de la demanderesse et l’ami de la Cour ont reçu l’instruction de discuter de changements à apporter au texte proposé en fonction des réserves exprimées par la Cour.

Comme l’exige la loi, il a été déterminé que les conditions préalables prévues par la loi relativement à la délivrance des autorisations avaient été observées. Parmi ces conditions, mentionnons la désignation de la demanderesse par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile pour les besoins des demandes, la consultation préalable du sous-ministre et le fait que le ministre avait lui-même approuvé les demandes. Compte tenu de la preuve par affidavit et du témoignage que la demanderesse a présentés devant la Cour, et conformément au paragraphe 11.13(1) de la Loi sur le SCRS, il a été établi que la conservation des ensembles de données aiderait probablement le Service à exercer ses fonctions au titre des articles 12, 12.1 et 16 de la Loi sur le SCRS, et que le Service a respecté les obligations prévues à l’article 11.1 de cette même loi. Les questions mentionnées aux alinéas 11.13(2)a) à f) de la Loi sur le SCRS étaient étayées par la preuve. Par conséquent, la conservation par le Service des ensembles de données pendant une période de deux ans à partir de la date de délivrance de l’ordonnance a été autorisée, de même que la mise à jour de ces ensembles de données, sous réserve des conditions établies dans l’ordonnance.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.
Loi de 2017 sur la sécurité nationale, L.C. 2019, ch. 13.

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 2 “dataset”, 11.01 to 11.25, 12, 12.1, 16, 21(1.1), 27, 27.1, 28.
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 « ensemble de données », 11.01 à 11.25, 12, 12.1, 16, 21(1.1), 27, 27.1, 28.

CASES CITED

CONSIDERED:

X (Re), 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396.

APPLICATION for judicial authorizations pursuant to section 11.13 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* for the retention of two Canadian datasets for a period of two years. Application allowed.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION EXAMINÉE :

X (Re), 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396.

DEMANDE d’autorisations judiciaires en application de l’article 11.13 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* relativement à la conservation de deux ensembles de données canadiens pour une période de deux ans. Demande accueillie.

APPEARANCES

Proja Filipovich and Kendra Eyben for applicant.

Gordon Cameron as *amicus curiae*.

ONT COMPARU :

Proja Filipovich et Kendra Eyben pour la demanderesse.

Gordon Cameron en qualité d’*amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Gordon Cameron as *amicus curiae*.

The following are the amended reasons for judicial authorizations rendered in English by

MOSLEY J:

I. Introduction

[1] On November 23, 2021, an employee of the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) applied in writing, and without notice to any other party, for judicial authorizations pursuant to section 11.13 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) for the retention of two Canadian datasets for a period of two years. While there are differences between the two datasets, the context and the factors to satisfy the test for authorization are the same for both which is why they were combined in one application.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.

Gordon Cameron en qualité d’*amicus curiae*.

Ce qui suit est la version française des motifs modifiés d’autorisations judiciaires rendus par

LE JUGE MOSLEY :

I. Introduction

[1] Le 23 novembre 2021, un employé du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service) a demandé par écrit, et ce, sans en aviser les autres parties, des autorisations judiciaires en application de l’article 11.13 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS) relativement à la conservation de deux ensembles de données canadiens pour une période de deux ans. Il existe des différences entre ces deux ensembles, mais le contexte et les exigences à remplir sont les mêmes dans les deux cas et c’est pourquoi une seule demande a été déposée.

[2] The undersigned is a judge of the Federal Court designated by the Chief Justice thereof for the purposes of the CSIS Act. Upon being satisfied that the retention of the datasets is likely to assist the Service in the performance of its duties or functions under sections 12, 12.1 and 16 of the CSIS Act and that the Service has complied with its obligations under section 11.1 with respect to the datasets, I authorized the retention of the datasets on March 10, 2022 with terms and conditions which I considered necessary or advisable in the public interest.

[3] These reasons for the issuance of the requested judicial authorizations are intended for public dissemination and have been written without reference to the personal information in question or the circumstances in which it was collected for privacy and national security reasons.

II. Legislative context

[4] This was the first application for judicial authorizations for the retention of datasets pursuant to section 11.13 since *An Act Respecting National Security Matters* [*National Security Act, 2017*], S.C. 2019, c. 13 (National Security Act or Bill C-59) creating the dataset regime was assented to on June 21, 2019.

[5] The dataset amendments stemmed at least in part from the decision of Mr. Justice Simon Noël in *X (Re)*, 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396 regarding the Service's illegal retention of data associated with lawfully collected communications. Justice Noël held that the CSIS Act authorizes the Service to collect and retain only that information which is "strictly necessary" to carry out its mandate. CSIS was, in effect, keeping such data even if it was not immediately threat-related in the event that it might prove to be useful later on. Justice Noël acknowledged the intelligence value of data analysis and questioned whether the legislation governing the Service was keeping pace with technological developments.

[2] Le juge de la Cour fédérale soussigné a été nommé par le juge en chef pour l'application de la Loi sur le SCRS. Après avoir été convaincu que la conservation des ensembles de données aidera probablement le Service à exercer ses fonctions au titre des articles 12, 12.1 et 16 de la Loi sur le SCRS et que le Service a respecté, à l'égard des ensembles de données, les obligations prévues à l'article 11.1, j'ai autorisé la conservation des ensembles de données le 10 mars 2022 sous réserve des conditions jugées nécessaires ou indiquées dans l'intérêt public.

[3] Puisqu'ils sont destinés à être diffusés publiquement, les présents motifs justifiant la délivrance des autorisations judiciaires ont été rédigés sans révéler les renseignements personnels en cause ni les circonstances dans lesquelles ils ont été recueillis pour des raisons de protection de la vie privée et de sécurité nationale.

II. Cadre législatif

[4] Il s'agissait de la première demande d'autorisations judiciaires déposée en lien avec la conservation d'ensembles de données conformément à l'article 11.13 depuis que la *Loi concernant des questions de sécurité nationale* [*Loi de 2017 sur la sécurité nationale*], L.C. 2019, ch. 13 (*Loi de 2017 sur la sécurité nationale* ou le projet de loi C-59), qui a établi le régime relatif aux ensembles de données, a été sanctionnée, le 21 juin 2019.

[5] Les modifications apportées tirent leur origine en partie du moins de la décision rendue par le juge Simon Noël dans l'affaire *X (Re)*, 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396, au sujet de la conservation illégale par le Service de données liées à des communications interceptées légalement. Le juge Noël a conclu que la Loi sur le SCRS autorisait le Service à ne recueillir et à ne conserver que l'information « strictement nécessaire » à l'exercice de son mandat. En fait, le SCRS conservait ces données même si elles n'étaient pas, dans l'immédiat, liées à une menace au cas où elles s'avèreraient utiles ultérieurement. Le juge Noël a reconnu la valeur de l'analyse des données sur le plan du renseignement et s'est demandé si les lois régissant le Service suivait bien le rythme des avancées technologiques.

[6] Among other extensive changes to the security and intelligence legislative framework, the National Security Act created a detailed and complex regime for the collection and retention of datasets containing personal information as that term is defined in section 3 of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21. This regime can be seen as Parliament's response to Justice Noël's questions about the adequacy of the legislation.

[7] Section 3 of the *Privacy Act* defines personal information very broadly as information about an identifiable individual that is recorded in any form. It includes information about race and ethnicity, religion, age or marital status, education, criminal or employment history, identifying numbers assigned to the individual, the personal views or opinions and correspondence of a private or confidential nature of the individual. What is not included in the meaning of personal information is also set out in section 3 of the *Privacy Act*. For the purposes of this application, the contents of the datasets in question clearly constitute personal information.

[8] "Dataset" is defined in section 2 of the CSIS Act to mean "a collection of information stored as an electronic record and characterized by a common subject matter". The governing provisions regarding the collection and retention of datasets pertaining to information not collected under the authority of a judicial warrant are set out in sections 11.01 to 11.25, 27 and 27.1 of the CSIS Act.

[9] The new regime applies only to datasets that contain personal information and which do not directly and immediately relate to activities that represent a threat to the security of Canada. The information would not therefore fall within CSIS's section 12 mandate. Its collection by the Service, however, would likely constitute a search or seizure invoking section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act*,

[6] Parmi les modifications importantes apportées au cadre législatif du renseignement de sécurité, la *Loi de 2017 sur la sécurité nationale* a établi un régime détaillé et complexe de collecte et de conservation d'ensembles de données contenant des renseignements personnels tels que définis à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (la LPRP). Ce régime peut être considéré comme étant la réponse du législateur aux questions soulevées par le juge Noël au sujet de la pertinence des textes de loi.

[7] L'article 3 de la LPRP, qui est cité aux présentes à l'annexe A, donne une définition très large des « renseignements personnels », qui y sont décrits comme les « renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ». Ils comprennent des renseignements relatifs à la race, à l'origine nationale ou ethnique, à la couleur, à la religion, à l'âge ou à la situation de famille d'un tel individu, à ses études, à son casier judiciaire ou à ses antécédents professionnels, à ses opinions ou ses idées personnelles, et à sa correspondance de nature privée ou confidentielle. Les renseignements exclus de la définition de « renseignements personnels » sont aussi précisés à l'article 3 de la LPRP. Aux fins de la présente demande, le contenu des ensembles de données en l'espèce constitue clairement des renseignements personnels.

[8] Le terme « ensemble de données » est défini à l'article 2 de la Loi sur le SCRS et s'entend d'un « [e]nsemble d'informations sauvegardées sous la forme d'un fichier numérique qui portent sur un sujet commun ». Les dispositions qui régissent la collecte et la conservation des ensembles de données liés à des renseignements qui ne sont pas recueillis en vertu d'un mandat judiciaire sont exposées aux articles 11.01 à 11.25, 27 et 27.1 de la Loi sur le SCRS.

[9] Le nouveau régime ne s'applique qu'aux ensembles de données qui contiennent des renseignements personnels qui, dans l'immédiat, ne sont pas directement liés à des activités exercées en lien avec une menace pour le Canada. Par conséquent, les renseignements en l'espèce ne sont pas visés par le mandat du SCRS décrit à l'article 12. Leur collecte par le Service constituerait cependant une perquisition ou une saisie abusive au sens de l'article 8 de la *Charte*

1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. Retention and exploitation of the information by CSIS would also be problematic. Hence the need for the elaborate scheme enacted by Parliament including the authorizations for retention of datasets from an independent and neutral judicial arbiter which are the subject of these reasons.

[10] The scheme distinguishes between datasets which relate to publicly available information, information which predominantly concerns Canadians or persons within Canada, and that which predominantly relates to non-Canadians outside Canada. CSIS must be satisfied that the dataset is relevant to the performance of its duties and functions under the Act. Should the dataset relate to Canadians or persons within Canada it must fall within a preapproved class of datasets authorized for collection by the Minister of Public Safety and which have been approved as reasonable by the Intelligence Commissioner.

[11] The approved classes of datasets have not been made public but the decisions by the Minister and the Intelligence Commissioner were included as exhibits to the applicant's affidavit. They are exceptionally broad in scope and I had no difficulty accepting that the datasets in question in this application fell within them. Indeed it is difficult to see how any collection of personal information might be excluded given the breadth of their scope.

[12] For 90 days following the acquisition of the dataset or until an authorization to retain is sought and approved, the Service cannot query the information for intelligence purposes except in exigent circumstances where life, individual safety, or perishable information of significant value to national security is at risk of being lost. They may review the information to determine what it consists of and whether it would be useful to an ongoing investigation and to prepare any applications that

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 conservation et l'exploitation de ces renseignements par le SCRS seraient aussi problématiques, d'où la nécessité pour le législateur de rédiger un texte législatif qui fait mention des autorisations de conservation d'ensembles de données accordées par un arbitre judiciaire neutre et indépendant, autorisations qui font l'objet des présents motifs.

[10] Le régime fait la distinction entre les ensembles des données qui sont accessibles au public, qui comportent principalement des informations liées à des Canadiens ou à des personnes se trouvant au Canada et ceux qui comportent principalement des informations liées à une personne qui n'est pas Canadienne qui se trouve à l'extérieur du Canada. Le SCRS doit être convaincu que l'ensemble de données est pertinent dans le cadre de l'exercice de ses fonctions au titre de la Loi sur le SCRS. Si l'ensemble de données comporte des informations liées à des Canadiens ou à des personnes qui se trouvent au Canada, alors il doit appartenir à une catégorie pour laquelle le ministre de la Sécurité publique autorise la collecte et que le commissaire au renseignement juge raisonnable.

[11] Les catégories approuvées d'ensembles de données n'ont pas été rendues publiques, mais les décisions du ministre et du commissaire au renseignement figuraient dans l'affidavit de la demanderesse à titre d'éléments de preuve. Leur portée est exceptionnellement vaste et je n'ai eu aucune difficulté à accepter que les ensembles de données appartenaient aux catégories définies. En effet, il est difficile de voir comment tout ensemble de renseignements personnels pourrait être exclu compte tenu de la vaste portée des catégories.

[12] Dans les 90 jours suivant l'acquisition de l'ensemble de données ou jusqu'à ce qu'il demande et obtienne l'autorisation de le conserver, le Service ne peut l'interroger pour obtenir des renseignements sauf dans des situations d'urgence, afin de préserver la vie ou la sécurité d'un individu, ou si des renseignements d'une importance considérable pour la sécurité risquent d'être perdus. Il peut examiner les renseignements afin d'établir en quoi ils consistent et s'ils pourraient être utiles à une enquête

may be required. During this period, and for so long as the Service retains the dataset, it is required to delete any information related to a person's mental or physical health in which there is a reasonable expectation of privacy, and information that is subject to solicitor-client privilege.

[13] To retain a Canadian dataset for longer than 90 days, CSIS must obtain, with the Minister's approval, judicial authorization from the Federal Court. To retain a foreign dataset beyond that timeframe, they must obtain the Minister's authorization. The decision to retain a foreign dataset is reviewed on reasonableness grounds by the Intelligence Commissioner.

[14] These reasons pertain only to the two Canadian datasets which are the subject of the application. Under the legislation, the Court must be satisfied that the dataset is likely to assist CSIS in the performance of its security and foreign intelligence and threat reduction duties and functions. The Court may impose any terms and conditions on the retention and use of a dataset that it considers advisable in the public interest. The duration of the authorization is for up to two years, subject to renewal. During that period, CSIS may conduct specific searches of the dataset relating to a person or entity, which is known as a "query". They may also conduct an "exploitation", which means a computational analysis of the dataset to obtain intelligence not otherwise apparent. These operations must be strictly necessary to CSIS's security intelligence and threat reduction mandates under sections 12 and 12.1 of the Act or required for its foreign intelligence function under section 16.

[15] The datasets must be kept separate and apart from the Service's other operational collections. Access to them is only permitted to persons specially designated by

en cours ou à la préparation de toute demande nécessaire. Durant cette période, et tant que le Service conserve l'ensemble de données, il doit supprimer toute information qui porte sur la santé physique ou mentale d'un individu pour laquelle il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, et toute information protégée par le privilège du secret professionnel de l'avocat.

[13] Pour pouvoir conserver un ensemble de données canadien pendant plus de 90 jours, le SCRS doit obtenir, avec l'approbation du ministre, une autorisation judiciaire délivrée par la Cour fédérale. S'il souhaite conserver un ensemble de données étranger au-delà de la période visée, il doit obtenir l'autorisation du ministre. Le commissaire au renseignement examine la décision de conserver un ensemble de données étranger en fonction de motifs raisonnables.

[14] Les présents motifs ne concernent que les deux ensembles de données canadiens qui font l'objet de la demande dont la Cour est saisie. En vertu de la loi, la Cour doit être convaincue que l'ensemble de données aidera probablement le Service à exercer ses fonctions en matière de sécurité et de renseignement étranger et de réduction de la menace. La Cour peut imposer toutes les conditions relatives à la conservation et à l'utilisation d'un ensemble de données qu'elle estime indiquées dans l'intérêt public. L'autorisation est valide pour une période maximale de deux ans et peut être renouvelée. Durant cette période, le SCRS peut effectuer des recherches ciblées (aussi appelées « interrogations ») dans l'ensemble de données, au sujet d'une personne ou d'une entité. Il peut également exercer des activités d'exploitation ou d'analyse informatique de l'ensemble de données ayant pour but d'obtenir des renseignements qui ne seraient pas autrement apparents. Ces activités ne peuvent être menées que dans la mesure strictement nécessaire afin d'aider le SCRS à exercer les fonctions en matière de renseignement de sécurité et de réduction des menaces qui lui sont conférées par les articles 12 et 12.1 de la Loi sur le SCRS de même que ses fonctions en lien avec le renseignement étranger définies à l'article 16.

[15] Les ensembles de données doivent être conservés séparément l'un de l'autre et des autres données opérationnelles. Seules les personnes désignées par le

the CSIS Director. Should a query or exploitation provide information of intelligence value the retention of which is determined to be strictly necessary, a designated person can transfer the results to the operational side of the Service's data collections where it can be used for investigative purposes. Otherwise it must be destroyed.

[16] The legislative scheme also calls for periodic and random auditing and the reports generated by the audits must be provided to the National Security and Intelligence Review Agency (NSIRA [or Review Agency]). Section 27.1 of the CSIS Act empowers NSIRA to report to the Director, who is, as soon as feasible, to convey the report to the Court, on dataset activity that may not be in compliance with the law. A designated judge of the Court shall review the information and make a determination if the querying or exploitation by the Service complied with the law and may make any order or take any other measure that the judge considers appropriate in the circumstances.

[17] This provision in the legislation provides a means for the Review Agency to make its views known to the Court. Such disclosure was not previously possible other than through the publication of the Review Agency's non-classified annual reports. Those public reports are necessarily vague, for national security reasons. This change in the law will assist the Court to better understand how its orders are executed by the Service, at least in this one aspect of the legislation.

[18] While not directly pertinent to this application, I note that in so far as information is collected incidentally in relation to a threat to the security of Canada under the authority of a warrant issued by the Court, subsection 21(1.1) now provides that the applicant for a warrant may ask the judge to authorize the retention of the information in order to constitute a dataset.

directeur du SCRS peuvent y accéder. Si des activités d'interrogation ou d'exploitation permettent d'obtenir des informations importantes dont la conservation est jugée strictement nécessaire, une personne désignée peut en transférer les résultats dans les données opérationnelles du Service, où ils pourront être utilisés à des fins d'enquête. Autrement, les résultats de ces activités devront être détruits.

[16] Le cadre législatif exige également des audits aléatoires et périodiques, et les rapports produits à l'issue de ces audits doivent être remis à l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement (l'OSSNR ou l'Office de surveillance). Aux termes de l'article 27.1 de la Loi sur le SCRS, l'OSSNR peut remettre un rapport au directeur, qui doit dès que possible le déposer à la Cour fédérale, au sujet d'activités d'interrogation ou d'exploitation qui pourraient ne pas être conformes à la loi. Un juge désigné à cette fin examine les informations afin de déterminer si le Service a agi conformément à la loi lorsqu'il a effectué l'interrogation ou l'exploitation. Il peut rendre une ordonnance ou prendre toute autre mesure qu'il estime appropriée dans les circonstances.

[17] Cette disposition donne à l'Office de surveillance un moyen de communiquer à la Cour fédérale des informations qui lui seraient utiles. Auparavant, une telle communication n'était possible que dans le cadre de la publication des rapports annuels non classifiés de l'Office de surveillance. Or, pour des raisons de sécurité nationale, ces rapports publics sont forcément vagues. Par cette modification, la Cour comprendra mieux de quelle manière le Service exécute ses ordonnances, au moins à l'égard de cet aspect de la loi.

[18] Bien que ce ne soit pas directement pertinent à l'égard de la présente demande, je souligne que dans la mesure où les informations sont recueillies de manière incidente en lien avec une menace à la sécurité du Canada lors de l'exécution d'un mandat décerné par la Cour, le demandeur peut maintenant, aux termes du paragraphe 21(1.1), demander au juge l'autorisation de conserver les informations en vue de constituer un ensemble de données.

[19] Section 28 of the CSIS Act was also amended by Bill C-59 to provide that the Governor in Council may make regulations prescribing the form of judicial authorizations that may be issued under section 11.13 and for governing the practice and procedure of, and security requirements applicable to, hearings of applications for judicial authorization under section 11.13.

III. Procedural History

[20] At the time of writing, no regulations have been made with respect to these matters. Accordingly, the procedure followed was similar to that employed in dealing with applications for the issuance of warrants under the CSIS Act and proceedings under related statutes. A notice of application was filed in the Designated Proceedings Registry on November 23, 2021 and a Top Secret file was opened by the Registry. The applicant, represented by counsel from the National Security Litigation and Advisory Group (NSLAG or AGC counsel) of the Department of Justice, affirmed an affidavit in support of the application and draft authorizations for the Court's consideration with the notice of application.

[21] As this was a novel proceeding, a highly experienced security cleared counsel from the private bar, Mr. Gordon Cameron, was appointed as *amicus curiae*. The *amicus* had access to all of the material submitted to the Court and attended the *in camera* hearings.

[22] Following an initial review of the affidavit and draft authorizations, the Court convened a case management conference with NSLAG counsel and the *amicus* on November 30, 2021 to discuss the next steps.

[23] At the Court's request, a copy of the Director's authorization to permit queries of the datasets in exigent circumstances was provided as well as the Intelligence Commissioner's decisions and reasons approving the Director's authorization. Pursuant to paragraph 11.13(2)(f), the application must set out the content of the Director's authorization. This was done in the affidavit filed in support of the application. It would be preferable, in my view,

[19] L'article 28 de la Loi sur le SCRS a aussi été modifié par le projet de loi C-59 de manière que le gouverneur en conseil puisse, par règlement, déterminer la forme des autorisations judiciaires présentées en vertu de l'article 11.13 et régir la pratique et la procédure, ainsi que les conditions de sécurité, applicables à l'audition des demandes d'autorisations judiciaires présentées au titre de l'article 11.13.

III. Historique procédural

[20] Au moment d'écrire les présentes lignes, il n'y avait eu aucun règlement à l'égard des questions en l'espèce. Par conséquent, la procédure suivie était similaire à celle utilisée pour les demandes de mandats au titre de la Loi sur le SCRS et les procédures au titre de lois connexes. Un avis de demande a été présenté au greffe des instances désignées le 23 novembre 2021, qui a ouvert un dossier très secret. En plus de l'avis de demande, la demanderesse, représentée par un avocat du Groupe litiges et conseils en sécurité nationale (le GLCSN ou l'avocate du procureur général du Canada) du ministère de la Justice, a présenté à la Cour un affidavit sous serment à l'appui de la demande et des ébauches d'autorisation.

[21] Comme il s'agissait d'une nouvelle instance, M. Gordon Cameron, un avocat chevronné ayant obtenu une attestation de sécurité et pratiquant dans un cabinet privé a été désigné ami de la Cour. À ce titre, il a eu accès à tous les documents soumis à la Cour et a assisté aux audiences à huis clos.

[22] À l'issue d'un examen initial de l'affidavit et des ébauches d'autorisation, la Cour a convoqué une conférence de gestion de l'instance et invité l'avocat du GLCSN et l'ami de la Cour, le 30 novembre 2021, afin de discuter des prochaines étapes.

[23] À la demande de la Cour, une copie de la note du directeur autorisant l'interrogation de l'ensemble de données dans une situation d'urgence a été remise ainsi que les décisions et les motifs du commissaire au renseignement ayant approuvé l'autorisation du directeur. Conformément à l'alinéa 11.13(2)f), la demande doit exposer le contenu de l'autorisation du directeur. Cette exigence a été respectée du fait de la présentation de

for the actual authorization to be provided in any future applications in order for the Court to be satisfied that this legislative requirement has been met.

[24] The initial affidavit filed in support of the application contained information current to November 17, 2021. To update that information, a supplemental affidavit was made by the same affiant on December 14, 2021 and was filed on December 15, 2021.

[25] Hearings took place on December 15 and 17, 2021. On those dates, the affiant appeared and was questioned under oath by NSLAG counsel, the *amicus* and the Court. An exhibit prepared by the affiant for illustrative purposes to explain the tables in which the information had been received by the Service was filed during the hearing. In addressing the Court at the outset of the hearings, AGC counsel made a statement recognizing her obligation as an officer of the Court, particularly in *ex parte* applications such as this, to ensure that no information adverse to the interests of the Service had been withheld from the Court. She also recognized her obligation to act independently of the Service, to maintain her objectivity and to advise the Court of all relevant legal considerations that arise in the context of the matter.

[26] The affiant's first affidavit contains a paragraph which similarly recognizes the duty of candour on the part of Service employees providing information and evidence to the Court. This was also addressed at the beginning of the affiant's direct examination by AGC counsel. The affiant stated that she understood her obligation was to provide full, frank and fair disclosure to the Court and that the obligation extended to other members of the Service who had provided information to her, such as the operational personnel who had handled the datasets. She had explained that obligation to the other Service members and received assurances that they understood the duty.

l'affidavit à l'appui de la demande. Je suis d'avis qu'il serait préférable, à l'avenir, que la véritable autorisation soit fournie pour convaincre la Cour que cette exigence législative a été respectée.

[24] L'affidavit initial présenté à l'appui de la demande contenait des informations à jour au 17 novembre 2021. Pour mettre à jour ces informations, un autre affidavit a été produit par la même déposante le 14 décembre 2021, puis déposé le 15 décembre 2021.

[25] Les audiences ont eu lieu les 15 et 17 décembre 2021. En ces deux occasions, la déposante s'est présentée devant le juge et a répondu sous serment aux questions de l'avocat du GLCSN, de l'ami de la Cour et de la Cour. Un élément de preuve produit par la déposante pour expliquer les tableaux dans lesquels le Service avait reçu les informations a été déposé durant l'audience. Dans une déclaration faite devant la Cour au début des audiences, l'avocate du procureur général du Canada a reconnu son obligation, à titre d'officier de justice, particulièrement dans le cadre de demandes faites *ex parte*, comme c'est le cas en l'espèce, de garantir qu'aucune information défavorable aux intérêts du Service n'a été cachée à la Cour. Elle a aussi reconnu son obligation d'agir de manière indépendante par rapport au Service, de maintenir son objectivité et d'informer la Cour de toute considération juridique pertinente qui pourrait se présenter en l'espèce.

[26] Dans le premier affidavit de la déposante se trouve un paragraphe reconnaissant l'obligation de franchise auquel sont soumis les employés du Service qui fournissent de l'information et des éléments de preuve à la Cour. La question a aussi été abordée au début de l'interrogatoire principal de la déposante mené par l'avocate du procureur général du Canada. La déposante a déclaré qu'elle comprenait avoir l'obligation de faire une divulgation complète, franche et impartiale à la Cour et que cette obligation s'appliquait aux autres employés du Service qui lui avait fourni à elle de l'information, notamment le personnel opérationnel qui avait manipulé les ensembles de données. Elle a expliqué cette obligation aux autres employés du Service et ceux-ci lui ont confirmé qu'ils comprenaient de quoi il retournait.

[27] Statements of this nature have been adopted as policies by both the Service and the AGC as a result of concerns expressed by the Court in several other matters in which the Court had found that the information provided in applications for warrants was incomplete and that material facts had been withheld. The Court has no reason to believe that to be the case in this instance. However, as became apparent during the applicant's cross-examination, the information provided about the sources of information relied upon in support of the application was lacking in certain specificity. This did not, in the Court's view, reflect a deliberate attempt to withhold material facts but rather uncertainty as to what would be required to justify the application.

[28] The applicant also averred that she had made the necessary inquiries and, to the best of her knowledge and belief, no information contained in her affidavit had been obtained through the use of torture or other cruel, inhumane or degrading methods. She reiterated this declaration in her testimony and was cross-examined on the basis for this assertion.

[29] In addition to these specific subjects, the applicant was closely questioned on the sources of the information collected by CSIS, how it was assembled and managed and how retention of the data bases would assist the Service in the performance of its duties.

[30] As described in her initial affidavit and testimony, the applicant's Service experience is primarily as a data exploitation analyst. She has had a role in the Service as a subject-matter expert regarding datasets. Her position is situated within the Data Management and Exploitation Branch of the Service (DMEX) which includes the Operational Data Analysis Centre (ODAC). Her unit, Data Acquisition and Governance (DAG), is part of ODAC and provides advice both to ODAC and across the Service with respect to datasets.

[31] As a result, the affiant has been designated in accordance with section 11.07 of the CSIS Act for the purpose of conducting evaluation activities on datasets. These

[27] Tant le Service que l'avocate du procureur général du Canada ont érigé en politique de telles déclarations à la suite de réserves exprimées par la Cour dans plusieurs autres affaires où elle avait constaté que les demandes de mandats étaient incomplètes et que certains faits importants n'avaient pas été communiqués. La Cour n'a aucune raison de croire que ce pourrait être le cas en l'espèce. Cependant, comme l'a fait ressortir le contre-interrogatoire de la demanderesse, les informations fournies au sujet des sources sur lesquelles la demande était fondée manquaient de spécificité. De l'avis de la Cour, il ne s'agit pas d'une tentative délibérée de retenir des faits importants, mais plutôt le signe que les exigences à respecter pour justifier une demande ne sont pas claires.

[28] La demanderesse a aussi affirmé qu'elle avait effectué les enquêtes nécessaires et que, pour autant qu'elle sache et qu'elle croie, aucune information mentionnée dans l'affidavit n'avait été obtenue par la torture ou par d'autres méthodes dégradantes, inhumaines ou cruelles. Elle a répété sa déclaration lors de son témoignage et son contre-interrogatoire a porté sur celle-ci.

[29] En plus d'être interrogée sur les sujets précis mentionnés précédemment, la demanderesse a été interrogée en détail sur les sources des informations recueillies par le SCRS, sur la manière dont ces informations sont réunies et gérées, et sur la façon dont la conservation de bases de données aiderait le Service à exercer ses fonctions.

[30] Comme elle l'avait décrit dans son affidavit initial et lors de son témoignage, au sein du Service, la demanderesse a principalement travaillé à titre d'analyste de l'exploitation des données. Elle a également occupé un poste d'experte des ensembles de données. Elle travaille au sein de la Direction générale de l'exploitation et de la gestion des données, dont relève le Centre d'analyse des données opérationnelles (CADO). Son unité, Acquisition de données et Gouvernance, au sein du CADO, donne des conseils sur les ensembles de données à ce dernier et à tout le Service.

[31] Par conséquent, la déposante a été désignée conformément à l'article 11.07 de la Loi sur le SCRS pour mener des activités d'évaluation sur les ensembles de données.

activities include the evaluation of datasets to determine if they fall within the regime and translation or decryption if necessary. This is done with a view to prepare the dataset, if appropriate, for an application for retention. During the evaluation period, the dataset may not be queried or exploited. It may be consulted for evaluation purposes.

[32] The affiant testified that she was the designated employee who consulted and evaluated the two datasets in question. In her affidavits and testimony she described how the datasets initially came to the attention of the Service and how they were collected through requests from the Service to other Government of Canada departments and agencies. She described the interaction between the Service and those departments and agencies. Some information in the datasets was initially provided by a foreign agency. The information in total comprised 26 spreadsheets arranged in columns with different headings relating to subject matter which could be construed as personal information.

[33] When the information was obtained by CSIS, it was compared to the Service's operational holdings. It had initially been acquired under the CSIS Act section 12 mandate to collect, "to the extent that it is strictly necessary ... analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada".

[34] In the circumstances in which the information had been obtained, it had been considered by the Service that it was "strictly necessary" to collect the information under its section 12 mandate in order to assess whether it related to persons who constituted a threat to the security of Canada. On the evidence presented to the Court, that was a reasonable conclusion. The question arose as to what to do with the information, which is not itself threat-related, in light of other threat-related information that came to the attention of the Service at the same time.

Ces activités consistent notamment à déterminer les ensembles de données qui sont visés par le régime et si le contenu doit être traduit et décrypté. Il s'agit ainsi de préparer l'ensemble de données en vue d'une demande de conservation, s'il y a lieu. Durant la période d'évaluation, le Service ne peut pas exercer d'activités d'interrogation ou d'exploitation sur l'ensemble de données. Il peut toutefois la consulter à des fins d'évaluation.

[32] La déposante a témoigné qu'elle avait été désignée pour consulter et évaluer les deux ensembles de données concernés. Dans ses affidavits et lors de son témoignage, elle a décrit comment le Service avait entendu parler des deux ensembles de données et comment ils avaient été recueillis par le Service auprès d'autres ministères et organismes fédéraux, par voie de requêtes. Elle a décrit l'interaction entre le Service et ces ministères et organismes. Certaines informations contenues dans ces ensembles provenaient d'un organisme étranger. Les informations sont réparties dans 26 feuilles de calcul organisées en colonnes, toutes surmontées d'un en-tête expliquant leur contenu qu'on pourrait catégoriser comme étant des renseignements personnels.

[33] Lorsqu'il a obtenu ces informations, le SCRS les a comparées aux données opérationnelles qu'il avait déjà. Elles avaient été obtenues en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS, qui prévoit que « dans la mesure strictement nécessaire, [le Service] analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada ».

[34] Étant donné les circonstances dans lesquelles les informations ont été obtenues, le Service a jugé qu'il était « strictement nécessaire » de les recueillir en vertu de l'article 12 de la Loi sur le SCRS pour déterminer si elles concernaient des personnes qui constituaient une menace envers la sécurité du Canada. Au regard des éléments de preuve présentés à la Cour, il s'agit d'une conclusion raisonnable. La question de savoir quoi faire des informations, qui ne concernaient pas une menace, par rapport à d'autres informations relatives à une menace que le Service avait obtenues à la même époque a été soulevée.

[35] The decision was taken to invoke the dataset regime and to request approval to query the information under the exigent circumstances provision in section 11.22 of the Act. This was authorized by the Director and that decision was subsequently validated by the Intelligence Commissioner as required by section 11.23.

[36] Following the exigent circumstances review, the information was turned over to the applicant. The spreadsheets in question contained rows of data elements in columns pertaining to the subject individuals. The witness reviewed the contents of the tables to determine whether any of it appeared to contain medical or mental health information or solicitor-client information that would require destruction. The spreadsheets, in which the information was originally received by email and disseminated within the Service, were destroyed. The applicant testified that those Service employees who had received the information confirmed its destruction once it was determined that it would fall within the dataset regime and retained only if it were to be determined to be strictly necessary and authorized by the Court.

[37] The information is now retained in a separate location from other Service data holdings and access to the information is limited to designated persons and access for queries or exploitation requested by other branches of the Service is recorded and can only be done if strictly necessary to assist the Service in the performance of its duties under sections 12 and 12.1 of the Act or to assist the Minister of National Defence or Minister of Foreign Affairs under section 16 of the Act.

[38] In her testimony, the applicant took the Court through the tables and explained how the information was organized and described her findings from reviewing the content. In particular, she explained how she was able to determine that the information related to Canadians or persons in Canada and how it fell within one of the classes of datasets approved by the Minister and Intelligence Commissioner.

[35] On a décidé d'invoquer le régime sur les ensembles de données et de demander l'autorisation d'interroger l'ensemble de données en vertu de la disposition sur les situations d'urgence énoncée à l'article 11.22 de la Loi sur le SCRS. Le directeur a autorisé l'interrogation et cette décision a par la suite été approuvée par le commissaire au renseignement conformément à l'article 11.23 de la loi susmentionnée.

[36] Après qu'il avait été établi qu'il s'agissait véritablement d'une situation d'urgence, les informations ont été communiquées à la demanderesse. Les feuilles de calcul contenaient des colonnes de données relatives à des personnes en particulier. Le témoin a examiné les tableaux afin de déterminer s'ils semblaient contenir des renseignements médicaux, relatifs à la santé mentale ou visés par le secret professionnel de l'avocat, devant être détruits. Les feuilles de calcul, qui avaient été reçues par courriel, puis transmises au sein du Service, ont été détruites. La demanderesse a témoigné que les employés du Service qui avaient reçu les informations lui avaient confirmé qu'elles avaient été détruites dès qu'il avait été établi qu'elles relevaient du régime sur les ensembles de données et que la conservation des informations strictement nécessaires avait été autorisée par la Cour.

[37] Ces informations sont maintenant conservées séparément des autres fonds de données du Service et seules les personnes désignées peuvent y accéder. De plus, les demandes d'accès à des fins d'interrogation ou d'exploitation présentées par d'autres directions générales du Service sont consignées et ne sont autorisées que dans la mesure strictement nécessaire pour aider le Service à exercer ses fonctions au titre des articles 12 et 12.1 de la Loi sur le SCRS ou pour prêter assistance au ministre de la Défense nationale ou au ministre des Affaires étrangères en vertu de l'article 16 de cette même loi.

[38] Durant son témoignage, la demanderesse a présenté les tableaux à la Cour, lui a expliqué de quelle façon les informations avaient été organisées et a fait part des conclusions qu'elle avait tirées à l'issue de son examen. Elle a plus précisément expliqué comment elle était parvenue à établir que les informations étaient liées à des Canadiens ou à des personnes se trouvant au Canada et en quoi elles satisfaisaient aux critères de l'une des catégories

[39] The applicant testified as to the need to update the tables should new information be received that affected any of the data elements while the dataset was retained.

[40] At the conclusion of the applicant's testimony, counsel and the *amicus* provided the Court with oral submissions with respect to the merits of the application and the proposed authorizations. The *amicus* proposed additional language for insertion as conditions in the draft authorizations for the Court's consideration and a possible caveat to be attached to the data in the Service collection. The text of the proposed conditions and the caveat had previously been shared with AGC counsel but no consensus had been reached regarding their inclusion.

[41] Following receipt of the submissions, the Court indicated that the authorizations would not be issued in the draft forms submitted by the applicant. AGC counsel and the *amicus* were directed to confer on changes to the proposed text in accordance with the Court's expressed concerns. Of particular concern to the Court were the proposals by the Service on how the datasets might be updated and edited by additions, deletions and corrections on an ongoing basis. It appeared that the Service sought *carte blanche* to revise the database without further authorization from the Court. Also of concern was that, as originally proposed, the information could be queried or exploited without reference to the particular context in which it had been collected. This could have implications for the privacy interests of the individuals concerned, particularly if the information was to be shared with foreign agencies.

[42] On December 21, 2021 AGC counsel submitted a letter requesting additional time in which to respond with new text and written representations. The Court agreed to the proposed schedule and it was further extended at

d'ensemble de données approuvées par le ministre et le commissaire au renseignement.

[39] La demanderesse a affirmé qu'il faudrait mettre à jour les tableaux si de nouvelles informations ayant une incidence sur des données étaient obtenues pendant la période de conservation de l'ensemble de données.

[40] Après le témoignage de la demanderesse, l'avocate et l'ami de la Cour ont présenté à la Cour leurs observations de vive voix au sujet du bien-fondé de la demande et des autorisations proposées. L'ami de la Cour a suggéré d'ajouter des conditions dans les ébauches d'autorisation aux fins d'examen par la Cour, et de peut-être joindre une mise en garde aux données se trouvant dans les fonds du Service. Le libellé des conditions proposées et de la mise en garde avait été soumis à l'avocate du procureur général du Canada, mais les parties ne sont parvenues à aucun consensus quant à leur inclusion.

[41] Après avoir entendu les observations, la Cour a indiqué qu'elle ne délivrerait pas les autorisations à l'égard des ébauches soumises par la demanderesse. Elle a donné instruction à l'avocate du procureur général du Canada et à l'ami de la Cour de discuter de changements à apporter au texte proposé en fonction des réserves qu'elle a exprimées. Parmi les sources d'inquiétude de la Cour, mentionnons les propositions du Service au sujet de la manière dont les ensembles de données pourraient être mis à jour et édités, de façon continue, au moyen d'ajouts, de suppressions et de corrections. Il lui semblait que le Service souhaite obtenir carte blanche de sorte à pouvoir modifier la base de données sans obtenir son autorisation. La Cour s'inquiétait aussi du fait que, selon la proposition initiale, les ensembles de données pourraient être interrogés ou exploités sans qu'il soit fait mention du contexte dans lequel les informations avaient été recueillies. Cela pourrait avoir des conséquences en matière de respect de la vie privée pour les personnes concernées, surtout si les informations étaient communiquées à des organismes étrangers.

[42] Le 21 décembre 2021, l'avocate du procureur général du Canada a présenté une lettre dans laquelle elle demandait une prolongation du délai accordé pour soumettre un nouveau libellé et des observations écrites.

the request of the AGC. Additional evidence and submissions were submitted to the Court on February 9, 2022 to address the Court's concerns and proposals made by the *amicus* for additional terms and conditions. At the Court's direction, counsel for the AGC and the *amicus* continued to confer in an effort to arrive at a joint position to present for the Court's consideration. This process was prolonged by the difficulties presented by the pandemic. Given the subject matter, discussions between AGC counsel and the *amicus* could not be conducted outside the Court's secure facility.

[43] The AGC submitted revised draft authorizations on March 4, 2022 indicating where the proposed changes reflected a joint position with the *amicus*. The *amicus* provided a separate communication to the Court to explain his views on the revisions and to bring some further matters to the Court's attention.

[44] The *amicus* had previously recommended that an additional condition be included to require periodic reporting to the Court on queries and exploitation of the datasets. This was intended to address a concern about possible inappropriate migration of the information to the Service's general section 12 operational databases. The AGC opposed this proposal on the grounds that it was unnecessary and duplicative of the work of NSIRA which would be reviewing the Service's use of the datasets as described above.

[45] The Court agreed with the AGC that, in this instance, it was not necessary or conducive to judicial economy to require routine reporting to the Court when the NSIRA review process was likely to be more efficient and effective. The Court is not in as good a position to monitor the risk of inappropriate migration as the review agency and is confident that NSIRA will be alert to the possibility. And could bring any misuse of the authorizations to

La Cour a accepté les échéanciers proposés et le délai a été prolongé de nouveau à la demande de l'avocate du procureur général du Canada. Des éléments de preuve et des observations supplémentaires ont été présentés à la Cour le 9 février 2022 en réponse aux réserves de la Cour et aux conditions proposées par l'ami de la Cour. À la requête de la Cour, l'avocate du procureur général du Canada et l'ami de la Cour ont poursuivi leurs discussions afin de parvenir à une réponse commune à lui présenter. Le processus a duré plus longtemps que prévu à cause de la pandémie. En effet, compte tenu de la nature de l'affaire, les discussions entre l'avocate du procureur général du Canada et l'ami de la Cour ne pouvaient avoir lieu que dans une pièce sécurisée du tribunal.

[43] L'avocate du procureur général du Canada a soumis des demandes d'autorisation révisées le 4 mars 2022, et indiqué les changements proposés dont elle avait convenu avec l'ami de la Cour. Ce dernier a remis à la Cour une communication distincte pour expliquer son point de vue sur les révisions et porter d'autres questions à son attention.

[44] L'ami de la Cour avait précédemment recommandé qu'une condition supplémentaire soit ajoutée, à savoir exiger que soient périodiquement remis à la Cour des rapports sur les activités d'interrogation et d'exploitation des ensembles de données. L'objectif était de répondre à une préoccupation quant au fait que des informations pourraient être migrées de manière inappropriée à l'une ou l'autre des bases de données opérationnelles générales du Service dont il est question à l'article 12 de la Loi sur le SCRS. L'avocate du procureur général du Canada s'est opposée à cette proposition au motif qu'elle n'était pas nécessaire et qu'elle entraînait une duplication du travail effectué par l'OSSNR puisqu'il devrait aussi se pencher sur l'utilisation des ensembles de données par le Service, comme il est précisé plus haut.

[45] La Cour a souscrit à l'avis de l'avocate du procureur général du Canada selon lequel, en l'espèce, il n'était pas nécessaire ni favorable à l'économie des ressources judiciaires d'exiger que des rapports soient remis périodiquement à la Cour, alors que le processus de l'OSSNR était susceptible d'être plus efficace. La Cour n'est pas aussi bien placée que l'Office de surveillance pour suivre le risque de migration inappropriée et elle est convaincue

the Court's attention. This conclusion, while general in nature, is also dependent on the facts of these applications and may need to be revisited in another matter.

[46] The revised draft authorizations limit the scope of the definition of the datasets and specify that they may only be updated in accordance with the terms of the authorizations. Those terms include two conditions. The first condition requires the Service to notify the Court of any determination that an update, other than an update pertaining to contact information, is to be made and places a hold on the update should the Court require further information or submissions regarding the proposed change.

[47] The second condition requires that a text be applied to any report querying or exploiting the dataset which describes the context in which the dataset was obtained including the circumstances of the individuals to whom the information pertains. This was in response to a proposal by the *amicus* that a caveat be included in any Service reporting of the information. The Court was satisfied that the addition of the text would ensure that there was no confusion about the nature and source of the information that could lead to inappropriate consequences for the individuals concerned.

IV. Outcome

[48] As required by the statute, I was satisfied that the statutory formal prerequisites for the issuance of the authorizations were observed. These include designation of the applicant by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness for the purposes of the applications, that the Deputy Minister had been consulted and that the Minister had personally approved the applications.

[49] Based on the applicant's affidavit evidence and her testimony before the Court, and as required by subsection 11.13(1) of the CSIS Act, I am satisfied that retention of the datasets is likely to assist the Service in the performance of its duties or function under sections 12, 12.1 and

que celui-ci saura repérer un tel risque. L'OSSNR pourra en outre informer la Cour de tout usage abusif des demandes d'autorisation. Cette conclusion, quoique générale, dépend aussi des faits relatifs aux demandes et pourrait devoir être revue dans une autre affaire.

[46] Les ébauches révisées des autorisations limitent la portée de la définition de « ensemble de données » et précisent qu'un ensemble de données ne peut être mis à jour que conformément aux deux conditions exposées dans les autorisations. La première condition exige du Service qu'il informe la Cour que doit être effectuée une mise à jour autre pour modifier des coordonnées, et prévoit qu'aucun changement ne sera effectué si la Cour souhaite obtenir de l'information ou des observations supplémentaires sur les changements proposés.

[47] La deuxième condition exige qu'un texte soit ajouté à tout rapport sur l'interrogation ou l'exploitation des ensembles de données; ce texte doit décrire le contexte dans lequel ces ensembles ont été obtenus, notamment la situation des personnes que concernent les informations. Cette condition fait suite à une proposition de l'ami de la Cour d'inclure une mise en garde dans toute communication des informations par le Service. La Cour était convaincue que l'ajout de ce texte garantirait qu'il n'y aurait aucune confusion sur la nature et la source des informations pouvant mener à des circonstances inappropriées pour les personnes concernées.

IV. Issue

[48] Comme l'exige la loi, j'ai été convaincu que les conditions préalables prévues par la loi relativement à la délivrance des autorisations avaient été observées. Parmi ces conditions, mentionnons la désignation de la demanderesse par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile pour les besoins des demandes, la consultation préalable du sous-ministre et le fait que le ministre avait lui-même approuvé les demandes.

[49] Compte tenu de la preuve par affidavit et du témoignage que la demanderesse a présentés devant la Cour, et conformément au paragraphe 11.13(1) de la Loi sur le SCRS, je suis convaincu que la conservation des ensembles de données aidera probablement le Service à exercer ses

16 of the CSIS Act and that the Service has complied with its obligations under section 11.1 of the Act. I am satisfied that the matters referred to in paragraphs 11.13(2)(a) to (f) of the CSIS Act are supported by the evidence received by the Court.

[50] I therefore authorized the retention of the datasets by the Service for a period of two years from the date of issuance of the Order, March 10, 2022, and authorized the datasets to be updated in accordance with the terms and conditions of the Order.

[51] These were novel applications and the Court wishes to thank counsel for the AGC and the *amicus* for their assistance to the Court in dealing with them. The applicant is also to be commended for giving her evidence in a clear and forthright manner.

[52] In addition to his submissions on the substantive merits of the applications, the *amicus* made some valuable suggestions about the form of the affidavit evidence tendered by the Service and the manner in which other Service personnel had been consulted in preparation of the application. These suggestions of a more general nature about the process will be shared with all designated judges for their consideration in respect of other applications for warrants and authorizations.

fonctions au titre des articles 12, 12.1 et 16 de la Loi sur le SCRS, et que le Service a respecté les obligations prévues à l'article 11.1 de cette même loi. Je suis convaincu que les questions mentionnées aux alinéas 11.13(2)a) à f) de la Loi sur le SCRS sont étayées par la preuve déposée devant la Cour.

[50] J'autorise par conséquent le Service à conserver les ensembles de données pendant une période de deux ans à partir de la date de délivrance de l'ordonnance, soit le 10 mars 2022, et j'autorise la mise à jour de ces ensembles sous réserve des conditions établies dans l'ordonnance.

[51] Il s'agissait de demandes d'une nature tout à fait nouvelle et la Cour souhaite remercier l'avocate du procureur général du Canada et l'ami de la Cour pour l'aide qu'ils lui ont apportée. Il convient aussi de féliciter la demanderesse, qui a présenté sa preuve de manière claire et franche.

[52] En plus de ses observations sur le bien-fondé des demandes, l'ami de la Cour a fait quelques suggestions précieuses sur la forme de la preuve par affidavit présentée par le Service et sur la manière dont d'autres employés du Service devraient être consultés dans la préparation de telles demandes. Ces suggestions de nature générale au sujet du processus seront communiquées à tous les juges désignés, qui les examineront en lien avec d'autres demandes de mandats et d'autorisations.

IMM-4222-21
2022 FC 1078IMM-4222-21
2022 CF 1078**Asha Ali Barre and Alia Musa Hosh** (*Applicants*)**Asha Ali Barre et Alia Musa Hosh** (*demandereses*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de de Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: BARRE v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)****RÉPERTORIÉ : BARRE c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**Federal Court, Go J.—By videoconference, May 5;
Toronto, July 20, 2022.Cour fédérale, juge Go—Par vidéoconférence, 5 mai;
Toronto, 20 juillet 2022.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Application for judicial review of joint decision of Refugee Protection Division (RPD) vacating both of applicants' refugee statuses under Immigration and Refugee Protection Act, s. 109, Refugee Protection Division Rules, r. 64 — Applicants claim to be born in Somalia — Determined to be refugees by RPD — Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) later applied to vacate Convention refugee status conferred on both applicants on basis of misrepresentation, withholding of material facts — Minister's evidence included photo comparisons between applicants, Kenyan citizens who arrived on study permits shortly before applicants' refugee claims made — Minister objected to applicants' evidence concerning facial recognition software by Clearview AI, arguing no indication software used in investigation — Further arguing Privacy Act, s. 22(2) allowing law enforcement agencies to protect details of investigation — RPD vacated applicants' refugee status based in part on photo comparisons — Established that applicants, Kenyan students same persons — Applicants argued, inter alia, that decision unreasonable — Also argued that RPD should not have admitted photographic evidence because this evidence likely came from questionable facial recognition software — Whether RPD erred by admitting Minister's photo comparisons as evidence — Whether RPD's findings that applicants were Kenyan students reasonable — RPD erred by allowing photo comparisons without requiring Minister to disclose methodology used in procuring evidence on basis of Privacy Act — Privacy Act, s. 22(2) appearing to contain several elements not applicable to present case — Curious that Minister cited Privacy Act, which protects personal information, as basis for not disclosing source of photo comparison when only information that Minister disclosed was personal to two Kenyan students alleged to be the applicants — Decision in Canadian Association of Elizabeth Fry Societies

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision conjointe de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) ayant annulé le statut de réfugiée de chacune des demandereses en vertu de l'article 109 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et de la règle 64 des Règles de la Section de la protection des réfugiés — Les demandereses ont affirmé être nées en Somalie — La SPR a jugé qu'elles étaient réfugiées — Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) a demandé par après l'annulation du statut de réfugiées au sens de la Convention accordé aux deux demandereses, pour le motif qu'elles avaient fait des présentations erronées des faits importants et avaient fait preuve de réticence sur ces faits — Le ministre a notamment produit des comparaisons de photographies des demandereses et de deux citoyennes du Kenya arrivées au Canada en vertu de permis d'études peu avant que les demandereses présentent leurs demandes d'asile — Le ministre s'est objecté au dépôt de preuve par les demandereses sur Clearview AI, affirmant que rien n'indiquait que le logiciel de cette dernière avait servi à l'enquête — Le ministre a fait valoir que le paragraphe 22(2) de la Loi sur la protection des renseignements personnels (la Loi) permet aux organismes d'application de la loi de protéger les détails de leur enquête — La SPR a annulé le statut de réfugiées des demandereses, sur le fondement, en partie, des comparaisons de photos — Elle a conclu que, dans chaque cas, la demanderesse et la prétendue étudiante kényane n'étaient qu'une seule et même personne — Les demandereses ont soutenu, entre autres choses, que la décision était déraisonnable — Elles ont prétendu aussi que la SPR n'aurait pas dû admettre en preuve les photos, car elles ont probablement été obtenues à partir d'un logiciel de reconnaissance faciale douteux — Il s'agissait de déterminer si la SPR a commis une erreur en admettant en preuve les comparaisons de photos produites par le ministre — Il s'agissait aussi de déterminer si la

v. Canada (Public Safety) confirming that when government agency seeking exemption from disclosure under Privacy Act, s. 22(1)(b), Court will not infer injurious harm on theoretical basis from mere presence of an investigation without evidence of nexus between requested disclosure, reasonable expectation of probable harm — Principles outlined in that case regarding Privacy Act equally applicable to case at hand — Privacy Act not overriding principle of procedural fairness — RPD erred by accepting Minister's reliance on s. 22(2) — RPD did not clarify nature of personal information that Minister was seeking to protect — Did not seek any evidence or arguments on how any aspect of s. 22 applied — Concluded without evidence that Canada Border Services Agency did not rely on Clearview AI solely because company ceased offering its facial recognition services in Canada, made no inquiry as to when photo comparisons created — Allowed Minister to rely on Privacy Act to shield itself from disclosure requirement — Failed to engage in necessary consideration of balancing alleged protection of privacy rights with applicants' procedural fairness right to disclosure — While RPD's error in admitting photo comparisons determinative of issue, its assessment of evidence addressed — RPD's findings that applicants were Kenyan students unreasonable — RPD unreasonably ignored discrepancies between Global Case Management System notes, allegations made by Minister — In conclusion, decision to vacate applicants' refugee status unreasonable as it lacked an internally coherent, rational chain of analysis that was justified in relation to facts, law — Matter returned for redetermination — Application allowed.

This was an application for judicial review of a joint decision of the Refugee Protection Division (RPD) vacating both of the applicants' refugee statuses under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and rule 64 of the *Refugee Protection Division Rules*.

décision de la SPR, selon laquelle les demanderesse étaient des étudiantes kényanes, était raisonnable — La SPR a commis une erreur en autorisant l'admission en preuve des comparaisons de photos sans enjoindre au ministre de communiquer la méthode ayant servi à obtenir ces éléments de preuve sur le fondement de la Loi — Le paragraphe 22(2) de la Loi contient plusieurs éléments qui ne s'appliquaient pas en l'espèce — Le ministre a invoqué la Loi pour justifier son refus de communiquer la source des comparaisons de photos, alors que les seules données qu'il a communiquées étaient des renseignements personnels concernant les deux étudiantes kényanes présumées être les demanderesse — La décision Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) a confirmé que lorsqu'un organisme gouvernemental cherche à se soustraire aux exigences de divulgation au titre de l'alinéa 22(1)b) de la Loi, la Cour n'inférera pas un préjudice d'une façon purement théorique sur la seule existence d'une enquête, sans preuve d'un lien entre la communication demandée et la vraisemblance raisonnable de préjudice — Les principes énoncés dans cette affaire au sujet de la Loi s'appliquaient en l'espèce — La Loi ne l'emporte pas sur le principe d'équité procédurale — La SPR a commis une erreur en acceptant la justification du ministre, fondée sur le paragraphe 22(2) de la Loi — Elle n'a pas demandé de précisions sur la nature des renseignements personnels que le ministre cherchait à protéger — Elle n'a pas demandé des éléments de preuve ou des arguments sur l'application de toute partie de l'article 22 — Elle a conclu sans preuve que l'Agence des services frontaliers du Canada n'avait pas fait appel à Clearview AI, simplement parce que l'entreprise avait cessé d'offrir ses services de reconnaissance faciale au Canada et elle n'a pas cherché à savoir à quel moment les comparaisons de photos avaient été établies — Elle a permis au ministre de se soustraire à l'obligation de communication sur le fondement de la Loi — Elle n'a pas cherché à arriver à un équilibre entre la protection alléguée du droit à la vie privée et le droit à la communication que le principe de l'équité procédurale garantit à la demanderesse — Bien que l'erreur commise par la SPR en admettant en preuve les comparaisons de photos ait été déterminante, l'appréciation de la preuve par la SPR a été examinée — La décision de la SPR, selon laquelle les demanderesse étaient des étudiantes kényanes, était déraisonnable — La SPR a négligé, de manière déraisonnable, les divergences entre les notes du Système mondial de gestion des cas (SMGC) et les allégations du ministre — En conclusion, la décision d'annuler le statut de réfugiées des demanderesse était déraisonnable, car elle n'était pas fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles — L'affaire a été renvoyée pour nouvel examen — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision conjointe de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) qui a annulé le statut de réfugiée de chacune des demanderesse en vertu de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de la règle 64 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*.

The applicants claim that they were born in Somalia. They both based their refugee claims on fear of sectarian and gender-based violence from militant Islamist groups in that country. The RPD determined Ms. Barre to be a Convention Refugee in May 2017, and in the case of Ms. Hosh, in July 2018. Neither applicant had identity documents from Somalia at the time of their refugee proceedings. The RPD established the applicants' identities through witness testimony and other evidence. In 2020, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) applied to vacate the Convention refugee status conferred on both applicants on the basis that they had misrepresented and withheld material facts relating to relevant matters before the RPD. The Minister's evidence included photo comparisons between the applicants and two Kenyan citizens who arrived in Canada on study permits shortly before the applicants' refugee claims were made. The applicants objected to these photographs and sought to introduce evidence about Clearview AI, a company providing facial recognition software. The Minister objected to the applicants' evidence concerning Clearview AI, arguing that there was no indication it was used in the investigation. The Minister further argued that subsection 22(2) of the *Privacy Act* "allows law enforcement agencies to protect the details of this investigation". The RPD vacated the applicants' refugee status based in part on the photo comparisons, finding "great similarities" between the photos in either case, to establish that each of the applicants and alleged Kenyan student are one and the same person. The RPD thus found that the applicants had withheld or misrepresented material facts. It concluded that the material facts misrepresented were so fundamental as to call into question the credibility of the applicants' entire accounts for fearing persecution, such that there could not be any remaining evidence to justify refugee protection. The applicants argued, *inter alia*, that the decision was unreasonable and that the RPD breached procedural fairness. They also argued that the RPD should not have admitted photographic evidence of the Kenyan students because this evidence likely came from questionable facial recognition software.

The determinative issues in this case were whether the RPD erred by admitting the Minister's photo comparisons as evidence, and whether the RPD's findings that the applicants were Kenyan students were reasonable.

Held, the application should be allowed.

Les demandresses ont affirmé être nées en Somalie. Elles ont chacune présenté une demande d'asile en invoquant leur crainte d'être victimes de violence sectaire et de violence fondée sur le sexe de la part de groupes militants islamistes présents en Somalie. En mai 2017, la SPR a jugé que M^{me} Barre était une réfugiée au sens de la Convention et a rendu la même décision à l'égard de M^{me} Hosh en juillet 2018. Ni M^{me} Barre ni M^{me} Hosh n'ont présenté de pièces d'identité de la Somalie lors du traitement de leur demande d'asile. La SPR a établi les identités des demandresses grâce à des témoignages et autres preuves. En 2020, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) a demandé l'annulation du statut de réfugiées au sens de la Convention accordé aux deux demandresses, pour le motif qu'elles avaient fait des présentations erronées des faits importants quant à un objet pertinent porté devant la SPR et avaient fait preuve de réticence sur ces faits. Le ministre a notamment produit des comparaisons de photographies des demandresses et de deux citoyennes du Kenya arrivées au Canada en vertu de permis d'études peu avant que les demandresses présentent leurs demandes d'asile. Les demandresses se sont opposées à la production de ces photos et ont cherché à présenter des éléments de preuve sur Clearview AI — une entreprise offrant un logiciel de reconnaissance faciale. Le ministre a présenté une objection au dépôt de preuve par les demandresses sur Clearview AI. Selon lui, rien n'indiquait que le logiciel de cette dernière avait servi à l'enquête. Le ministre a en outre fait valoir que le paragraphe 22(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (la Loi) [TRADUCTION] « permet aux organismes d'application de la loi de protéger les détails de cette enquête ». La SPR a annulé le statut de réfugiées des demandresses sur le fondement, en partie, des comparaisons de photos. Elle a conclu que les [TRADUCTION] « grandes ressemblances » qui existaient entre les photos permettaient d'établir que, dans chaque cas, la demandresse et la prétendue étudiante kényane n'étaient qu'une seule et même personne. La SPR a donc conclu que les demandresses avaient présenté erronément des faits importants ou avaient fait preuve de réticence sur ces derniers. Selon la SPR, la présentation erronée de faits substantiels était à ce point fondamentale qu'elle remettait en cause la crédibilité de l'ensemble des témoignages des demandresses sur leur crainte d'être persécutées. Partant, il ne restait aucun élément de preuve justifiant l'octroi de l'asile. Les demandresses ont soutenu, entre autres choses, que la décision était déraisonnable et que la SPR a manqué à l'équité procédurale. Elles ont prétendu aussi que la SPR n'aurait pas dû admettre en preuve les photos des étudiantes kényanes, car elles ont probablement été obtenues à partir d'un logiciel de reconnaissance faciale douteux. Les questions déterminantes en l'espèce étaient de savoir si la SPR a commis une erreur en admettant en preuve les comparaisons de photos produites par le ministre, et si la décision de la SPR, selon laquelle les demandresses étaient des étudiantes kényanes, était raisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

The RPD erred by allowing the photo comparisons without requiring the Minister to disclose the methodology used in procuring the evidence on the basis of the *Privacy Act*. The RPD referenced subsection 22(2) of the *Privacy Act*, which appears to contain several elements that are not applicable to the present case. There was no information about who decided not to make the disclosure. The provision refers to “any personal information requested under subsection 12(1)”. Here there was no such request, but rather a procedural fairness argument in the course of a vacation proceeding. There is no record of the RCMP’s involvement or any agreement not to disclose information. It was curious that the Minister cited the *Privacy Act*, which protects personal information, as the basis for not disclosing the source of the photo comparison when the only information that the Minister had disclosed was personal to the two Kenyan students who were alleged to be the applicants. The decision in *Canadian Association of Elizabeth Fry Societies v. Canada (Public Safety) (Elizabeth Fry Societies)* confirms that when a government agency is seeking an exemption from disclosure under paragraph 22(1)(b), the Court “will not infer injurious harm on a theoretical basis from the mere presence of an investigation, whether past or present, without evidence of a nexus between the requested disclosure and a reasonable expectation of probable harm”. While *Elizabeth Fry Societies* dealt with an application by an individual to seek disclosure of her own personal records, and while it dealt with paragraph 22(1)(b) which may or may not apply here, the principles outlined in that case regarding the *Privacy Act* were equally applicable to the case at hand. The *Privacy Act* does not override the principle of procedural fairness. The RPD erred by accepting the Minister’s reliance on subsection 22(2) of the *Privacy Act*. First, the RPD did not clarify the nature of the personal information that the Minister was seeking to protect, before concluding that the information in question was subject to the *Privacy Act*. Second, the RPD accepted, without seeking any evidence or arguments on how any aspect of section 22 of the *Privacy Act* applied, the Minister’s assertion that the *Privacy Act* allows the Canada Border Services Agency (CBSA) to protect the details of its investigation. Third, the RPD concluded, again without any evidence, that the CBSA did not rely on Clearview AI solely because the company ceased offering its facial recognition services in Canada as of July 6, 2020, and made no inquiry as to when the photo comparisons were created in this case. The respondent conceded that the RPD should not have relied on subsection 22(2) of the *Privacy Act*. The RPD allowed the Minister to rely on the *Privacy Act* to shield itself from the disclosure requirement, without first considering the possibility of reviewing the information, which had been withheld from the applicants. It gave a cursory nod to the respondent’s *Privacy Act* argument and failed to engage in the necessary consideration of balancing the alleged protection of privacy rights with the applicants’ procedural fairness right to disclosure. The RPD’s swift acceptance of the Minister’s exemption request, in the absence of a cogent explanation for why the information

La SPR a commis une erreur en autorisant l’admission en preuve des comparaisons de photos sans enjoindre au ministre de communiquer la méthode ayant servi à obtenir ces éléments de preuve sur le fondement de la Loi. La SPR a renvoyé au paragraphe 22(2) de la Loi, qui semble contenir plusieurs éléments qui ne s’appliquaient pas en l’espèce. Aucune information ne permettait de déterminer qui a décidé de refuser la communication des renseignements. Cette disposition renvoie aux « renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) ». En l’espèce, aucune pareille demande n’a été présentée. Les demanderesse ont plutôt invoqué un argument fondé sur l’équité procédurale dans le cadre d’une demande d’annulation. Rien dans le dossier ne renvoyait à la participation de la Gendarmerie royale du Canada ou à l’existence de quelque accord de non-divulgaration. Il était curieux que le ministre ait invoqué la Loi, dont l’objet est de protéger des renseignements personnels, pour justifier son refus de communiquer la source des comparaisons de photos, alors que les seules données qu’il a effectivement communiquées étaient des renseignements personnels concernant les deux étudiantes kényanes présumées être les demanderesse. La décision *Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (Sociétés Elizabeth Fry)* a confirmé que lorsqu’un organisme gouvernemental cherche à se soustraire aux exigences de divulgation au titre de l’alinéa 22(1)(b) de la Loi, la Cour « n’inflégera pas un préjudice d’une façon purement théorique sur la seule existence d’une enquête, actuellement en cours ou terminée, sans preuve d’un lien entre la communication demandée et la vraisemblance raisonnable de préjudice ». Bien que la décision *Sociétés Elizabeth Fry* concerne une demande présentée par une personne afin que lui soient communiqués ses dossiers personnels et qu’elle intéresse l’alinéa 22(1)(b), susceptible ou non de jouer en l’espèce, les principes qui sont énoncés dans cette affaire au sujet de la Loi s’appliquaient tout autant en l’espèce. La Loi ne l’emporte pas sur le principe d’équité procédurale. La SPR a commis une erreur en acceptant la justification du ministre, fondée sur le paragraphe 22(2) de la Loi. Premièrement, la SPR n’a pas demandé de précisions sur la nature des renseignements personnels que le ministre cherchait à protéger avant de conclure qu’ils étaient visés par la Loi. Deuxièmement, la SPR a accepté l’affirmation du ministre selon laquelle la Loi autorisait l’Agence des services frontaliers du Canada à protéger les détails de son enquête, et ce sans demander que lui soient présentés des éléments de preuve ou des arguments sur l’application de toute partie de l’article 22 de la Loi. Troisièmement, la SPR a conclu, sans aucune preuve non plus, que l’ASFC n’avait pas fait appel à Clearview AI, simplement parce que l’entreprise avait cessé d’offrir ses services de reconnaissance faciale au Canada à partir du 6 juillet 2020 et elle n’a pas cherché à savoir à quel moment les comparaisons de photos avaient été établies en l’espèce. Le défendeur a reconnu que la SPR n’aurait pas dû invoquer le paragraphe 22(2) de la Loi. La SPR a permis au ministre de se soustraire à l’obligation de communication sur le fondement de la Loi, sans

is protected from disclosure, appears to be a departure from its general practice. At the very least, the applicants deserved to know why and how the RPD so readily reached an opposite conclusion in this case.

While the RPD's error in allowing to admit the photo comparisons was determinative of the issue, its assessment of the evidence was addressed in order to provide further guidance to the RPD upon reconsideration of the matter. The RPD's findings that the applicants were Kenyan students was unreasonable. Its decision did not address any of the arguments raised by the applicants with respect to the inadequacies of the Global Case Management System (GCMS) notes that the Minister relied on to support their application to vacate. The RPD unreasonably ignored the discrepancies between the GCMS notes and the allegations made by the Minister. In so doing, the RPD erred by ignoring evidence that contradicted its own findings. The decision also failed to provide adequate reasons for the RPD's conclusion that the two applicants and the two Kenyan students were the same persons based on the photo comparisons. In conclusion, the decision to vacate the applicants' refugee status was unreasonable as it lacked an internally coherent and rational chain of analysis that was justified in relation to the facts and law. The matter was returned for redetermination by a differently constituted panel of the RPD.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 11, 15.
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37.
- Communications Security Establishment Act*, S.C. 2019, c. 13, s. 76.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 57.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 109.
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 12(1), 22, 37, 41, 73.
- Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256, r. 64.

d'abord envisager la possibilité d'examiner les renseignements dont la communication aux demanderesse avait été refusée. La SPR n'a pas cherché à arriver à un équilibre entre, d'une part, la protection alléguée du droit à la vie privée et, d'autre part, le droit à la communication que le principe de l'équité procédurale garantit à la demanderesse. L'acceptation rapide par la SPR de la demande de dispense du ministre, sans raison convaincante justifiant le refus de communiquer ces renseignements, semble contraire à la pratique générale. Les demanderesse méritaient à tout le moins de savoir pourquoi et comment la SPR est arrivée d'emblée à la conclusion contraire en l'espèce.

Bien que l'erreur commise par la SPR en admettant en preuve les comparaisons de photos ait été déterminante, l'appréciation de la preuve par la SPR a été examinée afin de fournir à cette dernière des directives supplémentaires en vue du réexamen de l'affaire. La décision de la SPR, selon laquelle les demanderesse étaient des étudiantes kényanes, était déraisonnable. La décision n'a pas tenu compte d'aucun des arguments invoqués par les demanderesse relativement aux lacunes des notes du Système mondial de gestion des cas (SMGC) étayant la demande d'annulation présentée par le ministre. La SPR a négligé, de manière déraisonnable, les divergences entre les notes du SMGC et les allégations du ministre. Elle a commis une erreur en faisant abstraction d'éléments de preuve contraires à ses propres conclusions. La décision était également déraisonnable parce que la SPR n'a pas justifié adéquatement sa conclusion selon laquelle les comparaisons de photos démontraient la correspondance entre les demanderesse et les deux étudiantes kényanes. En conclusion, la décision d'annuler le statut de réfugiées des demanderesse était déraisonnable, car elle n'était pas fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles. L'affaire a été renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SPR pour nouvel examen.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 11, 15.
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 12(1), 22, 37, 41, 73.
- Loi sur le Centre de la sécurité des télécommunications*, L.C. 2019, ch. 13, art. 76.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 57.
- Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 109.
- Règles de la section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256, règle 64.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canadian Association of Elizabeth Fry Societies v. Canada (Public Safety)*, 2010 FC 470, [2011] 3 F.C.R. 309.

CONSIDERED:

Dagg v. Canada (Minister of Finance), [1997] 2 S.C.R. 403; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *H v. R.*, [1986] 2 F.C. 71 (T.D.); *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Kahlon*, 2005 FC 1000, [2006] 3 F.C.R. 493; *Mebrahtu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 279; *Kamano v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FC 1241.

REFERRED TO:

Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages), 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773; *Forsch v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2004 FC 513, [2005] 2 F.C.R. D-15; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FC 507; *R. v. Tse*, 2008 BCSC 1793; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, 1995 CanLII 51.

AUTHORS CITED

Molnar, Petra and Lex Gill. *Bots at the Gate: A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, Toronto: University of Toronto, 2018, online: <<https://citizenlab.ca/wp-content/uploads/2018/09/IHRP-Automated-Systems-Report-Web-V2.pdf>>.

Buolamwini, Joy and Timnit Gebru. “Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification” (2018), *Proceedings of Machine Learning Research*, 81:1–15, online: <[gendershades.org](https://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a.html)>.

Canada. Office of the Privacy Commissioner. *Joint investigation of Clearview AI, Inc. by the Office of the Privacy Commissioner of Canada, the Commission d'accès à l'information du Québec, the Information and Privacy Commissioner for British Columbia, and the Information Privacy Commissioner of Alberta*, February 2, 2021, online: <<https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2021/pipeda-2021-001/>>.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry c. Canada (Sécurité publique)*, 2010 CF 470, [2011] 3 R.C.F. 309.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dagg c. Canada (Ministre des Finances), [1997] 2 R.C.S. 403; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie royale du Canada)*, 2003 CSC 8, [2003] 1 S.C.R. 66; *H c. R.*, [1986] 2 C.F. 71 (1^{re} inst.); *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c. Kahlon*, 2005 CF 1000, [2006] 3 R.C.F. 493; *Mebrahtu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 279; *Kamano c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CF 1241.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles), 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773; *Forsch c. Canada (Agence canadienne d'inspection des aliments)*, 2004 CF 513, [2005] 2 R.C.F. F-15; *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence des Douanes et du Revenu)*, 2004 CF 507; *R. v. Tse*, 2008 BCSC 1793; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 1995 CanLII 51.

DOCTRINE CITÉE

Molnar, Petra et Lex Gill. *Bots at the Gate : A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, Toronto : Université de Toronto, 2018, en ligne : <<https://citizenlab.ca/wp-content/uploads/2018/09/IHRP-Automated-Systems-Report-Web-V2.pdf>>.

Buolamwini, Joy et Timnit Gebru. “Gender Shades : Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification” (2018), *Proceedings of Machine Learning Research*, vol. 81:1–15, en ligne : <[gendershades.org](https://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a.html)>.

Canada. Commissariat à la protection de la vie privée. *Enquête conjointe sur Clearview AI, Inc. par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, la Commission d'accès à l'information du Québec, le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique et le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta*, 2 février 2021, en ligne : <<https://priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visitant-les-entreprises/2021/lprpde-2021-001/>>.

APPLICATION for judicial review of a joint decision (2021 CanLII 152060) of the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board vacating both of the applicants' refugee statuses under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act* and rule 64 of the *Refugee Protection Division Rules*. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision conjointe (2021 CanLII 152060) de la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a annulé le statut de réfugiée de chacune d'elles en vertu de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* et de la règle 64 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

APPEARANCES

Quinn Campbell Keenan for applicants.
Rachel Hepburn Craig for respondent.

ONT COMPARU :

Quinn Campbell Keenan pour les demandereses.
Rachel Hepburn Craig pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

Quinn Campbell Keenan and Chapnick & Associates, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Quinn Campbell Keenan et Chapnick & Associates, Toronto, pour les demandereses.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

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

Go J:

LA JUGE GO :

I. Overview

[1] The applicants, Ms. Asha Ali Barre and Ms. Alia Musa Hosh, bring this application for judicial review against a joint decision of the Refugee Protection Division (RPD) [*X (Re)*, 2021 CanLII 152060 (I.R.B.)] vacating both of their refugee statuses under section 109 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and rule 64 of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256. The RPD found that the applicants were not citizens of Somalia as they had alleged in their successful refugee claims, but rather citizens of Kenya who had entered Canada on study permits under different names (the Decision).

I. Aperçu

[1] Notre Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire présentée par les demandereses, M^{mes} Asha Ali Barre et Alia Musa Hosh, à l'encontre d'une décision conjointe de la Section de la protection des réfugiés (la SPR) [*X (Re)*, 2021 CanLII 152060 (C.I.S.R.)] ayant annulé le statut de réfugiée de chacune d'elles en vertu de l'article 109 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et de la règle 64 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256. La SPR a conclu que les demandereses n'étaient pas des citoyennes de la Somalie, comme elles le prétendaient dans leurs demandes d'asile qui avaient été accueillies, mais plutôt des citoyennes du Kenya qui étaient entrées au Canada grâce à des permis d'études délivrés sous des noms différents (la décision).

[2] The applicants both claim that they were born in Somalia as daughters of farmers from Buulo Mareer,

[2] Les demandereses affirment être nées en Somalie et être les filles d'agriculteurs de la ville de Buulo Mareer,

members of minority clans, and practitioners of Sunni-Sufi Islam. They both based their refugee claims on fear of sectarian and gender-based violence from Al-Shabaab and other militant Islamist groups in Somalia.

[3] The RPD determined Ms. Barre to be a Convention Refugee in May 2017, and in the case of Ms. Hosh, in July 2018. Neither Ms. Barre nor Ms. Hosh had identity documents from Somalia at the time of their refugee proceedings.

[4] In Ms. Barre's case, the RPD found that her identity was established, as her testimony was consistent with the objective country conditions documents regarding Sufism, the Madhiban clan, and the tradition of Higgsiin. The RPD also accepted the evidence of an identity witness, a Canadian citizen from Somalia who had met Ms. Barre in Somalia, and a letter from the Somali Multi Service Centre which had conducted a verification assessment of Ms. Barre's knowledge of and connection to Somalia.

[5] As for Ms. Hosh, the RPD found her identity was established in part through the evidence of Ms. Barre, as the two women testified consistently regarding their time spent together in Somalia as classmates, as well as their knowledge of each other's families and homes in Somalia. Additionally, the RPD relied on a questionnaire from the Loin Foundation which verified Ms. Hosh's identity, and noted Ms. Hosh's ability to speak about the Tunni clan and converse with the interpreter fluently in Somali. Notably, the RPD dismissed the concerns of the Minister of Citizenship and Immigration (MCI) about Ms. Hosh's identity, finding credible her explanation that she did not know the exact spelling of the name her smuggler used and that the MCI's search of how she entered Canada was based on a very specific spelling of her pseudonym.

des membres de clans minoritaires qui pratiquent l'islam sunnite-soufi. Les deux demandereses ont présenté une demande d'asile en invoquant leur crainte d'être victimes de violence sectaire et de violence fondée sur le sexe de la part d'Al-Shabaab et d'autres groupes militants islamistes, présents en Somalie.

[3] En mai 2017, la SPR a jugé que M^{me} Barre était une réfugiée au sens de la Convention et a rendu la même décision à l'égard de M^{me} Hosh en juillet 2018. Ni M^{me} Barre ni M^{me} Hosh n'ont présenté de pièces d'identité de la Somalie lors du traitement de leur demande d'asile.

[4] La SPR a conclu que M^{me} Barre avait établi son identité, car son témoignage concordait avec les documents objectifs sur la situation dans le pays relativement au soufisme, au clan Madhiban et à la tradition du higgsiin. La SPR a également accepté la déclaration d'un témoin attestant de l'identité de M^{me} Barre — un citoyen canadien originaire de la Somalie qui avait rencontré M^{me} Barre en Somalie — ainsi qu'une lettre du centre multiservice de Somalie qui avait procédé à une évaluation pour vérifier les connaissances de M^{me} Barre sur la Somalie et ses liens avec ce pays.

[5] Quant à M^{me} Hosh, la SPR a conclu que son identité avait été établie en partie grâce aux éléments de preuve de M^{me} Barre, car les deux femmes ont fourni des témoignages cohérents quant à leurs années en Somalie où elles étaient des camarades de classe, ainsi qu'à leur connaissance de leurs familles et de leurs domiciles respectifs dans ce pays. La SPR a également ajouté foi à un questionnaire de la Loin Foundation qui a vérifié l'identité de M^{me} Hosh et a noté que cette dernière connaissait le clan Tunni et pouvait converser couramment en somali avec l'interprète. Fait important à souligner, la SPR a rejeté les réserves exprimées par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le MCI) au sujet de l'identité de M^{me} Hosh, jugeant crédibles les explications fournies par cette dernière quant aux faits qu'elle ne connaissait pas l'orthographe exacte du nom employé par son passeur et que les recherches du MCI visant à faire la lumière sur son entrée au Canada s'étaient limitées à une orthographe bien précise de son pseudonyme.

[6] On October 6 and 7, 2020, the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (Minister) applied to vacate the Convention refugee status conferred on both applicants on the basis that they had misrepresented and withheld material facts relating to relevant matters before the RPD.

[7] The Minister's evidence included photo comparisons between the applicants and two Kenyan citizens who arrived in Canada on study permits shortly before the applicants' refugee claims were made. The applicants objected to these photographs and sought to introduce evidence about Clearview AI, a company providing facial recognition software, claiming that the Canada Border Services Agency (CBSA) used Clearview AI to generate the photo comparisons. The Minister objected to the applicants' evidence concerning Clearview AI, arguing that there is no indication it was used in the investigation. The Minister further argued that subsection 22(2) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (referred herein as the *Privacy Act* or the Act) "allows law enforcement agencies to protect the details of this investigation" and that "the Minister is not privy to provide an affidavit stating to [sic] how they are obtaining the evidence as it is protected." The RPD agreed with the Minister, finding that Clearview AI ceased providing services in Canada on July 6, 2020 and "[a]n App that is banned to operate in Canada would certainly not be used by a law enforcement agency such as the CBSA."

[8] The RPD vacated the applicants' refugee status based in part on the photo comparisons, finding "great similarities" between the photos in either case, to establish that each of the applicants and alleged Kenyan student are one and the same person. The RPD also based its decision on the Global Case Management System (GCMS) notes with respect to the Kenyan students, which according to the RPD, suggested that they did not attend classes at their intended educational institutions. The RPD further accepted affidavits submitted by CBSA indicating that

[6] Les 6 et 7 octobre 2020, le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le ministre) a demandé l'annulation du statut de réfugiées au sens de la Convention accordé aux deux demanderesse, pour le motif qu'elles avaient fait des présentations erronées des faits importants quant à un objet pertinent porté devant la SPR et avaient fait preuve de réticence sur ces faits.

[7] Le ministre a notamment produit des comparaisons de photographies des demanderesse et de deux citoyennes du Kenya arrivées au Canada en vertu de permis d'études peu avant que les demanderesse présentent leurs demandes d'asile. Les demanderesse se sont opposées à la production de ces photos et ont cherché à présenter des éléments de preuve sur Clearview AI — une entreprise offrant un logiciel de reconnaissance faciale. Selon elles, l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) avait eu recours à cette entreprise pour produire les comparaisons de photos. Le ministre a présenté une objection au dépôt de preuve par les demanderesse sur Clearview AI. Selon lui, rien n'indiquait que le logiciel de cette dernière avait servi à l'enquête. Le ministre a en outre fait valoir que le paragraphe 22(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (ci-après la Loi), [TRADUCTION] « permet aux organismes d'application de la loi de protéger les détails de cette enquête » et que « le ministre n'est pas en mesure de fournir un affidavit indiquant comment ces éléments de preuve ont été obtenus, puisque ceux-ci sont protégés ». La SPR a donné raison au ministre. Elle a noté que Clearview AI n'offrait plus de services au Canada depuis le 6 juillet 2020 et qu'[TRADUCTION] « [u]ne application dont l'utilisation est interdite au Canada ne serait certainement pas utilisée par un organisme d'application de la loi comme l'ASFC ».

[8] La SPR a annulé le statut de réfugiées des demanderesse, sur le fondement, en partie, des comparaisons de photos. Elle a conclu que les [TRADUCTION] « grandes ressemblances » qui existaient entre les photos permettaient d'établir que, dans chaque cas, la demanderesse et la prétendue étudiante kényane n'étaient qu'une seule et même personne. La SPR a également fondé sa décision sur les notes inscrites au Système mondial de gestion des cas (le SMGC) relativement aux étudiantes kényanes. Ces notes, selon la SPR, indiquaient que ces étudiantes n'avaient pas

searches of the Integrated Customs Enforcement System (ICES) did not confirm the applicants' alleged entry to Canada under their respective aliases.

[9] The RPD thus found that the applicants had withheld or misrepresented material facts, i.e. their Kenyan citizenship and their entry into Canada utilizing an alternate identity. In the RPD's view, this misrepresentation was relevant to their claim, as they did not advance a claim against all their countries of nationality and as identity is fundamental in a refugee claim. The RPD further found that there was a causal connection between the misrepresenting or withholding on the one hand, and the favourable result on the other, as failing to advance a claim against all of one's countries of nationality would be fatal to the claim. The RPD concluded that the material facts misrepresented were so fundamental as to call into question the credibility of the applicants' entire accounts for fearing persecution, such that there could not be any remaining evidence to justify refugee protection.

[10] The applicants argue that the Decision is unreasonable and the RPD breached procedural fairness. They argue that the RPD should not have admitted photographic evidence of the Kenyan students because this evidence likely came from questionable facial recognition software such as Clearview AI.

[11] I find the Decision unreasonable as the RPD erred in relying on the *Privacy Act* to admit the photo comparisons and to exempt the Minister from disclosing how the photo comparisons were made. I also find the Decision unreasonable because the RPD ignored evidence that ran contrary to its conclusion, and provided inadequate reasons for its findings with respect to the facial similarities between the applicants and the Kenyan students.

assisté aux cours dans leurs établissements d'enseignement désignés. La SPR a aussi accepté des affidavits présentés par l'ASFC indiquant que des recherches effectuées dans le Système intégré d'exécution des douanes (le SIED) n'avaient pas confirmé l'entrée prétendue des demanderesse au Canada sous leurs pseudonymes respectifs.

[9] La SPR a donc conclu que les demanderesse avaient présenté erronément des faits importants ou avaient fait preuve de réticence sur ces derniers, à savoir leur citoyenneté kényane et leur entrée au Canada sous une autre identité. Selon la SPR, cette présentation erronée des faits était pertinente en ce qui concerne leurs demandes d'asile parce qu'elles n'avaient pas établi le bien-fondé de leurs demandes à l'égard de tous les pays dont elles ont la nationalité et parce que l'identité est un élément fondamental de la demande d'asile. La SPR a en outre conclu qu'il existait un lien de causalité entre, d'une part, la présentation erronée ou la réticence sur des faits et, d'autre part, le résultat favorable. En effet, l'omission d'établir le bien-fondé de sa demande par rapport à tous les pays dont on a la nationalité rend la demande irrecevable. Selon la SPR, la présentation erronée de faits substantiels était à ce point fondamentale qu'elle remettait en cause la crédibilité de l'ensemble des témoignages des demanderesse sur leur crainte d'être persécutées. Partant, il ne restait aucun élément de preuve justifiant l'octroi de l'asile.

[10] Les demanderesse soutiennent que la décision est déraisonnable et que la SPR a manqué à l'équité procédurale. Elles prétendent que la SPR n'aurait pas dû admettre en preuve les photos des étudiantes kényanes, car elles ont probablement été obtenues à partir d'un logiciel de reconnaissance faciale douteux, comme celui de Clearview AI.

[11] Je conclus que la décision est déraisonnable, car la SPR a fait erreur en admettant les comparaisons de photos et dispensant le ministre d'expliquer la démarche ayant présidé à ces comparaisons sur le fondement de la Loi. Je conclus que la décision est également déraisonnable parce que la SPR n'a pas tenu compte d'éléments de preuve contraires à sa conclusion et que ses constatations quant aux ressemblances faciales entre les demanderesse et les étudiantes kényanes n'étaient pas suffisamment étayées.

II. Confidentiality Order

[12] At the hearing, I raised a concern with the parties about the public disclosure of information about the two Kenyan students who may or may not be the applicants, irrespective of my decision. Even if I were to confirm the Decision as reasonable, there is still a possibility that the Kenyan students are not the applicants as alleged by the Minister. I thus advised the parties of my intention to issue a confidentiality order to protect the privacy of the two students, regardless of the outcome of this matter. The parties did not oppose.

[13] As such, I order that the information in the Court file relating to the two Kenyan students not be released to the public. Specifically, I order that the existing record, which contains unredacted details about the Kenyan students, be designated as confidential. Additionally, for the sake of public access to Court records, I order that all the documents filed by the parties and the Tribunal be refiled in redacted public versions with all identifying information removed: the applicant and respondent will each refile their memorandum of argument and the RPD will refile the certified tribunal record. These redacted documents shall be filed within one month of the release of this decision, and the Court will make them available to the public.

[14] I further order the parties and the RPD not to publish or disclose any information relating to the two Kenyan students to the public.

III. Issues and Standard of Review

[15] The applicants submit that the issues are:

- (1) What is the standard of review?
- (2) Was the Minister's evidence on the application to vacate conclusive that the applicants are inadmissible for misrepresentation of material facts?

II. Ordonnance de confidentialité

[12] À l'audience, j'ai exprimé des réserves quant à la divulgation de renseignements sur les deux étudiantes kényanes que l'on soupçonne d'être les demandresses. Ces réserves tiennent, quelle que soit ma décision. Même si je confirmais la décision au motif qu'elle est raisonnable, il demeure possible que les étudiantes kényanes ne soient pas les demandresses comme le prétend le ministre. J'ai donc informé les parties de mon intention de rendre une ordonnance de confidentialité pour protéger la vie privée des deux étudiantes, quelle que soit l'issue de la présente affaire. Les parties ne s'y sont pas opposées.

[13] En conséquence, j'ordonne que les renseignements qui concernent les deux étudiantes kényanes figurant dans le dossier ne soient pas rendus publics. J'ordonne, plus précisément, que le dossier existant, qui renferme des détails non caviardés sur les étudiantes kényanes, soit désigné comme étant confidentiel. De plus, afin d'assurer l'accès du public aux dossiers de la Cour, j'ordonne que tous les documents déposés par les parties et le tribunal administratif soient déposés de nouveau dans une forme publique caviardée dépourvue de tout renseignement permettant de révéler les identités. Ainsi, les demandresses et le défendeur devront chacun déposer de nouveau leur exposé des arguments, et la SPR déposera de nouveau le dossier certifié du tribunal, et ce dans le mois suivant la publication de la présente décision. La Cour les rendra accessibles au public.

[14] J'ordonne enfin aux parties et à la SPR de s'abstenir de publier ou de rendre public quelque renseignement que ce soit concernant les deux étudiantes kényanes.

III. Questions en litige et norme de contrôle

[15] Les demandresses énoncent en ces termes les questions en litige :

- 1) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- 2) La preuve produite par le ministre à l'appui de la demande d'annulation permet-elle de conclure que les demandresses sont interdites de territoire pour cause de présentation erronée de faits importants?

- | | |
|--|--|
| (3) Were the Minister's photo evidence and comparison charts admissible evidence? | 3) Les photographies et les tableaux comparatifs produits par le ministre sont-ils admissibles en preuve? |
| (4) Did the applicants suffer a breach of procedural fairness and/or natural justice? | 4) Y a-t-il eu manquement à l'équité procédurale ou à la justice naturelle à l'égard des demanderessees? |
| (5) Was the RPD Decision reasonable? | 5) La décision de la SPR était-elle raisonnable? |
| (6) Is there a question for certification? | 6) Y a-t-il une question à certifier? |
| [16] The respondent submits that the issues are: | [16] Le défendeur énonce en ces termes les questions en litige : |
| (1) Was the decision to vacate the applicants' refugee status reasonable? | 1) La décision d'annuler le statut de réfugiées des demanderessees était-elle raisonnable? |
| (2) Have the applicants shown that the photo evidence should not have been admitted? | 2) Les demanderessees ont-elles démontré l'inadmissibilité des photos présentées en preuve? |
| (3) Was there a breach of procedural fairness? | 3) Y a-t-il eu manquement à l'équité procédurale? |
| [17] In my view, the determinative issues in this case are: | [17] Je suis d'avis que les questions déterminantes en l'espèce sont les suivantes : |
| (a) whether the RPD erred by admitting the Minister's photo comparisons as evidence; and | a) La SPR a-t-elle commis une erreur en admettant en preuve les comparaisons de photos produites par le ministre? |
| (b) whether the RPD's findings that the applicants were Kenyan students were reasonable. | b) La décision de la SPR, selon laquelle les demanderessees étaient des étudiantes kényanes, était-elle raisonnable? |
| [18] The applicants submit that the standard of review for the merits is patent unreasonableness, and that the standard of review for the procedural fairness issue is correctness. The respondent has not made submissions on the standard of review. | [18] Les demanderessees affirment que la norme de contrôle applicable à la décision au fond est celle de la décision manifestement déraisonnable, alors que la question relative à l'équité procédurale doit être examinée au regard de la norme de la décision correcte. Le défendeur n'a fait aucune observation à ce sujet. |
| [19] As confirmed by the jurisprudence, the merits of the decision are reviewable on the reasonableness standard per <i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov</i> , 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (<i>Vavilov</i>). | [19] Comme le confirme la jurisprudence, le fond d'une décision doit être examiné au regard de la norme de la décision raisonnable, conformément à l'arrêt <i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov</i> , 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (<i>Vavilov</i>). |

[20] A reasonable decision “is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker”: *Vavilov*, at paragraph 85. The onus is on the applicant to demonstrate that the RPD decision is unreasonable. To set aside a decision on this basis, the reviewing court must be satisfied that “there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency”: *Vavilov*, at paragraph 100.

IV. Analysis

A. *Relevant Legislation*

[21] Section 109 of IRPA reads as follows:

Vacation of refugee protection

109 (1) The Refugee Protection Division may, on application by the Minister, vacate a decision to allow a claim for refugee protection, if it finds that the decision was obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter.

Rejection of application

(2) The Refugee Protection Division may reject the application if it is satisfied that other sufficient evidence was considered at the time of the first determination to justify refugee protection.

Allowance of application

(3) If the application is allowed, the claim of the person is deemed to be rejected and the decision that led to the conferral of refugee protection is nullified.

[22] In finding that the Minister did not need to disclose investigation methods, the RPD relied on subsection 22(2) of the *Privacy Act*. However, as I elaborate below, it appears that the RPD may have intended to rely on subsection 22(1). In full, section 22 reads as follows:

Law enforcement and investigation

22 (1) The head of a government institution may refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1)

[20] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). Il incombe aux demanderesse de démontrer que la décision de la SPR est déraisonnable. Pour infirmer la décision sur ce fondement, la cour de révision doit être convaincue « qu’elle souffre de lacunes graves à un point tel qu’on ne peut pas dire qu’elle satisfait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence » (*Vavilov*, au paragraphe 100).

IV. Analyse

A. *Dispositions légales applicables*

[21] L’article 109 de la LIPR est ainsi rédigé :

Demande d’annulation

109 (1) La Section de la protection des réfugiés peut, sur demande du ministre, annuler la décision ayant accueilli la demande d’asile résultant, directement ou indirectement, de présentations erronées sur un fait important quant à un objet pertinent, ou de réticence sur ce fait.

Rejet de la demande

(2) Elle peut rejeter la demande si elle estime qu’il reste suffisamment d’éléments de preuve, parmi ceux pris en compte lors de la décision initiale, pour justifier l’asile.

Effet de la décision

(3) La décision portant annulation est assimilée au rejet de la demande d’asile, la décision initiale étant dès lors nulle.

[22] La SPR a invoqué le paragraphe 22(2) de la Loi pour conclure que le ministre n’était pas tenu de communiquer ses méthodes d’enquête. Cependant, comme je l’explique plus en détail ci-après, il semble que la SPR entendait plutôt invoquer le paragraphe 22(1). L’article 22 est reproduit ci-après dans son intégralité :

Enquêtes

22 (1) Le responsable d’une institution fédérale peut refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) :

(a) that was obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to

(i) the detection, prevention or suppression of crime,

(ii) the enforcement of any law of Canada or a province, or

(iii) activities suspected of constituting threats to the security of Canada within the meaning of the *Canadian Security Intelligence Service Act*,

if the information came into existence less than twenty years prior to the request;

(b) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada or a province or the conduct of lawful investigations, including, without restricting the generality of the foregoing, any such information

(i) relating to the existence or nature of a particular investigation,

(ii) that would reveal the identity of a confidential source of information, or

(iii) that was obtained or prepared in the course of an investigation; or

(c) the disclosure of which could reasonably be expected to be injurious to the security of penal institutions.

Policing services for provinces or municipalities

(2) The head of a government institution shall refuse to disclose any personal information requested under subsection 12(1) that was obtained or prepared by the Royal Canadian Mounted Police while performing policing services for a province or municipality pursuant to an arrangement made under section 20 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, where the Government of Canada has, on the request of the province or municipality, agreed not to disclose such information.

a) soit qui remontent à moins de vingt ans lors de la demande et qui ont été obtenus ou préparés par une institution fédérale, ou par une subdivision d'une institution, qui constitue un organisme d'enquête déterminé par règlement, au cours d'enquêtes licites ayant trait :

(i) à la détection, la prévention et la répression du crime,

(ii) aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales,

(iii) aux activités soupçonnées de constituer des menaces envers la sécurité du Canada au sens de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*;

b) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d'enquêtes licites, notamment :

(i) des renseignements relatifs à l'existence ou à la nature d'une enquête déterminée,

(ii) des renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle,

(iii) des renseignements obtenus ou préparés au cours d'une enquête;

c) soit dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité des établissements pénitentiaires.

Fonctions de police provinciale ou municipale

(2) Le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication des renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) qui ont été obtenus ou préparés par la Gendarmerie royale du Canada, dans l'exercice de fonctions de police provinciale ou municipale, qui lui sont conférées par une entente conclue sous le régime de l'article 20 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, si, à la demande de la province ou de la municipalité, le gouvernement du Canada a consenti à ne pas divulguer ces renseignements.

Definition of investigation

(3) For the purposes of paragraph (1)(b), *investigation* means an investigation that

(a) pertains to the administration or enforcement of an Act of Parliament;

(b) is authorized by or pursuant to an Act of Parliament; or

(c) is within a class of investigations specified in the regulations.

B. *Did the RPD err by admitting the Minister's photo comparisons as evidence?*

[23] The applicants dispute the RPD's admission of the charts comparing their photos to those of the two Kenyan students.

[24] In the applicants' view, their allegations that Clearview AI was used in generating the photo comparisons were entirely justified by a report of the International Human Rights Program and the University of Toronto Faculty of Law and the Citizen Lab (Petra Molnar and Lex Gill, *Bots at the Gate: A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, 2018, online: <<https://citizenlab.ca/wp-content/uploads/2018/09/IHRP-Automated-Systems-Report-Web-V2.pdf>>). They submit that this report provides "credible assessments" showing that several million immigration applications are processed annually, and that CBSA and the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) share information.

[25] The applicants submit that the Minister has offered no other explanation for how their photos came to be compared to those of the two Kenyan students. They submit that facial recognition software is an unreliable pseudoscience, which has consistently struggled to obtain accurate results, particularly with regard to Black women and other women of colour. They cite Joy Buolamwini and Timnit Gebru, "Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification", *Proceedings of Machine Learning Research*, Vol. 81:1–15,

Définition de enquête

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)b), *enquête* s'entend de celle qui :

a) se rapporte à l'application d'une loi fédérale;

b) est autorisée sous le régime d'une loi fédérale;

c) fait partie d'une catégorie d'enquêtes précisée dans les règlements.

B. *La SPR a-t-elle commis une erreur en admettant en preuve les comparaisons de photos produites par le ministre?*

[23] Les demandresses contestent la décision de la SPR d'admettre en preuve des tableaux comparant leurs photos à celles de deux étudiantes kényanes.

[24] Les demandresses font valoir qu'un rapport de l'International Human Rights Program, de la faculté de droit de l'Université de Toronto et du Citizen Lab (Petra Molnar et Lex Gill, *Bots at the Gate: A Human Rights Analysis of Automated Decision-Making in Canada's Immigration and Refugee System*, 2018, en ligne à l'adresse : <https://citizenlab.ca/wp-content/uploads/2018/09/IHRP-Automated-Systems-Report-Web-V2.pdf>) justifie pleinement leurs prétentions selon lesquelles le logiciel de Clearview AI a servi à générer les comparaisons de photos. Elles soutiennent que, suivant ce rapport, des [TRADUCTION] « évaluations crédibles » démontrent le traitement de plusieurs millions de demandes d'immigration chaque année et un échange d'information entre l'ASFC et la Gendarmerie royale du Canada (la GRC).

[25] Les demandresses affirment que le ministre n'a offert aucune autre explication sur les raisons ayant mené à la comparaison de leurs photos à celles de deux étudiantes kényanes. Elles font valoir que le logiciel de reconnaissance faciale relève d'une pseudoscience peu fiable, qui peine toujours à donner des résultats exacts, en particulier en ce qui a trait aux femmes noires et autres femmes de couleur. Elles invoquent le document rédigé par Joy Buolamwini et Timnit Gebru, intitulé « Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial

2018, online: <gendershades.org>, a study on facial analysis algorithms which found that darker-skinned females are the most misclassified group with error rates of up to 34.7 percent, as compared to the error rate for lighter-skinned males at 0.8 percent. The applicants submit that the photos cannot establish with any degree of certainty that they are the alleged Kenyan students.

[26] The applicants further argue that because claimants are not allowed to submit additional evidence at vacation proceedings, the Minister should not have been allowed to submit these photographs.

[27] All of the above-noted arguments were also made to the RPD, but were rejected at paragraph 12 of the Decision:

The panel has carefully considered the submissions of both parties. On July 6, 2020, Clearview AI has advised Canadian privacy protection authorities that, in response to their joint investigation, it will cease offering its facial recognition services in Canada. This step includes the indefinite suspension of Clearview AI's contract with the RCMP, which was its last remaining client in Canada. An App that is banned to operate in Canada would certainly not be used by a law enforcement agency such as the CBSA. Minister's Counsel, an officer of the Court, as the Respondent's Counsel is, is not privy to providing an affidavit stating the methodology used in procuring the evidence presented to the parties at the hearing. I concur with the Minister's counsel that to use it would be violating the Privacy Act as mentioned by counsel. Respondent's counsel's motion [to exclude the photo comparison charts] is denied. [Emphasis added.]

[28] Before this Court, the applicants further argue that although the Minister urged—and the RPD accepted—that subsection 22(2) of the *Privacy Act* allows the Minister to withhold evidence related to investigative methods, the Minister nonetheless submitted declarations from two CBSA officers attesting to having completed ICES

Gender Classification », *Proceedings of Machine Learning Research*, volume 81, pages 1–15, 2018, en ligne à l'adresse : gendershades.org. Il s'agit d'une étude sur des algorithmes d'analyse faciale qui révèle que les femmes au teint foncé sont celles qui font le plus souvent l'objet d'erreurs d'identification, les taux d'erreur dans ce groupe atteignant jusqu'à 34,7 p. 100, comparativement à un taux d'erreur de 0,8 p. 100 pour les hommes au teint pâle. Selon les demanderesses, les photos ne permettent pas d'établir avec quelque certitude qu'elles sont les prétendues étudiantes kényanes.

[26] Elles font en outre valoir que le ministre n'aurait pas dû être autorisé à présenter ces photographies, puisque les demandeurs ne sont pas autorisés à présenter d'autres éléments de preuve dans le cadre d'une instance en annulation.

[27] Tous les arguments qui précèdent ont aussi été invoqués devant la SPR, qui les a rejetés au paragraphe 12 de sa décision :

[TRADUCTION] Le tribunal a examiné avec soin les observations des deux parties. Le 6 juillet 2020, Clearview AI a informé les autorités canadiennes responsables de la protection de la vie privée qu'en réponse à leur enquête conjointe, elle cessera d'offrir ses services de reconnaissance faciale au Canada. Cette mesure prévoit la suspension pour une période indéfinie des liens entre Clearview AI et la GRC, qui était son dernier client au Canada. Une application dont l'utilisation est interdite au Canada ne serait certainement pas employée par un organisme d'application de la loi comme l'ASFC. L'avocat du ministre, un officier de justice tout comme l'est l'avocat de la défenderesse, ne saurait fournir un affidavit exposant la méthode utilisée pour obtenir les éléments de preuve qui ont été présentés aux parties à l'audience. Je conviens avec l'avocat du ministre qu'il s'agirait d'une infraction à la Loi sur la protection des renseignements personnels, comme l'a souligné l'avocat. La requête de l'avocat de la défenderesse [visant à faire exclure les tableaux comparatifs des photos] est rejetée. [Non souligné dans l'original.]

[28] Devant notre Cour, les demanderesses font en outre valoir que, même si le ministre a insisté sur le fait que le paragraphe 22(2) de la Loi l'habilite à refuser la communication des éléments de preuve concernant des méthodes d'enquête, ce que la SPR a accepté, il a néanmoins produit les déclarations de deux fonctionnaires de

searches. This, in the applicants' view, violated the very principles of law that the Minister relied on to withhold their investigative methods.

[29] The respondent argues that it was not incumbent on the Minister to disclose how the photographs in question were obtained. As submitted by the Minister and accepted by the RPD, it would have been a violation of the *Privacy Act* to disclose details of the investigation, including how evidence was obtained.

[30] At the hearing, I expressed my concerns to the parties regarding the RPD's reliance on the *Privacy Act*, including the strong possibility that the RPD cited a wrong section of the Act in support of its findings. I further queried the specific "personal information" that the Minister was seeking to protect, especially given that the only information that the Minister has chosen to disclose thus far, was personal information relating to the two Kenyan students. I asked for and received parties' submissions with respect to my concerns.

[31] Having considered the parties' submissions, particularly the submissions made by the respondent, it is my conclusion that the RPD erred by allowing the photo comparisons without requiring the Minister to disclose the methodology used in procuring the evidence on the basis of the *Privacy Act*.

[32] As noted above, the RPD referenced subsection (2) of section 22 of the *Privacy Act*, which appears to contain several elements that are not applicable to the present case. First, the decision maker under that provision is "[t]he head of a government institution" or their delegate as per section 73, whereas in this case there was no information about who decided not to make the disclosure. Second, the provision refers to "any personal information requested under subsection 12(1)", which grants individuals the right of access to their personal information. Here there was no such request under subsection 12(1), but rather a procedural fairness argument in the course of a vacation proceeding. Third, subsection 22(2) refers to information "obtained or prepared by the Royal Canadian Mounted Police while performing policing services for a

l'ASFC attestant avoir effectué des recherches dans le SIED. Selon les demanderesse, il enfreint les principes mêmes de droit qu'il a invoqués pour justifier le refus de communiquer ses méthodes d'enquête.

[29] Le défendeur rétorque que le ministre n'était pas tenu de communiquer la démarche ayant mené à l'obtention des photos. Comme l'a fait valoir le ministre et l'a reconnu la SPR, la communication de détails sur l'enquête, notamment la manière dont des éléments de preuve ont été obtenus, aurait enfreint la Loi.

[30] Lors de l'audience, j'ai fait part aux parties de mes réserves quant au fait que la SPR avait fondé sa décision sur la Loi, et à la forte probabilité qu'elle ait renvoyé à la mauvaise disposition à l'appui de ses conclusions. Je me suis ensuite interrogée sur les « renseignements personnels » précis que le ministre cherchait à protéger, notamment compte tenu du fait que les seuls renseignements qu'il avait divulgués jusqu'à présent étaient des renseignements personnels concernant les deux étudiantes kényanes. J'ai demandé aux parties de me présenter des observations à ce sujet, ce qu'elles ont fait.

[31] Après avoir examiné les observations des parties, tout particulièrement celles du défendeur, je conclus que la SPR a commis une erreur en autorisant l'admission en preuve des comparaisons de photos sans enjoindre au ministre de communiquer la méthode ayant servi à obtenir ces éléments de preuve sur le fondement de la Loi.

[32] Comme je le mentionne plus haut, la SPR renvoie au paragraphe 22(2) de la Loi, qui semble contenir plusieurs éléments qui ne s'appliquent pas en l'espèce. Premièrement, selon cette disposition, le décideur est « [l]e responsable d'une institution fédérale », ou son représentant au titre de l'article 73, alors qu'en l'espèce aucune information ne permet de déterminer qui a décidé de refuser la communication des renseignements. Deuxièmement, cette disposition renvoie aux « renseignements personnels demandés en vertu du paragraphe 12(1) », lequel accorde le droit d'avoir accès à ses renseignements personnels. En l'espèce, aucune pareille demande n'a été présentée en application du paragraphe 12(1); les demanderesse invoquent plutôt un argument fondé sur l'équité procédurale dans le cadre d'une demande d'annulation.

province or municipality pursuant to an arrangement made under section 20 of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, where the Government of Canada has, on the request of the province or municipality, agreed not to disclose such information.” Here there is no record of the RCMP’s involvement or any agreement not to disclose information.

[33] As I put to the parties, it is possible that the RPD intended to refer to subsection 22(1) of the *Privacy Act*, specifically subparagraph 22(1)(a)(ii), which relates to information “obtained or prepared by any government institution, or part of any government institution, that is an investigative body specified in the regulations in the course of lawful investigations pertaining to... (ii) the enforcement of any law of Canada or a province”. Another possibility is paragraph 22(1)(b) of the Act that permits the government to refuse the disclosure of personal information on the basis that it “could reasonably be expected to be injurious to the enforcement of any law of Canada” or “the conduct of lawful investigations.” However, these provisions still involve a “head of a government institution” or delegate as decision maker and are likewise triggered by an application under subsection 12(1).

[34] As I have noted above, I find it curious that the Minister cited the *Privacy Act*, which protects personal information, as the basis for not disclosing the source of the photo comparison when the only information that the Minister has disclosed was personal to the two Kenyan students who are alleged to be the applicants. My question remains, notwithstanding the broad definition given by the Supreme Court of Canada (S.C.C.) to “personal information” in *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at paragraphs 68–69, and later confirmed in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police)*, 2003 SCC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, at paragraph 23, where the S.C.C. highlighted the Act’s definition of “personal

Troisièmement, le paragraphe 22(2) renvoie aux renseignements « qui ont été obtenus ou préparés par la Gendarmerie royale du Canada, dans l’exercice de fonctions de police provinciale ou municipale, qui lui sont conférées par une entente conclue sous le régime de l’article 20 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, si, à la demande de la province ou de la municipalité, le gouvernement du Canada a consenti à ne pas divulguer ces renseignements ». En l’espèce, rien dans le dossier ne renvoie à la participation de la GRC ou à l’existence de quelque accord de non-divulgaration.

[33] Comme je l’ai dit aux parties, il se peut que la SPR ait voulu renvoyer au paragraphe 22(1) de la Loi, et plus précisément au sous-alinéa 22(1)a)(ii) qui porte sur des renseignements « obtenus ou préparés par une institution fédérale, ou par une subdivision d’une institution, qui constitue un organisme d’enquête déterminé par règlement, au cours d’enquêtes licites ayant trait [...] (ii) aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ». Une autre possibilité est l’alinéa 22(1)b) de la Loi. Aux termes de cette disposition, le gouvernement est habilité à refuser la communication de renseignements personnels qui « risquerait vraisemblablement de nuire aux activités destinées à faire respecter les lois fédérales ou provinciales ou au déroulement d’enquêtes licites ». Cependant, ces dispositions désignent toujours le « responsable d’une institution fédérale » ou son représentant comme étant le décideur, et leur application est aussi subordonnée à la présentation de la demande prévue au paragraphe 12(1).

[34] Comme je le mentionne plus haut, il est à mon avis curieux que le ministre invoque la Loi, dont l’objet est de protéger des renseignements personnels, pour justifier son refus de communiquer la source des comparaisons de photos, alors que les seules données qu’il a effectivement communiquées étaient des renseignements personnels concernant les deux étudiantes kényanes présumées être les demandereses. Mon questionnement demeure, malgré la définition large qu’attribue la Cour suprême du Canada (C.S.C.) aux « renseignements personnels » dans l’arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, aux paragraphes 68 et 69. Cette définition est par la suite confirmée dans l’arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commissaire de la Gendarmerie*

information” to include “information about an identifiable individual that is recorded in any form”.

[35] In addition, as this Court has confirmed in *Canadian Association of Elizabeth Fry Societies v. Canada (Public Safety)*, 2010 FC 470, [2011] 3 F.C.R. 309 (*Elizabeth Fry Societies*), when a government agency is seeking an exemption from disclosure under paragraph 22(1)(b), the Court “will not infer injurious harm on a theoretical basis from the mere presence of an investigation, whether past or present, without evidence of a nexus between the requested disclosure and a reasonable expectation of probable harm”: *Elizabeth Fry Societies*, at paragraph 74.

[36] In that case, Justice Kelen, then of this Court, was asked to review an application brought by the Elizabeth Fry Societies to challenge a refusal by the Correctional Services Canada (CSC) to disclose the personal records of a young inmate, Ashley Smith, who committed suicide in her cell. Prior to her death, Ms. Smith requested access to her personal records under the *Privacy Act* and gave consent to the Elizabeth Fry Societies to assist her. CSC refused to disclose the records, citing in part paragraph 22(1)(b) of the Act on the basis that there was, at one point, a criminal investigation into four CSC officers about Ms. Smith’s suicide.

[37] Justice Kelen began his analysis by examining the purpose of the Act and stated as follows [*Elizabeth Fry Societies*, at paragraphs 48–49]:

Privacy is a fundamental right in a free and democratic society. 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]] protects a person’s privacy from unreasonable search and seizure by government authorities. Government cannot interfere with the privacy of an individual unless there are reasonable grounds to believe that that person has committed an offence, and it is necessary for the government to enter the private domain of that person. As well as this privacy right of an individual, the *Privacy Act* sets out two quasi-constitutional rights of privacy for an individual:

royale du Canada), 2003 CSC 8, [2003] 1 S.C.R. 66, au paragraphe 23, où la C.S.C. souligne le fait que la Loi définit les « renseignements personnels » comme étant « les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable ».

[35] De plus, comme le confirme notre Cour dans la décision *Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry c. Canada (Sécurité publique)*, 2010 CF 470, [2011] 3 R.C.F. 309 (*Sociétés Elizabeth Fry*), lorsqu’un organisme gouvernemental cherche à se soustraire aux exigences de divulgation au titre de l’alinéa 22(1)b), la Cour « n’inferera pas un préjudice d’une façon purement théorique sur la seule existence d’une enquête, actuellement en cours ou terminée, sans preuve d’un lien entre la communication demandée et la vraisemblance raisonnable de préjudice » : *Sociétés Elizabeth Fry*, au paragraphe 74.

[36] Dans cette affaire, le juge Kelen était appelé à examiner une demande présentée par les Sociétés Elizabeth Fry qui contestaient le refus par le Service correctionnel du Canada (le SCC) de communiquer le dossier personnel d’une jeune détenue, Ashley Smith, qui s’était suicidée dans sa cellule. Avant son décès, M^{me} Smith avait demandé à consulter son dossier personnel, comme le permet la Loi, et elle avait autorisé les Sociétés Elizabeth Fry à l’aider dans cette démarche. Le SCC a refusé de communiquer les dossiers demandés, en invoquant notamment l’alinéa 22(1)b) de la Loi, au motif que quatre agents du SCC faisaient l’objet, à un certain moment, d’une enquête criminelle au sujet du suicide de M^{me} Smith.

[37] Le juge Kelen aborde l’analyse en examinant l’objet de la Loi en ces termes [aux paragraphes 48 et 49] :

La vie privée constitue un droit fondamental dans une société libre et démocratique. 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, c 11 (R-U) [LRC 1985, appendice II, n° 44]] protège la vie privée des personnes contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives des autorités gouvernementales. Le gouvernement ne peut pas violer la vie privée d’une personne à moins qu’il y ait des motifs raisonnables de croire que cette personne a commis une infraction et qu’il est nécessaire que le gouvernement s’immisce dans sa vie privée. Les personnes sont protégées par ce droit

a. it protects personal information held by government institutions from disclosure to any third parties. This protects the individual's privacy; and,

b. it provides individuals with a right to access their personal information which any government institution holds about them. This ensures that an individual knows what information the government has about them. It is in this context that Ashley Smith consented and authorized the Correctional Services of Canada to disclose to the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies enumerated personal information about Ashley Smith.

The purpose of the *Privacy Act* was set out by the Supreme Court of Canada in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, per Justice Gonthier at paragraphs 24–25:

The *Privacy Act* is also fundamental in the Canadian legal system. It has two major objectives. Its aims are, first, to protect personal information held by government institutions, and second, to provide individuals with a right of access to personal information about themselves (s. 2).

...

The *Privacy Act* is a reminder of the extent to which the protection of privacy is necessary to the preservation of a free and democratic society.

[38] Justice Kelen went on to note, at paragraphs 50–51, that “any exceptions to the right of access must be interpreted narrowly with a view to the purpose of the Act” and that privacy “is a fundamental right in our democracy and exemptions from that right are to be strictly construed against the government institution. There is a reverse onus on the government to show that the personal information sought by an individual is not subject to disclosure under the *Privacy Act*.”

à la vie privée, et la Loi [*Loi sur la protection des renseignements personnels*] leur accorde deux autres droits quasi constitutionnels protégeant leur vie privée :

a. elle protège contre la communication à des tiers de renseignements personnels détenus par les institutions fédérales, ce qui protège la vie privée des personnes;

b. elle accorde aux personnes un droit d'accès aux renseignements personnels qui les concernent et sont détenus par toute institution fédérale. Chaque personne peut ainsi connaître les renseignements dont le gouvernement dispose à son sujet. C'est dans ce contexte que M^{me} Ashley Smith a autorisé le SCC à communiquer à l'Association des renseignements personnels particuliers à son sujet et qu'elle y a consenti.

L'objet de la Loi a été énoncé par le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada aux paragraphes 24 et 25 de l'arrêt *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773 :

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* est également une loi fondamentale du système juridique canadien. Elle a deux objectifs importants. Elle vise, premièrement, à protéger les renseignements personnels relevant des institutions fédérales et, deuxièmement, à assurer le droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent (art. 2).

[...]

La *Loi sur la protection des renseignements personnels* rappelle à quel point la protection de la vie privée est nécessaire au maintien d'une société libre et démocratique.

[38] Le juge Kelen ajoute, aux paragraphes 50 et 51 de ses motifs, que « [t]oute exception au droit d'accès doit être interprétée de façon restrictive au regard de l'objet de la Loi » et que la vie privée « est un droit fondamental dans notre démocratie et les exceptions à ce droit doivent être interprétées de façon stricte à l'encontre des institutions fédérales. Il y a inversion du fardeau de la preuve obligeant l'institution fédérale à établir que les renseignements personnels demandés par le demandeur ne peuvent pas faire l'objet d'une communication selon la Loi ».

[39] Relying on the Supreme Court of Canada’s decision in *Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)*, 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, at paragraphs 60–61, Justice Kelen [at paragraph 71] reiterated that paragraph 22(1)(b) is not “an absolute exemption clause”, and an agency’s refusal to disclose under paragraph 22(1)(b) “must be based on concrete reasons that meet the requirements imposed by that paragraph. Parliament has provided that there must be a reasonable expectation of injury in order to refuse to disclose information under that provision. In addition, s. 47 of the *Privacy Act* provides that the burden of establishing that the discretion was properly exercised is on the government institution. If the government institution is unable to show that its refusal was based on reasonable grounds, the Federal Court may then vary that decision and authorize access to the personal information” (emphasis in original).

[40] It was on that basis that Justice Kelen found [at paragraph 75]: “[t]he evidentiary deficiencies in [the CSC’s] case are sufficient to dismiss paragraph 22(1)(b) as a valid exemption and to order the full disclosure of the requested documents.”

[41] While *Elizabeth Fry Societies* dealt with an application by an individual to seek disclosure of her own personal records, and while it dealt with [paragraph] 22(1)(b) which may or may not apply here, the principles outlined in that case regarding the Act are equally applicable, in my view, to the case at hand.

[42] I also note that, in *H v. R.*, [1986] 2 F.C. 71 (T.D.), Justice Reed, then of this Court, granted an order to prohibit the National Parole Board from considering information which it failed to disclose to an applicant seeking day parole. In granting the order, Justice Reed noted [at page 78] that while the enactment of the *Privacy Act* “established a right, that had not existed before”, the Act does not operate “so as to limit access to information to which an individual might be entitled as a result of other legal rules or principles ... as in this case, to have the case one has to meet disclosed pursuant to the rules of natural justice.” That the *Privacy Act* does not override the principle

[39] Invoquant l’arrêt de la Cour suprême du Canada *Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)*, 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773, aux paragraphes 60 et 61, le juge Kelen [au paragraphe 71] rappelle que l’alinéa 22(1)b n’est pas « une clause d’exclusion absolue » et que la décision d’un organisme de refuser la communication en application de l’alinéa 22(1)b « doit être appuyée sur des motifs concrets à l’intérieur des conditions imposées par cet alinéa. En effet, le législateur a prévu qu’il doit exister une vraisemblance de préjudice pour refuser de communiquer les renseignements en vertu de cette disposition. De plus, l’article 47 de la Loi prévoit qu’il appartient à l’institution fédérale de faire la preuve du bien-fondé de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Si l’institution fédérale n’arrive pas à démontrer que son refus est basé sur des motifs raisonnables, la Cour fédérale peut alors modifier cette décision et autoriser l’accès aux renseignements personnels » (souligné dans l’original).

[40] C’est sur ce fondement que le juge Kelen formule la conclusion suivante [au paragraphe 75] : « [v]u les lacunes dans la preuve du [SCC], la Cour conclut que l’exception fondée sur l’alinéa 22(1)b ne s’applique pas et ordonne l’entière communication des documents demandés ».

[41] Bien que la décision *Sociétés Elizabeth Fry* concerne une demande présentée par une personne afin que lui soient communiqués ses dossiers personnels et qu’elle intéresse l’alinéa 22(1)b, susceptible ou non de jouer en l’espèce, je suis d’avis que les principes qui sont énoncés dans cette affaire au sujet de la Loi s’appliquent tout autant en l’espèce.

[42] Je note également que, dans la décision *H c. R.*, [1986] 2 C.F. 71 (1^{re} inst.), le juge Reed rend une ordonnance interdisant à la Commission nationale des libérations conditionnelles de tenir compte de renseignements qu’elle avait omis de communiquer à un demandeur sollicitant une semi-liberté. En rendant cette ordonnance, le juge Reed mentionne [à la page 78] que, bien que l’adoption de la Loi ait « établi [...] un droit qui n’existait pas avant son adoption », la Loi n’a pas pour objet de « limiter l’accès à des renseignements auxquels une personne pourrait avoir droit en vertu d’autres règles ou principes de droit [...], comme en l’espèce, de se faire divulguer,

of procedural fairness was again confirmed by this Court in *Forsch v. Canada (Canadian Food Inspection Agency)*, 2004 FC 513, [2005] 2 F.C.R. D-15, at paragraphs 50–65, and *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FC 507, at paragraph 105.

[43] In admitting the Minister’s evidence about the photo comparisons, while rejecting the applicants’ request to compel the Minister to disclose the source of the photo comparisons, I find the RPD erred by accepting the Minister’s reliance on subsection 22(2) of the *Privacy Act* for three reasons based on the case law cited above.

[44] First, the RPD did not clarify the nature of the personal information that the Minister was seeking to protect, before concluding that the information in question was subject to the Act.

[45] Second, the RPD accepted, without seeking any evidence or arguments on how any aspect of section 22 of the *Privacy Act* applies, the Minister’s assertion that the Act allows CBSA to protect the details of its investigation.

[46] Third, the RPD concluded, again without any evidence, that the CBSA did not rely on Clearview AI solely because the company ceased offering its facial recognition services in Canada as of July 6, 2020, and made no inquiry as to when the photo comparisons were created in this case. As the applicant points out, while the RPD relied upon the fact that the RCMP was the last remaining customer of Clearview AI and stopped using it in 2020, this does not necessarily mean CBSA was not using the software when the photographs were collected in 2016 and 2017. The applicants argue that vacation on the basis of such evidence was a violation of their rights, citing Clearview AI’s scraping of internet images, “mass surveillance”, and privacy rights. They also point to a report entitled “Joint investigation of Clearview AI, Inc. by the Office of the Privacy Commissioner of Canada,

conformément aux règles de la justice naturelle, les arguments auxquels elle doit faire face ». Le fait que la Loi ne l’emporte pas sur le principe d’équité procédurale a de nouveau été confirmé par notre Cour dans les décisions *Forsch c. Canada (Agence Canadienne d’Inspection des Aliments)*, 2004 CF 513, [2005] 2 R.C.F. F-15, aux paragraphes 50 à 65, et *Institut Professionnel de la Fonction Publique du Canada c. Canada (Agence des Douanes et du Revenu)*, 2004 CF 507, au paragraphe 105.

[43] Je conclus, pour trois raisons fondées sur la jurisprudence précitée, que la SPR — qui a admis en preuve les comparaisons de photos produites par le ministre, mais a rejeté la demande des demanderessees visant à contraindre ce dernier à en communiquer la source — a commis une erreur en acceptant la justification du ministre, fondée sur le paragraphe 22(2) de la Loi.

[44] Premièrement, la SPR n’a pas demandé de précisions sur la nature des renseignements personnels que le ministre cherchait à protéger avant de conclure qu’ils étaient visés par la Loi.

[45] Deuxièmement, la SPR a accepté l’affirmation du ministre selon laquelle la Loi autorisait l’ASFC à protéger les détails de son enquête, et ce sans demander que lui soient présentés des éléments de preuve ou des arguments sur l’application de toute partie de l’article 22 de la Loi.

[46] Troisièmement, la SPR a conclu, sans aucune preuve non plus, que l’ASFC n’avait pas fait appel à Clearview AI, simplement parce que l’entreprise avait cessé d’offrir ses services de reconnaissance faciale au Canada à partir du 6 juillet 2020. La SPR n’a pas cherché à savoir à quel moment les comparaisons de photos avaient été établies en l’espèce. Comme le souligne la demanderesse, si la SPR mentionne le fait que la GRC était la dernière à mettre fin à ses rapports avec Clearview AI, en 2020, rien ne permet d’établir que l’ASFC n’utilisait pas le logiciel au moment où les photos ont été obtenues en 2016 et en 2017. Les demanderessees font valoir qu’une annulation fondée sur de tels éléments de preuve constitue une violation de leurs droits. Elles invoquent à l’appui de leur argument la [TRANSDUCTION] « surveillance de masse », le fait que Clearview AI procède au moissonnage du Web et les droits à la vie

the Commission d'accès à l'information du Québec, the Information and Privacy Commissioner for British Columbia, and the Information Privacy Commissioner of Alberta", released February 2, 2021, online: <<https://www.priv.gc.ca/en/opc-actions-and-decisions/investigations/investigations-into-businesses/2021/pipeda-2021-001/>>, which determined that Clearview AI "collected, used and disclosed the personal information of individuals in Canada for inappropriate purposes, which cannot be rendered appropriate via consent." The RPD's finding that the Minister did not use Clearview AI was not supported by evidence, and it failed to consider the applicant's submissions highlighting the danger of relying on facial recognition software.

[47] The respondent conceded at the hearing that the RPD should not have relied on subsection 22(2) of the *Privacy Act*. However, the respondent submitted that the RPD was applying the principle under subsection 22(1), supported by the common law, which also recognizes a public interest privilege in the methods of investigation (citing in their written submission, *R. v. Tse*, 2008 BCSC 1793, which relies on *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, 1995 CanLII 51). Regardless of who made the decision not to disclose, the respondent argued that the obtaining of the photographs and comparison was a matter of an investigation done by CBSA, and was thus subject to privilege, protected by common law, the *Privacy Act*, as well as by the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA), on an application under section 37 [of the CEA].

[48] Further, according to the respondent, the fact that the results of any investigation were disclosed does not detract from the privilege asserted, and given that the photos were disclosed, the applicants were aware of the case they had to meet and had the opportunity to make submissions on the photographic evidence.

[49] I reject the respondent's arguments. I note, first of all, that the RPD did not refer to common law investigative

privée. Elles citent également un rapport intitulé « Enquête conjointe sur Clearview AI, Inc. par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada, la Commission d'accès à l'information du Québec, le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique et le Commissariat à l'information et à la protection de la vie privée de l'Alberta », publié le 2 février 2021, en ligne à l'adresse : <<https://priv.gc.ca/fr/mesures-et-decisions-prises-par-le-commissariat/enquetes/enquetes-visant-les-entreprises/2021/lprpde-2021-001/>>, qui a conclu que Clearview AI « a recueilli, utilisé et communiqué des renseignements personnels d'individus au Canada à des fins inappropriées qui ne peuvent pas être justifiées par l'obtention d'un consentement ». La conclusion de la SPR, selon laquelle le ministre n'a pas eu recours à Clearview AI, n'est pas étayée par la preuve et ne tient pas compte des observations des demanderesse soulignant le danger du recours aux logiciels de reconnaissance faciale.

[47] Le défendeur a reconnu à l'audience que la SPR n'aurait pas dû invoquer le paragraphe 22(2) de la Loi. Il affirme toutefois que la SPR a appliqué le principe énoncé au paragraphe 22(1), étayé par la common law, qui reconnaît également l'existence d'un privilège d'intérêt public applicable aux méthodes d'enquête (sur la foi, dans ses observations écrites, de la décision *R. v. Tse*, 2008 BCSC 1793 qui renvoie à l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, 1995 CanLII 51). Le défendeur fait valoir que, peu importe qui a refusé la communication des renseignements, les photos et les comparaisons ont été obtenues dans le cadre d'une enquête menée par l'ASFC; elles tombent donc sous le coup du privilège et sont protégées en common law et par la Loi ainsi que par la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (LPC), si une demande est présentée en application de l'article 37 [de la LPC].

[48] En outre, selon le défendeur, le fait que les résultats d'une enquête ont été communiqués n'enlève rien au privilège revendiqué. Au surplus, puisque les photos leur avaient été communiquées, les demanderesse connaissaient les éléments de preuve à réfuter et ont eu l'occasion de présenter des observations sur les éléments de preuve photographique.

[49] Je rejette les arguments du défendeur. Je note, tout d'abord, que la SPR n'a pas étayé sa conclusion sur le

privilege or the CEA to support its conclusion. The respondent's arguments, while well articulated, cannot be used to bolster the decision maker's lack of reasoning and analysis.

[50] I further note that parties seeking an exemption from disclosure of evidence are often required to disclose that information to the Court, whether the exemption was made under the common law or section 37 of the CEA. Additionally, section 41 of the *Privacy Act* itself allows review by the Federal Court if a request for personal information under subsection 12(1) was refused and a complaint has been made to the Privacy Commissioner.

[51] In this case, the RPD allowed the Minister to rely on the *Privacy Act* to shield itself from the disclosure requirement, without first considering the possibility of reviewing the information which has been withheld from the applicants.

[52] The RPD may have taken the position that it does not have the right to examine the information as the power to determine the validity of the exemption appears to be reserved for the Court in light of subsection 12(1) and section 41 of the *Privacy Act*. However, that rationale was not made apparent in the Decision.

[53] I note, further, that in *Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness) v. Kahlon*, 2005 FC 1000, [2006] 3 F.C.R. 493 (*Kahlon*), this Court seemed to suggest that the RPD can and should inspect documents that may be subject to the *Privacy Act* before allowing the respondent—in that case the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness—to examine only those documents that are found to be relevant to the application to vacate. The Court in *Kahlon* noted at paragraph 36 that the *Privacy Act* has “quasi-constitutional status”, and that personal information “which has no apparent relevance to the issues underlying the application to vacate, ought not to be readily disclosed.” However, the Court nevertheless found the RPD erred by taking an “all-or-nothing approach” by failing to consider alternatives to full disclosure “in order to strike a balance between the

privège d'enquête prévu par la common law ou la LPC. Les arguments du défendeur, quoique bien formulés, ne sauraient compenser le raisonnement et l'analyse lacunaires de la part du décideur.

[50] Je note également que les parties souhaitant être dispensées de l'obligation de communiquer une preuve sont souvent tenues de la communiquer à la Cour, que la dispense ait été accordée en common law ou en vertu de l'article 37 de la LPC. De plus, l'article 41 de la Loi autorise le contrôle par la Cour fédérale dans le cas où une demande de renseignements personnels présentée sous le régime du paragraphe 12(1) a été refusée et qu'une plainte a été déposée auprès du commissaire à la protection de la vie privée.

[51] En l'espèce, la SPR a permis au ministre de se soustraire à l'obligation de communication sur le fondement de la Loi, sans d'abord envisager la possibilité d'examiner les renseignements dont la communication aux demanderesse avait été refusée.

[52] La SPR a peut-être estimé qu'elle n'était pas habilitée à examiner ces renseignements, puisque le pouvoir de déterminer la validité de la dispense semble être réservé à la Cour, aux termes du paragraphe 12(1) et de l'article 41 de la Loi. Or, ce raisonnement ne ressort pas clairement de la décision.

[53] Je note par ailleurs que, dans la décision *Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile) c. Kahlon*, 2005 CF 1000, [2006] 3 R.C.F. 493 (*Kahlon*), notre Cour semble indiquer que la SPR peut, et devrait, prendre connaissance des documents susceptibles de tomber sous le coup de la Loi avant d'autoriser le défendeur — en l'occurrence le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile — à n'examiner que les documents qui sont jugés utiles pour la demande d'annulation. Dans la décision *Kahlon*, la Cour déclare, au paragraphe 36, que la Loi a « un statut quasi constitutionnel » et que les renseignements personnels « qui n'intéressent manifestement pas les questions à l'origine de la demande d'annulation doivent au contraire être soustraits à la communication ». Cependant, la Cour conclut néanmoins que la SPR a adopté à tort la « méthode du tout ou rien », car elle n'a

need for disclosure and the right to privacy”: *Kahlon*, at paragraph 37.

[54] Similarly, in this case, the RPD gave a cursory nod to the respondent’s *Privacy Act* argument and failed to engage in the necessary consideration of balancing the alleged protection of privacy rights with the applicants’ procedural fairness right to disclosure.

[55] The RPD’s swift acceptance of the Minister’s exemption request, in the absence of a cogent explanation for why the information is protected from disclosure, appears to be a departure from its general practice. In the normal course of determining a claim, the RPD would likely not admit documentary evidence from a claimant without any information about its source. At the very least, the applicants deserve to know why and how the RPD so readily reached an opposite conclusion in this case.

[56] Further, the information that the Minister sought to exempt from disclosure could be relevant to the determination of the ultimate issue before the RPD. If the photo comparisons were, as the applicants suggest, generated through an artificial intelligence software, be it by Clearview AI or some other outfit, it may call into question the reliability of the Kenyan students’ photos as representing the applicants, two women of colour who are more likely to be misidentified by facial recognition software than their white cohorts as noted by the studies submitted by the applicants.

[57] If, on the other hand, the photo comparisons were made by an analyst of the CBSA, it would still have been incumbent upon the RPD to seek that information before deciding to admit the evidence, just as it accepted the sworn affidavit of a CBSA agent regarding the result of her ICES searches.

pas envisagé d’autre mesure outre la pleine communication pour « arriver à un équilibre entre la nécessité de la communication et le droit à la protection des renseignements personnels » : *Kahlon*, au paragraphe 37.

[54] De même, en l’espèce, la SPR, en acceptant sans discussion l’argument du défendeur fondé sur la Loi, n’a pas cherché à arriver à un équilibre entre, d’une part, la protection alléguée du droit à la vie privée et, d’autre part, le droit à la communication que le principe de l’équité procédurale garantit aux demanderesse.

[55] L’acceptation rapide par la SPR de la demande de dispense du ministre, sans raison convaincante justifiant le refus de communiquer ces renseignements, semble contraire à la pratique générale. Durant le traitement normal d’une demande d’asile, la SPR n’admettrait vraisemblablement pas d’éléments de preuve documentaire d’un demandeur sans en connaître l’origine. Les demanderesse méritent à tout le moins de savoir pourquoi et comment la SPR est arrivée d’emblée à la conclusion contraire en l’espèce.

[56] Qui plus est, les renseignements que le ministre a cherché à soustraire à la communication sont susceptibles de servir à la SPR pour trancher la question ultime dont elle a été saisie. Si, comme le prétendent les demanderesse, les comparaisons de photos ont été générées à partir d’un logiciel d’intelligence artificielle — qu’il s’agisse de celui de Clearview AI ou d’un autre — la fiabilité des photos des étudiantes kényanes censées représenter les demanderesse pourrait être mise en doute. En effet, comme le démontrent les études produites par les demanderesse, les femmes de couleur sont plus susceptibles de faire l’objet d’erreurs d’identification par un logiciel de reconnaissance faciale que les femmes blanches.

[57] Si, en revanche, les comparaisons de photos ont été faites par un analyste de l’ASFC, la SPR aurait quand même été tenue de demander cette information avant de décider de les admettre en preuve, tout comme elle a accepté la déclaration sous serment d’une agente de l’ASFC concernant le résultat des recherches qu’elle avait menées dans le SIED.

[58] My conclusion is further supported by the jurisprudence to date of this Court dealing with the reliance on photo comparisons as proof of identity of applicants. In *Mebrahtu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 279, the Minister submitted a photograph of the applicant taken in May 2018 at a primary inspection kiosk at Pearson Airport under a different identity, alongside the photograph taken of the applicant for her refugee claim. The Minister also noted the lack of a fingerprint match when the applicant made her refugee claim. In *Kamano v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FC 1241, it was a senior analyst at the CBSA who conducted a facial comparison between three different photos of the applicant from the applicant's immigration file and the photo attached to the temporary resident visa application form in the name of another person. In both cases, the Minister provided sufficient information to the RPD as to how the photo comparison was made, which in turn allowed this Court to assess the reasonableness of the RPD's findings.

[59] Here, the RPD reached a conclusion about the reliability of the photo comparisons based on the Minister's say-so with no further details about the "how." It then took the Minister's word that they must protect the details of their investigation under the *Privacy Act* without having to demonstrate whether the requirements for non-disclosure, as set out in the Act, were met. The RPD's conclusion, which was void of transparency, intelligibility, and justification, must be set aside.

C. *Was the RPD's decision finding the applicants were Kenyan students unreasonable?*

[60] While the RPD's error in allowing admitting the photo comparisons is determinative of the issue, I want to address the RPD's assessment of the evidence, in order to provide further guidance to the RPD upon reconsideration of the matter.

[61] The applicants argue that the two Kenyan students are presumably still living in Manitoba on validly granted study permits. According to the applicants, the documents

[58] Ma conclusion est également étayée par la jurisprudence de notre Cour sur la fiabilité des comparaisons de photos comme preuve de l'identité d'un demandeur. Dans l'affaire *Mebrahtu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 279, le ministre a présenté une photo de la demanderesse, prise en mai 2018 à une borne d'inspection primaire de l'aéroport Pearson sous un autre nom, ainsi que la photo de la demanderesse accompagnant sa demande d'asile. Le ministre a également noté que le processus de demande d'asile n'avait pas révélé d'empreintes digitales correspondant à celles de la demanderesse. Dans l'affaire *Kamano c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CF 1241, c'est un analyste principal de l'ASFC qui avait fait la comparaison faciale entre trois photos différentes de la demanderesse provenant de son dossier d'immigration et la photo jointe au formulaire de demande de visa de résident temporaire présenté au nom d'une autre personne. Dans ces deux affaires, le ministre a fourni à la SPR suffisamment de renseignements sur la démarche de comparaison des photos, ce qui a permis à la Cour de décider si les conclusions de la SPR étaient raisonnables.

[59] En l'espèce, la SPR a tiré une conclusion sur la fiabilité de la comparaison des photos en se fondant sur les dires du ministre, sans obtenir d'autre précision sur la manière dont la comparaison avait été faite. Elle a ensuite accepté l'argument du ministre, selon lequel les détails de l'enquête devaient être protégés sous le régime de la Loi, sans lui demander de démontrer le respect des prescriptions légales en matière de non-communication. La conclusion de la SPR, qui est dénuée de transparence, d'intelligibilité et de justification, doit être annulée.

C. *La décision de la SPR, selon laquelle les demanderesse étaient des étudiantes kényanes, était-elle déraisonnable?*

[60] Bien que l'erreur commise par la SPR en admettant en preuve les comparaisons de photos soit déterminante, je souhaite examiner l'appréciation de la preuve par la SPR afin de fournir à cette dernière des directives supplémentaires en vue du réexamen de l'affaire.

[61] Les demanderesse font valoir qu'il est probable que les deux étudiantes kényanes vivent toujours au Manitoba en vertu de permis d'études valablement délivrés. Elles font

upon which their study permits were based (i.e. identity documents, medical examinations, school transcripts, and letters attesting to work experience) are presumptively valid and no reason exists to doubt their authenticity. In the applicants' view, the Minister is suggesting that they fabricated their specific narratives of persecution in order to gain refugee status in Canada, despite having valid study permits and entering Canada legally. The applicants ask: if it were their intent to assume false identities, would they willingly create new connections between themselves and the RPD?

[62] The applicants argue that it was reckless to treat the GCMS notes for the Kenyan students as evidence that they never attended classes at their institution. The GCMS notes do not establish, in the applicants' view, that the two students abandoned their studies or the province of Manitoba, only that there was a brief period of unresponsiveness. With respect to the student who is alleged to be Ms. Hosh, the applicants argue that the GCMS notes in question were incomplete and outdated as the most recent entry is from 2016. They also include an email from the student stating that she is deferring her studies from September 2016 to January 2017.

[63] As to the GCMS notes concerning the student supposed to be Ms. Barre, they indicate three standard compliance reviews were completed after one incident of non-compliance. These notes have entries as recent as 2020.

[64] The applicants further submit that there are sufficient differences between the photos, that there are difficulties in comparison when one person is wearing a hijab, and that ethnic Somalis in both Kenya and Somalia can share similar features.

[65] The respondent argues that the Decision was reasonable in light of the evidence, including: the physical resemblance based on comparison of photos, the lack of evidence to corroborate the applicants' entry to Canada, and the fact that the Kenyan students have not attended school in Canada pursuant to their study permits.

aussi valoir que les documents sur lesquels reposent ces permis d'études (les documents d'identification, les examens médicaux, les relevés de notes et les lettres attestant de leur expérience de travail) sont présumés valides et qu'il n'existe aucune raison de douter de leur authenticité. Selon les demanderesse, le ministre soutient qu'elles ont inventé des récits de persécution en vue d'obtenir le statut de réfugié au Canada, alors qu'elles disposent de permis d'études valides et qu'elles sont entrées légalement au Canada. Les demanderesse posent la question suivante : si leur intention était d'adopter de fausses identités, pourquoi auraient-elles sciemment créé de nouveaux liens entre elles et la SPR?

[62] Les demanderesse soutiennent qu'il était irresponsable de conclure, à la lumière des notes du SMGC sur les étudiantes kényanes, que ces dernières n'avaient jamais assisté aux cours dans leur établissement. Selon les demanderesse, les notes du SMGC ne démontrent pas que les deux étudiantes ont abandonné leurs études ou qu'elles ont quitté le Manitoba; elles indiquent seulement une brève période de non-réponse. Dans le cas de l'étudiante censée être M^{me} Hosh, les notes en question du SMGC étaient incomplètes et désuètes, puisque l'entrée la plus récente date de 2016. Ces notes comprennent un courriel de l'étudiante dans lequel celle-ci déclare reporter ses études de septembre 2016 à janvier 2017.

[63] Quant aux notes du SMGC concernant l'étudiante censée être M^{me} Barre, elles indiquent que trois vérifications normales de la conformité ont suivi un incident de non-conformité. Les entrées les plus récentes ne datent que de 2020.

[64] Les demanderesse soutiennent en outre qu'il existe des différences suffisantes entre les photos, que le port du hijab rend la comparaison difficile et que les personnes d'origine ethnique somalienne du Kenya et de la Somalie sont susceptibles d'avoir des traits semblables.

[65] Le défendeur affirme que la décision est raisonnable au regard des éléments de preuve, notamment : la ressemblance physique fondée sur la comparaison de photos, l'absence d'éléments de preuve corroborant l'entrée des demanderesse au Canada et le fait que les étudiantes kényanes n'ont pas fréquenté l'école au Canada conformément à leurs permis d'études.

[66] The respondent has not specifically responded to the applicants' arguments on the limitations of the GCMS notes, other than suggesting the notes only formed part of the basis for the Decision.

[67] I find the Decision unreasonable for two main reasons.

[68] First, the Decision did not address any of the arguments raised by the applicants with respect to the inadequacies of the GCMS notes that the Minister relied on to support their application to vacate. These include, in the case of the student alleged to be Ms. Hosh, an email from the student stating that she was deferring her studies from September 2016 to January 2017, and in the case of Ms. Barre, the completion of three standard compliance reviews, with entries as recent as 2020. Such evidence appeared to counter the Minister's assertion that the students simply abandoned their studies and never attended their classes. In failing to address such evidence, the RPD unreasonably ignored the discrepancies between the GCMS notes and the allegations made by the Minister, who carried the burden of proving misrepresentations on the part of the applicants. In so doing, the RPD erred by ignoring evidence that contradicted its own findings.

[69] I also find the Decision unreasonable because it failed to provide adequate reasons for the RPD's conclusion that the two applicants and the two Kenyan students were the same persons based on the photo comparisons.

[70] At the hearing, I asked the respondent for submissions on how the Court may apply the reasonableness standard in assessing the RPD's findings on photo comparisons. I raised this question in light of my query that there may not exist a "range of reasonable outcomes" in this case: the applicants are either the Kenyan students as alleged or they are not. My query further stems from what I consider to be the highly subjective nature of conducting photo comparisons, particularly involving people of different ethno-racial background.

[66] Le défendeur n'a pas expressément répondu aux arguments des demandresses portant sur les notes lacunaires du SMGC, si ce n'est pour indiquer qu'elles n'étaient qu'un des éléments sur lesquels la décision est fondée.

[67] Je juge que la décision est déraisonnable pour deux motifs principaux.

[68] En premier lieu, la décision ne tient compte d'aucun des arguments invoqués par les demandresses relativement aux lacunes des notes du SMGC étayant la demande d'annulation présentée par le ministre. Il s'agit notamment, dans le cas de l'étudiante censée être M^{me} Hosh, d'un courriel de l'étudiante dans lequel cette dernière indique qu'elle reporte ses études de septembre 2016 à janvier 2017 et, dans celui de M^{me} Barre, de trois vérifications normales de conformité, les dernières entrées datant de 2020. Ces éléments de preuve semblent contredire l'affirmation du ministre selon laquelle les étudiantes ont simplement abandonné leurs études et n'ont jamais assisté à leurs cours. En faisant fi de ces éléments, la SPR a négligé, de manière déraisonnable, les divergences entre les notes du SMGC et les allégations du ministre, à qui il incombait de prouver que les demandresses avaient fait de fausses déclarations. Elle a commis une erreur en faisant abstraction d'éléments de preuve contraires à ses propres conclusions.

[69] Je juge que la décision est également déraisonnable parce que la SPR n'a pas justifié adéquatement sa conclusion selon laquelle les comparaisons de photos démontreraient la correspondance entre les demandresses et les deux étudiantes kényanes.

[70] À l'audience, j'ai demandé au défendeur de présenter des observations pour expliquer comment la Cour pourrait appliquer la norme de la décision raisonnable à l'examen des conclusions de la SPR concernant les comparaisons de photos. J'ai soulevé cette question, car il n'y a peut-être pas un « éventail d'issues raisonnables possibles » en l'espèce : ou bien les demandresses sont les étudiantes kényanes, ainsi qu'il est allégué, ou bien elles ne le sont pas. Ma question procède également de la grande subjectivité, à mon avis, que fait intervenir la comparaison de photos, notamment lorsqu'il s'agit de personnes d'origines ethno- raciales différentes.

[71] The respondent helpfully submitted that this Court does not need to be convinced that it would render the same conclusion. Instead, it should consider whether a person with an open mind may reasonably find that they are the same person. If, on the other hand, the Court looks at the photos and concludes that it is plainly absurd to conclude that the photos depict the same person, then it would be open to the Court to find the Decision unreasonable.

[72] I also note the S.C.C.’s guidance in *Vavilov*, at paragraph 83, that the Court should not “attempt to ascertain the ‘range’ of possible conclusions that would have been open to the decision maker” and that “as reviewing judges, we do not make our own yardstick and then use that yardstick to measure what the administrator did.” Instead, *Vavilov* asks the reviewing court to “consider only whether the decision made by the administrative decision maker — including both the rationale for the decision and the outcome to which it led — was unreasonable.”

[73] In light of the instructions from *Vavilov*, I begin my analysis by examining the reasons given by the RPD with respect to its photo comparisons.

[74] With respect to Ms. Hosh, the Decision briefly stated [at paragraph 56]:

I have carefully reviewed the photographs of the respondent and that of [the Kenyan student alleged to be Ms. Hosh] and find that in addition to the similarities in features common to her ethnic heritage, there are great similarities between the two pictures establishing that Alia Musa Hosh and [the Kenyan student] are one and the same person.

[75] I find the RPD failed to provide the requisite justification for concluding there are “great similarities” between the two sets of pictures, “in addition to the similarities in features common to [Ms. Hosh’s] ethnic heritage.” The RPD did not explain what these similarities were, or how those similarities fell outside of those supposedly common to Ms. Hosh’s ethnic heritage. I find the RPD’s lack of adequate reasons to be particularly disconcerting, as I note that while there are similarities between the photos of Ms. Hosh and that of the Kenyan student she is alleged to

[71] Le défendeur a présenté un commentaire utile en affirmant que notre Cour n’a pas à être convaincue qu’elle arriverait à la même conclusion. Elle doit plutôt se demander si une personne à l’esprit ouvert pourrait raisonnablement conclure qu’il s’agit des mêmes personnes. Si, en revanche, la Cour examine les photos et conclut qu’il est manifestement absurde de conclure que les photos représentent la même personne, il lui serait alors loisible de juger la décision déraisonnable.

[72] Je note également les directives formulées par la Cour suprême du Canada au paragraphe 83 de l’arrêt *Vavilov*, qui enseigne que la cour ne doit pas « tente[r] de prendre en compte l’“éventail” des conclusions qu’aurait pu tirer le décideur » et que « le juge réformateur n’établit pas son propre critère pour ensuite jauger ce qu’a fait l’administrateur ». Selon l’arrêt *Vavilov*, la cour de révision « n’est plutôt appelée qu’à décider du caractère raisonnable de la décision rendue par le décideur administratif — ce qui inclut à la fois le raisonnement suivi et le résultat obtenu ».

[73] Suivant les directives formulées dans l’arrêt *Vavilov*, je commence mon analyse en examinant les motifs de la SPR concernant les comparaisons de photos.

[74] La décision mentionne brièvement ce qui suit au sujet de M^{me} Hosh [au paragraphe 56] :

[TRADUCTION] J’ai examiné avec soin les photographies présentées par le défendeur et celles [de l’étudiante kényane censée être M^{me} Hosh] et je juge qu’en plus des ressemblances dans les traits communs à l’origine ethnique, il existe de grandes ressemblances entre les deux photos démontrant qu’Alia Musa Hosh et [l’étudiante kényane] sont une seule et même personne.

[75] J’estime que la SPR a omis de fournir les justifications requises pour conclure qu’il existe [TRADUCTION] « de grandes ressemblances » entre les deux séries de photos, « en plus des ressemblances dans les traits communs à l’origine ethnique [de M^{me} Hosh] ». La SPR n’a pas expliqué ces ressemblances, ni en quoi elles différaient des traits censés être communs aux personnes de l’origine ethnique de M^{me} Hosh. Je juge que l’absence de motifs satisfaisants de la part de la SPR est particulièrement déconcertante, car, s’il existe des ressemblances entre les photos de M^{me} Hosh

be, there are also some marked dissimilarities as described in Ms. Hosh's submissions to the RPD. The RPD did not explain how it came to reconcile the similarities and the dissimilarities between the two sets of photos before concluding they depicted one and the same person.

[76] As to Ms. Barre, the RPD provided a bit more explanation and noted as follows [at paragraph 40]:

Some of the salient features such [as] the ears and hair are covered in one picture and hence I was unable to compare those features. I have carefully read the respondent Barre's affidavit detailing the differences in the photographs and stating that the similarities are because of the ethnic Somali lineage. While I agree that there are similar features due to their ethnic heritage there are other features which are also similar. I find the structure of the nose[,] mouth and the eyes are the same in both pictures.

[77] Here, I find the RPD failed to provide adequate reasons for concluding that Ms. Barre and the alleged Kenyan student were one and the same person, after acknowledging that it was unable to compare such "salient features" as ears and hair. The RPD also failed to explain what similar features are due to the two women's ethnic heritage and what are not. Taken together, these errors mean the RPD's reasoning fell short of meeting the requisite justification, transparency and intelligibility expected within the decision making process: *Vavilov*, at paragraph 86.

[78] The consequences of the RPD's findings are significant to both applicants. These findings should not be made without adequate reasons. As the S.C.C. noted in *Vavilov*, at paragraph 133:

... Where the impact of a decision on an individual's rights and interests is severe, the reasons provided to that individual must reflect the stakes. The principle of responsive justification means that if a decision has particularly harsh consequences for the affected individual, the decision maker must explain why its decision best reflects the

et de l'étudiante kényane qui est censée être cette dernière, il existe également des dissemblances marquées, comme le souligne M^{me} Hosh dans ses observations à la SPR. La SPR n'explique pas comment elle en est venue à concilier les ressemblances et dissemblances entre les deux séries de photos avant de conclure qu'elles représentaient une seule et même personne.

[76] La SPR a fourni une explication un peu plus détaillée au sujet de M^{me} Barre, en déclarant ce qui suit [au paragraphe 40] :

[TRADUCTION] Certains traits saillants, comme les oreilles et les cheveux, sont couverts sur une photo, de sorte qu'il a été impossible de comparer ces traits. J'ai lu avec soin l'affidavit de la défenderesse, M^{me} Barre, expliquant en détail les différences entre les photographies et précisant que les ressemblances sont attribuables à l'origine ethnique somalienne commune. Bien que j'en convienne, il existe également des ressemblances à l'égard d'autres traits. Je suis d'avis que la structure du nez, la bouche et les yeux sont les mêmes sur les deux photos.

[77] En l'espèce, je conclus que la SPR n'a pas fourni de motifs satisfaisants pour conclure que M^{me} Barre et la présumée étudiante kényane étaient une seule et même personne, alors qu'elle avait reconnu être incapable de comparer des « traits saillants » tels que les oreilles et les cheveux. La SPR a aussi omis d'expliquer quelles ressemblances étaient attribuables à l'origine ethnique des deux femmes et lesquelles ne l'étaient pas. Toutes ces erreurs font en sorte que le raisonnement de la SPR ne satisfait pas aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité attendues du processus décisionnel : *Vavilov*, au paragraphe 86.

[78] Les conclusions de la SPR ont de lourdes conséquences pour les demanderesses. De telles conclusions ne devraient pas être formulées sans motifs satisfaisants. Comme le fait remarquer la Cour suprême du Canada au paragraphe 133 de l'arrêt *Vavilov* :

... Lorsque la décision a des répercussions sévères sur les droits et intérêts de l'individu visé, les motifs fournis à ce dernier doivent refléter ces enjeux. Le principe de la justification adaptée aux questions et préoccupations soulevées veut que le décideur explique pourquoi sa décision reflète le mieux l'intention du législateur, malgré

legislature's intention. This includes decisions with consequences that threaten an individual's life, liberty, dignity or livelihood.

[79] Given that the photo comparisons played a key role in the RPD's findings that each of the applicants and alleged Kenyan students are one and the same, I therefore conclude that Decision to vacate the applicants' refugee status was unreasonable as it lacks an internally coherent and rational chain of analysis that is justified in relation to the facts and law: *Vavilov*, at paragraph 85.

V. Remedy

[80] The applicants request a declaration that they are in fact Ms. Barre and Ms. Hosh, citizens of Somalia, and not citizens of Kenya. They further request that this Court reinstate the initial RPD decisions finding them to be Convention Refugees.

[81] The applicants have not provided arguments on why this would be one of the "limited scenarios" for the Court substitute its own decision rather than remitting the matter to the decision maker: *Vavilov*, at paragraphs 139–142. I also find no basis to grant such an extraordinary remedy in this case.

VI. Certified Question

[82] The applicants argue that their cases "indicate that one or more pieces of recent legislation may not accord with principles of the Charter/constitution." They cite the *Communications Security Establishment Act*, S.C. 2019, c. 13, section 76, arguing that there is cause to believe that the Minister, CBSA and other government bodies have violated sections 7, 11, and 15 of the *Charter of Rights and Freedoms* (Charter) in a manner that is not saved by section 1. They ask the Court to "provide some much-needed clarity on this subject."

les conséquences particulièrement graves pour l'individu concerné. Cela vaut notamment pour les décisions dont les conséquences menacent la vie, la liberté, la dignité ou les moyens de subsistance d'un individu.

[79] Comme les comparaisons de photos ont eu un effet déterminant sur les conclusions formulées par la SPR, selon lesquelles les demanderesse et les présumées étudiantes kényanes sont les mêmes personnes, je conclus que la décision d'annuler le statut de réfugiées des demanderesse est déraisonnable, car elle n'est pas fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles : *Vavilov*, au paragraphe 85.

V. Mesures de réparation

[80] Les demanderesse sollicitent une déclaration attestant qu'elles sont réellement M^{mes} Barre et Hosh, citoyennes de la Somalie et non du Kenya. Elles demandent en outre que notre Cour rétablisse les décisions initiales de la SPR les déclarant être des réfugiées au sens de la Convention.

[81] Les demanderesse n'ont pas présenté d'arguments pour expliquer qu'il s'agit d'une de ces « situations limitées » où la Cour peut substituer sa propre décision à celle du décideur plutôt que de lui renvoyer l'affaire : *Vavilov*, aux paragraphes 139–142. Je conclus par ailleurs que rien ne justifie de rendre une mesure aussi extraordinaire en l'espèce.

VI. Question certifiée

[82] Les demanderesse prétendent que leurs instances [TRADUCTION] « soulèvent des doutes sur la conformité d'une ou plusieurs mesures législatives récentes aux principes de la Charte et de la Constitution ». Elles allèguent l'article 76 de la *Loi sur le Centre de la sécurité des télécommunications*, L.C. 2019, ch. 13 pour affirmer qu'il y a des raisons de croire que le ministre, l'ASFC et d'autres organismes gouvernementaux ont enfreint les articles 7, 11 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte) d'une manière qui ne saurait se justifier au regard de l'article premier. Elles demandent à la Cour [TRADUCTION] « d'apporter des clarifications bien nécessaires sur la question ».

[83] The respondent opposes any proposed certified question, noting the applicants had ample time to submit proposed questions yet failed to do so. The respondent also denies that there was any breach of the applicants' Charter rights in this case.

[84] The applicants never provided specific arguments on what these Charter violations would be, nor have they sent a notice of constitutional question as required under section 57 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. In any event, I conclude it is not an appropriate case for any certified question as I have decided to grant the application on non-Charter grounds.

VII. Conclusion

[85] The application for judicial review is allowed and the matter is returned for redetermination by a differently constituted panel of the RPD.

[86] There is no question to certify.

JUDGMENT in IMM-4222-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted.
2. The matter is returned for redetermination by a differently constituted panel of the RPD.
3. There are no questions to certify.
4. The documents on record filed prior to this judgment are designated as confidential.
5. The applicant, respondent, and Refugee Protection Division, respectively, are ordered to provide redacted public versions of the applicant's memorandum, respondent's memorandum, and the certified tribunal record, with any identifying information about the Kenyan students removed, within one month of this judgment.

[83] Le défendeur s'oppose à la proposition de toute question certifiée. Il souligne que les demanderesse ont eu amplement le temps de soumettre des questions, mais qu'elles ne l'ont pas fait. Le défendeur nie également toute violation des droits garantis aux demanderesse par la Charte en l'espèce.

[84] Les demanderesse n'ont jamais présenté d'observations précises sur ces prétendues violations de la Charte, ni n'ont présenté d'avis de question constitutionnelle comme l'exige l'article 57 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Quoi qu'il en soit, je conclus qu'il n'y a pas lieu de certifier de question, puisque j'ai décidé d'accueillir la demande pour des motifs non fondés sur la Charte.

VII. Conclusion

[85] La demande de contrôle judiciaire est accueillie, et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SPR pour nouvel examen.

[86] Aucune question n'est certifiée.

JUGEMENT dans le dossier IMM-4222-21

LA COUR ORDONNE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. L'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SPR aux fins d'un nouvel examen.
3. Il n'y a aucune question à certifier.
4. Les documents versés au dossier avant le prononcé du présent jugement sont désignés comme confidentiels.
5. Il est enjoint aux demanderesse, au défendeur et à la Section de la protection des réfugiés de fournir, respectivement, des versions publiques caviardées du mémoire des demanderesse, du mémoire du défendeur et du dossier certifié du tribunal, dépourvues de tout renseignement permettant de révéler l'identité des étudiantes kényanes, et ce, dans le mois suivant le présent jugement.

T-1343-21
2022 FC 1186

T-1343-21
2022 CF 1186

Deborah Patterson (*Applicant*)

Deborah Patterson (*demanderesse*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: PATTERSON v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : PATTERSON c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Brown J.—By videoconference, July 12; Ottawa, August 10, 2022.

Cour fédérale, juge Brown—Par vidéoconférence, 12 juillet; Ottawa, 10 août 2022.

Public Service — Pensions — Application for judicial review of decision by Pension Centre determining that pensionable service accumulated under Canadian Forces Superannuation Act (CFSA) by applicant, Reserve Force Member from 1979 until 2008, qualified as “other pensionable service” pursuant to Public Service Superannuation Act (PSSA), s. 5(5)(c) — Pension Centre determined that applicant’s CFSA pensionable service (28+ years) counted against 35-year maximum accrual of pensionable service under PSSA — Applicant ceased to be eligible to contribute to her Public Service Pension Plan pension when her combined pensionable service under both CFSA, PSSA reached 35 years, pursuant to PSSA, s. 5(3) — Pension benefits under CFSA for Reserve Force Members calculated based only on paid or part paid days in Reserves (in applicant’s case totalling 12+ years) — Issue concerned applicant’s pension entitlements under PSSA — Applicant wished to accumulate full pension credit for time worked in public service under PSSA — Applicant’s total pensionable service became capped at 19 years, 161 days combined Canadian Forces service under CFSA, full-time work under PSSA — Maternity leave not pensionable under CFSA, excluded from applicant’s total service in Reserves — Applicant submitting unreasonable to count her full 28+ years pensionable service in Reserve Forces against 35-year cap on pensionable service as public servant under PSSA because she did not receive superannuation benefits for her full 28+ years but only for 12+ years — Asking to construe PSSA, s. 5(5) to enable her to accrue full, 35-year pension, by only counting her Canadian Forces service time (12+ years) against 35-year maximum pensionable service cap in PSSA — Also submitting, inter alia, Pension Centre’s interpretation failed to give legislation broad, liberal, purposive application that extends full benefits of pension scheme to intended targets, namely those who work, contribute for full 35 years — Whether Pension Centre’s decision reasonable — Decision not unreasonable — Ordinary meaning of PSSA, ss. 5(3), 5(5)(c) is that pensionable service accrued under CFSA, payable from Canadian Forces

Fonction publique — Pensions — Demande de contrôle judiciaire d’une décision du Centre des pensions qui a conclu que le service ouvrant droit à pension accumulé par la demanderesse, membre de la Force de réserve des Forces armées canadiennes de 1979 à 2008, sous le régime de la Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes (LPRFC) est considéré comme une « autre période de service » conformément à l’alinéa 5(5)c) de la Loi sur la pension de la fonction publique (LPFP) — Le Centre des pensions a conclu que le service de la demanderesse ouvrant droit à pension sous le régime de la LPRFC (28 années et plus) était calculé en fonction du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension en vertu de la LPFP — La demanderesse a cessé d’être admissible à cotiser à sa pension du Régime de retraite de la fonction publique lorsque le total de son service ouvrant droit à pension combiné sous le régime de la LPRFC et de la LPFP a atteint 35 ans, conformément au paragraphe 5(3) de la LPFP — Les prestations de retraite sous le régime de la LPRFC pour les membres de la Force de réserve sont calculées uniquement en fonction des jours payés ou partiellement payés dans la Réserve qui, dans le cas de la demanderesse, totalisent 12 années et plus — Les droits de la demanderesse à pension sous le régime de la LPFP étaient en cause en l’espèce — La demanderesse souhaitait accumuler le plein droit à pension pour la période où elle travaille dans la fonction publique sous le régime de la LPFP — Son service ouvrant droit à pension total a été plafonné à 19 ans et 161 jours combinés de service dans les Forces canadiennes sous le régime de la LPRFC et de travail à temps plein sous le régime de la LPFP — Le congé de maternité n’aurait pas droit à pension sous le régime de la LPRFC et il était exclu de son service total dans la Force de réserve — La demanderesse a soutenu qu’il était déraisonnable de compter ses 28 années et plus de service ouvrant droit à pension dans la Force de réserve à l’encontre du plafond de 35 ans de service ouvrant droit à pension à titre de fonctionnaire sous le régime de la LPFP, parce qu’elle n’a pas reçu de prestations de retraite pour ses 28 années et plus, mais seulement pour ses

Pension Fund counts against 35-year maximum accrual under PSSA — Clear, unequivocal that term “other pensionable service” referring to “pensionable service” accrued under CFSA — Other pensionable service per s. 5(3),(5) not to be confused with Canadian Forces service time — Words “other pensionable service” in s. 5(5) cannot be read as referring to another concept such as “Canadian Forces service or CF service” — Parliament could easily have referred to “Canadian Forces service” in ss. 5(3),(5) — In choosing term “other pensionable service” in s. 5(3), listing CFSA at s. 5(5), Parliament had definition, meaning of “pensionable service” under CFSA in mind — Parliament appearing to have made some trade-offs favourable to persons in applicant’s position — Cannot be said there is no benefit from having common definition of pensionable service across CFSA, PSSA — Applicant’s interpretation meaning that pensionable service of not only all Reservists but also all part-time employees under PSSA should be reduced to their actual paid time — Such narrow interpretation for essentially “legislative purpose” reasons without doing injustice elsewhere could not be made — Legislative amendment rather than judicial construction solution to issue raised in this case — Adjustment of amount of pension benefit accounting for periods of part-time employment, reflects lower contributions made to pension fund — This proportionality principle also important in overall purpose of schemes — Legislative scheme permitting employees to accrue 35 year maximum pension not its only or determinative purpose — Accepting applicant’s submissions not faithful to clear wording of provisions at issue — Application dismissed.

12 années et plus — Elle a demandé à la Cour d’interpréter le paragraphe 5(5) de la LPFP de façon à lui permettre d’accumuler une pension complète pour 35 ans de service, en ne comptant que le temps de service dans les FC (12 années et plus) à l’encontre du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension prévu dans la LPFP — La demanderesse a soutenu, entre autres choses, que l’interprétation du Centre des pensions ne donne pas à la loi une application large, libérale et téléologique qui offre une pension complète aux personnes censées en bénéficier, soit ceux et celles qui travaillent et cotisent au régime pendant 35 ans — Il s’agissait de déterminer si la décision contestée était raisonnable — La décision n’était pas déraisonnable — Le sens ordinaire du paragraphe 5(3) et de l’alinéa 5(5)c) de la LPFP est que le service ouvrant droit à pension accumulé sous le régime de la LPRFC et payable par la Caisse de retraite des Forces canadiennes est comptabilisé dans la période d’accumulation maximale de 35 ans sous le régime de la LPFP — Il est clair et sans équivoque que le terme « autre période de service » désigne les « années de service ouvrant droit à pension » accumulées au titre de la LPRFC — Il ne faut pas confondre les autres périodes de service prévues aux paragraphes 5(3) et 5(5) avec le temps de service dans les Forces canadiennes — Le terme « autre période de service » au paragraphe 5(5) ne peut pas être interprété comme faisant référence à un autre concept comme le « service accompli dans les Forces canadiennes » — Le législateur aurait facilement pu faire référence au « service accompli dans les Forces canadiennes » aux paragraphes 5(3) ou 5(5) de la LPFP — En choisissant d’employer le terme « autre période de service » au paragraphe 5(3) de la LPFP et en mentionnant la LPRFC au paragraphe 5(5), le législateur avait en tête la définition et la signification de « service ouvrant droit à pension » sous le régime de la LPRFC — Le législateur semble avoir offert des compromis favorables aux personnes dans la position de la demanderesse — On ne peut donc pas dire qu’il n’y a aucun avantage à ce que la LPRFC et la LPFP prévoient une définition commune du service ouvrant droit à pension — L’interprétation de la demanderesse signifierait que le service ouvrant droit à pension non seulement de tous les réservistes, mais aussi de tous les employés à temps partiel au titre de la LPFP, devrait être réduit à leur période rémunérée réelle — On ne pouvait donner une interprétation aussi étroite pour des raisons essentiellement liées à l’objet de la loi, sans créer une injustice ailleurs — La solution à la question soulevée en l’espèce passerait par une modification législative plutôt que par l’interprétation judiciaire — Le rajustement du montant des prestations de retraite tient compte des périodes d’emploi à temps partiel et reflète les cotisations moins élevées qui ont été versées à la caisse de retraite — Ce principe de proportionnalité est également important dans l’objectif global des régimes — Permettre aux employés d’accumuler une pension maximale correspondant à 35 années de service n’est pas le seul objet, ni l’objet déterminant du régime législatif — Accepter les observations de la demanderesse n’aurait pas été fidèle au libellé clair des dispositions en cause — Demande rejetée.

This was an application for judicial review of a decision by the Government of Canada Pension Centre determining that the pensionable service accumulated under the *Canadian Forces Superannuation Act* (CFSA) by the applicant, who was a Reserve Force Member of the Canadian Armed Forces from 1979 until 2008, qualified as “other pensionable service” pursuant to paragraph 5(5)(c) of the *Public Service Superannuation Act* (PSSA).

The applicant began her career in the federal public service with the Department of National Defence in 2009. The Pension Centre determined that the applicant’s CFSA pensionable service, amounting to 28 years and 88 days (28+ years), counted against the 35-year maximum accrual of pensionable service under the PSSA. As a result of this decision, the applicant ceased to be eligible to contribute to her Public Service Pension Plan pension on August 12, 2015, when her total combined pensionable service (based on elapsed time) under both the CFSA and PSSA reached 35 years, pursuant to subsection 5(3) of the PSSA—notwithstanding she was still working and continues to work in the public service. Underlying this judicial review was the fact that *pension benefits* under the CFSA for Reserve Force Members are calculated based only on paid or part paid days in the Reserves, which in the applicant’s case total 12 years and 249 days (12+ years). The issue concerned the applicant’s pension entitlements under the PSSA. The applicant wished to accumulate full pension credit for the time she works in the public service under the PSSA. The applicant noted that if she had worked full time in the Reserves she would have earned a full 35 years of pensionable service under the combined CFSA and PSSA as of August 12, 2015, and would have been entitled to receive a full 35-year pension at that time. Instead, because the entirety of her 28+ year’s total elapsed service with the Reserve Forces is deducted from the 35-year cap under the PSSA, no matter how long she now works as a full time public servant, she will never accumulate the right to additional pension benefits for services provided after August 12, 2015. As of that date, her total pensionable service became capped at 19 years and 161 days combined Canadian Forces service under the CFSA and full-time work under the PSSA. The applicant spent a significant part of her unpaid or partially paid time in the Reserve Forces on maternity leaves and or in respect of childcare responsibilities. The Pension Centre advised the applicant that maternity leave was not pensionable under CFSA and was excluded from her total service in the Reserves. The applicant submitted that it was unreasonable to count her full 28+ years pensionable service in the Reserve Forces against the 35-year cap on pensionable service as a public servant under the PSSA because she did not receive superannuation benefits for her full 28+ years but only for 12+ years. She asked the Court to construe subsection 5(5) of the PSSA to enable her to accrue a full, 35-year pension, by only counting her Canadian Forces service time (12+ years) against the 35-year maximum pensionable service cap in the PSSA.

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision du Centre des pensions du gouvernement du Canada qui a conclu que le service ouvrant droit à pension accumulé par la demanderesse, membre de la Force de réserve des Forces armées canadiennes de 1979 à 2008, sous le régime de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* (LPRFC) était considéré comme une « autre période de service » conformément à l’alinéa 5(5)c) de la *Loi sur la pension de la fonction publique* (LPFP).

La demanderesse a commencé sa carrière dans la fonction publique fédérale au ministère de la Défense nationale en 2009. Le Centre des pensions a conclu que le service de la demanderesse ouvrant droit à pension sous le régime de la LPRFC, qui s’élevait à 28 ans et 88 jours (28 années et plus), était calculé en fonction du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension en vertu de la LPFP. Par conséquent, la demanderesse a cessé d’être admissible à cotiser à sa pension du Régime de retraite de la fonction publique le 12 août 2015, lorsque le total de son service ouvrant droit à pension combiné (en fonction de la durée cumulative) sous le régime de la LPRFC et de la LPFP a atteint 35 ans, conformément au paragraphe 5(3) de la LPFP — même si elle travaillait toujours et continue de travailler dans la fonction publique. Le présent contrôle judiciaire reposait sur le fait que les *prestations de retraite* sous le régime de la LPRFC pour les membres de la Force de réserve sont calculées uniquement en fonction des jours payés ou partiellement payés dans la Réserve (le service dans les Forces canadiennes, ou FC), qui, dans le cas de la demanderesse, totalisent 12 ans et 249 jours (12 années et plus). Ce qui était en cause en l’espèce concernait les droits de la demanderesse à pension sous le régime de la LPFP. La demanderesse souhaitait accumuler le plein droit à pension pour la période où elle travaille dans la fonction publique sous le régime de la LPFP. La demanderesse a fait remarquer que, si elle avait travaillé à temps plein dans la Force de réserve, elle aurait accumulé 35 années complètes de service ouvrant droit à pension en vertu de la LPRFC et de la LPFP combinées à compter du 12 août 2015, et elle aurait eu droit à une pension complète pour 35 années de service à ce moment-là. Au lieu de cela, étant donné que la durée cumulative de son service dans la Force de réserve, soit 28 années et plus, est déduite du plafond de 35 ans en vertu de la LPFP, peu importe combien de temps elle travaille maintenant comme fonctionnaire à temps plein, elle n’accumulera jamais le droit à des prestations de retraite supplémentaires pour des services rendus après le 12 août 2015. À compter de cette date, son service ouvrant droit à pension total a été plafonné à 19 ans et 161 jours combinés de service dans les FC sous le régime de la LPRFC et de travail à temps plein sous le régime de la LPFP. La demanderesse a passé une partie importante de son temps non rémunéré ou partiellement rémunéré dans la Force de réserve en congé de maternité ou à l’égard de ses responsabilités en matière de garde d’enfants. Le Centre des pensions a informé la demanderesse que le congé de maternité n’ouvrait pas

The applicant submitted that the Pension Centre's interpretation creates an absurdity in which civilian public service employees are penalized for longer periods of service in the Reserve Force, despite accumulating 35 years or more of full-time paid work between the military and public service. She also submitted the Pension Centre's interpretation failed to give the legislation a broad and liberal and purposive application that extends the full benefits of the pension scheme to its intended targets, namely those who work and contribute for a full 35 years. The respondent submitted that the Pension Centre's interpretation of "other pensionable service" in subsection 5(5) of the PSSA is reasonable because it accords with its ordinary meaning, and that the plain and ordinary meaning should play a dominant role in its interpretation. The respondent submitted that the applicant's proposed interpretation was inconsistent with the scheme of the pension legislation at issue and, if accepted, may have a serious negative impact on many Reservists and part-time employees.

At issue was whether the Pension Centre's decision was reasonable.

Held, the application should be dismissed.

The applicant did not show that the decision was unreasonable for the purposes of judicial review. The ordinary meaning of subsection 5(3) and paragraph 5(5)(c) of the PSSA is that pensionable service accrued under the CFSA and payable from the Canadian Forces Pension Fund counts against the 35-year maximum accrual under the PSSA. It is clear and unequivocal that the term "other pensionable service" refers to "pensionable service" accrued under the CFSA, which is a calculation based on elapsed time and not just time during which the applicant was paid or partially paid. Other pensionable service per subsections 5(3) and (5) should not be confused with Canadian Forces service time, which is used to calculate an individual's

droit à pension sous le régime de la LPRFC et qu'il était exclu de son service total dans la Force de réserve. La demanderesse a soutenu qu'il était déraisonnable de compter ses 28 années et plus de service ouvrant droit à pension dans la Force de réserve à l'encontre du plafond de 35 ans de service ouvrant droit à pension à titre de fonctionnaire sous le régime de la LPFP, parce qu'elle n'a pas reçu de prestations de retraite pour ses 28 années et plus, mais seulement pour ses 12 années et plus. Elle a demandé à la Cour d'interpréter le paragraphe 5(5) de la LPFP de façon à lui permettre d'accumuler une pension complète pour 35 ans de service, en ne comptant que le temps de service dans les FC (12 années et plus) à l'encontre du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension prévu dans la LPFP. La demanderesse a soutenu que l'interprétation du Centre des pensions crée une absurdité dans laquelle les employés civils de la fonction publique sont pénalisés pour avoir servi plus longtemps au sein de la Force de réserve, et ce, malgré le fait qu'ils ont accumulé 35 années ou plus de travail rémunéré à temps plein entre l'armée et la fonction publique, ce qui est certes le cas lorsqu'un membre de la Force de réserve n'y travaille pas suffisamment pour toucher un plein salaire pendant une certaine période. Elle soutient également que l'interprétation du Centre des pensions ne donne pas à la loi une application large, libérale et téléologique qui offre une pension complète aux personnes censées en bénéficier, soit ceux et celles qui travaillent et cotisent au régime pendant 35 ans. Le défendeur a soutenu que l'interprétation donnée par le Centre des pensions à l'expression « autre période de service » au sens du paragraphe 5(5) de la LPFP est raisonnable, parce qu'elle correspond à son sens ordinaire et que ce sens ordinaire devrait jouer un rôle dominant dans son interprétation. Le défendeur a soutenu que l'interprétation proposée par la demanderesse était incompatible avec le régime de la législation sur les pensions en cause et que, si elle était acceptée, elle pourrait avoir de graves répercussions négatives sur de nombreux réservistes et employés à temps partiel.

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

Jugement : la demande doit être rejetée.

La demanderesse n'a pas démontré que la décision était déraisonnable aux fins du contrôle judiciaire. Le sens ordinaire du paragraphe 5(3) et de l'alinéa 5(5)(c) de la LPFP est que le service ouvrant droit à pension accumulé sous le régime de la LPRFC et payable par la Caisse de retraite des Forces canadiennes est comptabilisé dans la période d'accumulation maximale de 35 ans sous le régime de la LPFP. Il est clair et sans équivoque que le terme « autre période de service » désigne les « années de service ouvrant droit à pension » accumulées au titre de la LPRFC, et que son calcul est fondé sur la durée cumulative et non seulement sur le temps pendant lequel la demanderesse a été rémunérée ou partiellement rémunérée. Il

pension benefit, and which is quite distinct from pensionable service and other pensionable service. The words “other pensionable service” in subsection 5(5) cannot be read as referring to another concept such as “Canadian Forces service or CF service”. If Parliament wished to refer to “Canadian Forces service” in subsections 5(3) or 5(5) of the PSSA, it could easily have said so, as it does elsewhere in both the *Canadian Forces Superannuation Regulations* and the CFSA. In choosing the term “other pensionable service” in subsection 5(3) of the PSSA, and listing the CFSA at subsection 5(5), Parliament had the definition and meaning of “pensionable service” under the CFSA in mind. If Parliament had intended only CF service be counted for the purposes of subsection 5(3), it would have used that term. In designing the scheme as it did, Parliament also appears to have made some trade-offs favourable to persons in the applicant’s position. First, while those in the applicant’s situation may no longer make pension contributions towards a larger pension, their pension related payroll deduction drops from 9 percent of salary to only 1 percent of salary. In addition, the calculation of basic annuity is improved pursuant to section 15. Because pensionable service is used (elapsed time) and not CF service (paid time), an annuity is available sooner. Thus, it cannot be said there is no benefit from having a common definition of pensionable service across the CFSA and PSSA. Notably, the advantages set out here would not be available if pensionable service was calculated based on the much lower paid CF service in the applicant’s case. The applicant’s interpretation meant that the pensionable service of not only all Reservists but also all part-time employees under the PSSA should be reduced to their actual paid time. This would affect many people and the way the scheme has been understood and administered. The applicant’s interpretation would require such part-time employees to have worked for 60 years in order to be eligible to a pension benefit without “penalty” at age 55. This was manifestly absurd. Such a narrow interpretation for essentially “legislative purpose” reasons without doing injustice elsewhere could not be made. Legislative amendment rather than judicial construction was the solution to the issue raised in this case. What the applicant sought had merit provided it could be achieved without injustice elsewhere, and that those like the applicant contributed to the increased benefit they would obtain. The adjustment of the amount of the pension benefit (either under the PSSA or the CFSA Part I) accounts for periods of part-time employment, and reflects the lower contributions that were made to the pension fund. This proportionality principle is also important in the overall purpose of the schemes. While one aspect of the legislative scheme is to permit employees to accrue a 35-year maximum pension, that is not its only or determinative purpose. The applicant did not meet the eligibility requirements as set out by Parliament. To accept the applicant’s submissions would not have been faithful to the clear wording of the provisions at issue.

ne faut pas confondre les autres périodes de service prévues aux paragraphes 5(3) et 5(5) avec le temps de service dans les FC, qui est utilisé pour calculer les *prestations de retraite* d’une personne et qui est très différent du service ouvrant droit à pension et des autres périodes de service. Le terme « autre période de service » au paragraphe 5(5) ne peut pas être interprété comme faisant référence à un autre concept comme le [TRADUCTION] « service accompli dans les Forces canadiennes ». Si le législateur avait voulu faire référence au [TRADUCTION] « service accompli dans les Forces canadiennes » aux paragraphes 5(3) ou 5(5) de la LPPF, il aurait facilement pu le dire, comme il le fait d’ailleurs dans le *Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes* et dans la LPRFC. En choisissant d’employer le terme « autre période de service » au paragraphe 5(3) de la LPPF et en mentionnant la LPRFC au paragraphe 5(5), le législateur avait en tête la définition et la signification de « service ouvrant droit à pension » sous le régime de la LPRFC. Si le législateur avait voulu que seul le service dans les FC soit compté aux fins du paragraphe 5(3), il aurait utilisé ce terme. En concevant le régime comme il l’a fait, le législateur semble également avoir offert des compromis favorables aux personnes dans la position de la demanderesse. Premièrement, même si les personnes dans la situation de la demanderesse ne peuvent plus cotiser en vue d’obtenir une pension plus importante, les retenues salariales liées à la pension passent de 9 p. 100 du salaire à seulement 1 p. 100 du salaire. De plus, le calcul de la pension de base est bonifié par l’article 15. La personne a accès à sa pension plus tôt, étant donné que c’est le service ouvrant droit à pension (durée cumulative) plutôt que le service dans les FC (temps rémunéré) qui est utilisé. On ne peut donc pas dire qu’il n’y a aucun avantage à ce que la LPRFC et la LPPF prévoient une définition commune du service ouvrant droit à pension. Notamment, personne ne pourrait se réclamer des avantages exposés en l’espèce si le service ouvrant droit à pension était calculé en fonction du service rémunéré dans les FC dans le cas de la demanderesse. L’interprétation de la demanderesse signifierait que le service ouvrant droit à pension non seulement de tous les réservistes, mais aussi de tous les employés à temps partiel au titre de la LPPF, devrait être réduit à leur période rémunérée réelle. L’interprétation proposée par la demanderesse exigerait que ces employés à temps partiel aient travaillé pendant 60 ans afin d’être admissibles à une prestation de retraite sans « pénalité » à l’âge de 55 ans, ce qui était manifestement absurde. On ne pouvait donner une interprétation aussi étroite pour des raisons essentiellement liées à l’objet de la loi, sans créer une injustice ailleurs. La solution à la question soulevée en l’espèce passait par une modification législative plutôt que par l’interprétation judiciaire. Ce que la demanderesse demandait avait du mérite, pourvu qu’elle pût l’obtenir sans créer une injustice dans d’autres situations, et que des personnes comme la demanderesse cotisent à la pension accrue qu’elles obtiendraient. Le rajustement du montant des prestations de retraite (en vertu de la LPPF ou de la partie I de la LPRFC) tient compte des périodes d’emploi à temps partiel et reflète les cotisations moins élevées qui ont été versées à la caisse de retraite.

Ce principe de proportionnalité est également important dans l'objectif global des régimes. Même si l'un des aspects du régime législatif est de permettre aux employés d'accumuler une pension maximale correspondant à 35 années de service, ce n'est pas son seul objet, ni son objet déterminant. La demanderesse n'a pas répondu pas aux critères d'admissibilité établis par le législateur. Accepter les observations de la demanderesse n'aurait pas été fidèle au libellé clair des dispositions en cause.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Forces Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. C-17, Parts I, I.1, ss. 6, 15, 16, 18(2),(3).
Canadian Forces Superannuation Regulations, C.R.C., c. 396, s. 3, 12.2(3), 16.6.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.4(1).
Old Age Security Act, R.S.C., 1985, c. O-9.
Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36, ss. 5, 13(1)(c)(i).

CASES CITED

APPLIED:

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

CONSIDERED:

Canada Post Corp v. Canadian Union of Postal Workers, 2019 SCC 67, [2019] 4 S.C.R. 900; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canada (Attorney General) v. Burke*, 2022 FCA 44, [2022] 4 F.C.R. 142.

REFERRED TO:

Proulx v. Canada (Attorney General), 2018 FC 761, 42 C.C.P.B. (2nd) 77; *Landriault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 664, 27 C.C.P.B. (2nd) 140; *Lamarche v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1303, 50 C.C.P.B. (2nd) 196, [2020] 1 F.C.R. D-2; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3, leave to appeal to S.C.C. granted, no. 39855 (March 3, 2022).

APPLICATION for judicial review of a decision by the Pension Centre determining that the applicant's pensionable service accumulated under the *Canadian Forces Superannuation Act* qualifies as "other pensionable service" pursuant to paragraph 5(5)(c) of the *Public Service Superannuation Act*. Application dismissed.

LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes, L.R.C. (1985), ch. C-17, parties I, I.1, art. 6, 15, 16, 18(2),(3).
Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes, C.R.C., ch. 396, art. 3, 12.2(3), 16.6.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.4(1).
Loi sur la sécurité de la vieillesse, L.R.C. (1985), ch. O-9.
Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36, art. 5, 13(1)(c)(i).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

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

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes, 2019 CSC 67, [2019] 4 R.C.S. 900; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Procureur général) c. Burke*, 2022 CAF 44, [2022] 4 R.C.F. 142

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Proulx c. Canada (Procureur général), 2018 CF 761; *Landriault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 664; *Lamarche c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1303, [2020] 1 R.C.F. F-2; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, dossier n° 39855 (3 mars 2022).

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Centre des pensions du gouvernement du Canada qui a conclu que le service ouvrant droit à pension accumulé par la demanderesse, membre de la Force de réserve des Forces armées canadiennes de 1979 à 2008, sous le régime de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes* est considéré comme une « autre période de service » conformément à l'alinéa 5(5)c) de la *Loi sur la pension de la fonction publique*. Demande rejetée.

APPEARANCES

Zachary Rodgers for applicant.
Charles Maher for respondent.

ONT COMPARU :

Zachary Rodgers pour la demanderesse.
Charles Maher pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

RavenLaw LLP, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

RavenLaw LLP/s.r.l., Ottawa, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

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

BROWN J.:

LE JUGE BROWN :

I. Nature of the matterI. Nature de l'affaire

[1] This is an application for judicial review of a decision by the Government of Canada Pension Centre (Pension Centre), dated August 26, 2021 (Decision). The applicant is now a federal public servant and for pension purposes is now subject to the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36 (PSSA). However, before joining the public service she completed lengthy service in the Canadian Armed Forces' Reserve Force (Reserve Force) where for pension purposes she was subject to the *Canadian Forces Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. C-17 (CFSA).

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Centre des pensions du gouvernement du Canada (le Centre des pensions), datée du 26 août 2021 (la décision contestée). La demanderesse est maintenant une fonctionnaire fédérale et, aux fins de la pension, elle est maintenant assujettie à la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36 (la LPFP). Toutefois, avant de se joindre à la fonction publique, elle a servi longuement dans la Force de réserve des Forces armées canadiennes (la Force de réserve), où, aux fins de la pension, elle était assujettie à la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-17 (la LPRFC).

[2] The Pension Centre determined the applicant's pensionable service accumulated under the CFSA qualifies as "other pensionable service" pursuant to paragraph 5(5)(c) of the PSSA. The Pension Centre therefore determined her CFSA pensionable service, amounting to 28 years and 88 days (28+ years), counted against the 35-year maximum accrual of pensionable service under the PSSA. As a result she ceased to be eligible to contribute to her Public Service Pension Plan pension on August 12, 2015, when her total combined pensionable service (based on elapsed time) under both the CFSA and PSSA reached 35 years, pursuant to subsection 5(3) of the PSSA—notwithstanding she was still working and continues to work in the public service.

[2] Le Centre des pensions a conclu que le service ouvrant droit à pension accumulé par la demanderesse sous le régime de la LPRFC est considéré comme une « autre période de service » conformément à l'alinéa 5(5)c) de la LPFP. Le Centre des pensions a donc conclu que son service ouvrant droit à pension sous le régime de la LPRFC, qui s'élevait à 28 ans et 88 jours (28 années et plus), était calculé en fonction du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension en vertu de la LPFP. Par conséquent, elle a cessé d'être admissible à cotiser à sa pension du Régime de retraite de la fonction publique le 12 août 2015, lorsque le total de son service ouvrant droit à pension combiné (en fonction de la durée cumulative) sous le régime de la LPRFC et de la LPFP a atteint 35 ans, conformément au paragraphe 5(3) de la LPFP — même si elle travaillait toujours et continue de travailler dans la fonction publique.

[3] Underlying this judicial review is the fact that *pension benefits* under the CFSA for Reserve Force Members are calculated based only on paid or part paid days in the Reserves (Canadian Forces service, or CF service), which in her case total 12 years and 249 days (12+ years). On the other hand, her *pensionable service* in the Reserve Force was calculated on an elapsed time basis, which included not only her paid time, but also the time when she was partially paid, and time she was not paid at all—totaling 28 years and 88 days (28+ years).

[4] It is not disputed the applicant's pensionable service and CF service under the CFSA are now fixed and are no longer subject to change. She elected to and is now receiving an annual allowance under the CFSA in respect of her work in the Reserve Forces. Her annual allowance is calculated on the basis of CF service, that is, the time she was paid or partially paid in the Reserves. To be clear, her CFSA pension benefit is not calculated on her—far longer—pensionable service with the Reserves.

[5] What is in issue now concerns her pension entitlements under the PSSA. The applicant wishes to accumulate full pension credit for the time she works in the public service under the PSSA. I understood her counsel to confirm she is prepared to pay for that additional accumulation by way of contributions to the PSSA in the same way other public servants contribute to the PSSA.

[6] The applicant notes that if she had worked full time in the Reserves she would have earned a full 35 years of pensionable service under the combined CFSA and PSSA as of August 12, 2015, and would have been entitled to receive a full 35-year pension at that time (albeit possibly reduced due to her age and when it is paid).

[3] Le présent contrôle judiciaire repose sur le fait que les prestations de retraite sous le régime de la LPRFC pour les membres de la Force de réserve sont calculées uniquement en fonction des jours payés ou partiellement payés dans la Réserve (le service dans les Forces canadiennes, ou FC), qui, dans son cas, totalisent 12 ans et 249 jours (12 années et plus). Par ailleurs, son service ouvrant droit à pension dans la Force de réserve a été calculé en fonction de la durée cumulative, ce qui comprenait non seulement son temps rémunéré, mais aussi le temps pendant lequel elle était partiellement rémunérée et celui pendant lequel elle n'était pas rémunérée du tout, pour un total de 28 ans et 88 jours.

[4] Il n'est pas contesté que le service ouvrant droit à pension de la demanderesse et le service dans les FC sous le régime de la LPRFC sont maintenant fixes et ne peuvent plus être modifiés. Elle a choisi de recevoir une allocation annuelle en vertu de la LPRFC pour son travail dans la Force de réserve. Son allocation annuelle est calculée en fonction du service dans les FC, c'est-à-dire le temps pour lequel elle a été rémunérée ou partiellement rémunérée dans la Réserve. Il est entendu que ses prestations de retraite sous le régime de la LPRFC ne sont pas calculées en fonction de son service ouvrant droit à pension dans la Force de réserve, qui est beaucoup plus long.

[5] Ce qui est en cause en l'espèce concerne ses droits à pension sous le régime de la LPFP. La demanderesse souhaite accumuler le plein droit à pension pour la période où elle travaille dans la fonction publique sous le régime de la LPFP. J'ai cru comprendre que son avocat a confirmé qu'elle était prête à payer pour cette accumulation de droits supplémentaires en effectuant des cotisations au titre de la LPFP, comme le font les autres fonctionnaires.

[6] La demanderesse fait remarquer que, si elle avait travaillé à temps plein dans la Force de réserve, elle aurait accumulé 35 années complètes de service ouvrant droit à pension en vertu de la LPRFC et de la LPFP combinées à compter du 12 août 2015, et elle aurait eu droit à une pension complète pour 35 années de service à ce moment-là (bien qu'elle puisse être réduite en raison de son âge et du moment où elle est payée).

[7] Instead, because the entirety of her 28+ years' total elapsed service with the Reserve Forces is deducted from the 35-year cap under the PSSA, no matter how long she now works as a full-time public servant, she will never accumulate the right to additional pension benefits for services provided after August 12, 2015. As of that date, her total pensionable service became capped at 19 years and 161 days combined CF service under the CFSA and full-time work under the PSSA: 12 years and 249 days CF service (paid and part-paid work) under the CFSA plus 5 years and 272 days of full-time work under the PSSA.

[8] Notably, the evidence is that the applicant spent what appears to be a significant part of her unpaid or partially paid time in the Reserve Forces on maternity leaves and or in respect of childcare responsibilities. The evidence is that the Pension Centre advised the applicant that maternity leave was not pensionable under CFSA and was excluded from her total service in the Reserves.

[9] The applicant submits it is unreasonable to count her full 28+ years' pensionable service in the Reserve Forces against the 35-year cap on pensionable service as a public servant under the PSSA because she did not receive superannuation benefits for her full 28+ years but only for 12+ years, i.e., only her paid CF service.

[10] The applicant asks the Court to construe subsection 5(5) of the PSSA to enable her to accrue a full, 35-year pension, by only counting her CF service time (12+ years) against the 35-year maximum pensionable service cap in the PSSA. While she is planning to retire soon, this construction would enable her to continue to contribute to her pension for so long as she is working, whereas at present she cannot do so because she reached the 35-year cap on pensionable service in 2015.

[7] Au lieu de cela, étant donné que la durée cumulative de son service dans la Force de réserve, soit 28 années et plus, est déduite du plafond de 35 ans en vertu de la LPFP, peu importe combien de temps elle travaille maintenant comme fonctionnaire à temps plein, elle n'accumulera jamais le droit à des prestations de retraite supplémentaires pour des services rendus après le 12 août 2015. À compter de cette date, son service ouvrant droit à pension total a été plafonné à 19 ans et 161 jours combinés de service dans les FC sous le régime de la LPRFC et de travail à temps plein sous le régime de la LPFP : 12 ans et 249 jours de service dans les FC (travail rémunéré et partiellement rémunéré) sous le régime de la LPRFC, plus 5 ans et 272 jours de travail à temps plein sous le régime de la LPFP.

[8] Fait intéressant, la preuve démontre que la demanderesse a passé ce qui semble être une partie importante de son temps non rémunéré ou partiellement rémunéré dans la Force de réserve en congé de maternité ou à l'égard de ses responsabilités en matière de garde d'enfants. La preuve indique que le Centre des pensions a informé la demanderesse que le congé de maternité n'ouvrait pas droit à pension sous le régime de la LPRFC et qu'il était exclu de son service total dans la Force de réserve.

[9] La demanderesse soutient qu'il est déraisonnable de compter ses 28 années et plus de service ouvrant droit à pension dans la Force de réserve à l'encontre du plafond de 35 ans de service ouvrant droit à pension à titre de fonctionnaire sous le régime de la LPFP, parce qu'elle n'a pas reçu de prestations de retraite pour ses 28 années et plus, mais seulement pour ses 12 années et plus, soit son service rémunéré dans les FC.

[10] La demanderesse demande à la Cour d'interpréter le paragraphe 5(5) de la LPFP de façon à lui permettre d'accumuler une pension complète pour 35 ans de service, en ne comptant que le temps de service dans les FC (12 années et plus) à l'encontre du maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension prévu dans la LPFP. Même si elle prévoit prendre sa retraite bientôt, cette interprétation lui permettrait de continuer à cotiser à son régime de retraite tant qu'elle travaille, alors qu'à l'heure actuelle, elle ne peut pas le faire parce qu'elle a atteint le plafond de 35 ans de service ouvrant droit à pension en 2015.

[11] The applicant submits the Pension Centre’s interpretation creates an absurdity in which civilian public service employees are penalized for longer periods of service in the Reserve Force, despite accumulating 35 years or more of full-time paid work between the military and public service—which is certainly true where a Reserve Force Member works for less than full pay for a period of time. She also submits the Pension Centre’s interpretation fails to give the legislation a broad and liberal and purposive application that extends the full benefits of the pension scheme to its intended targets, namely those who work and contribute for a full 35 years. She submits that whereas the purpose of both pension plans is to afford a pension benefit to civilian and military public servants up to a 35-year maximum, the Pension Centre’s interpretation prevents the applicant from accruing a 35-year pension. She says this Court’s intervention is required to correct this unreasonable interpretation.

[12] The respondent submits the Pension Centre’s interpretation of “other pensionable service” in subsection 5(5) of the PSSA is reasonable because it accords with its ordinary meaning, and that the plain and ordinary meaning should play a dominant role in its interpretation. The respondent submits the applicant’s proposed interpretation—that pensionable service must mirror a contributor’s actual paid days (in her case her CF service days)—is inconsistent with the scheme of the pension legislation at issue and, if accepted, may have a serious negative impact on many Reservists and part-time employees.

II. Background Facts

[13] Since at least 1959, service in the Regular Forces has entitled Regular Force Members (Army, Navy, RCAF, etc.) to a pension benefit under the CFSA Part I. This defined benefit plan is governed by the *Canadian Forces Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 396 (CFSR).

[11] La demanderesse soutient que l’interprétation du Centre des pensions crée une absurdité dans laquelle les employés civils de la fonction publique sont pénalisés pour avoir servi plus longtemps au sein de la Force de réserve, et ce, malgré le fait qu’ils ont accumulé 35 années ou plus de travail rémunéré à temps plein entre l’armée et la fonction publique, ce qui est certes le cas lorsqu’un membre de la Force de réserve n’y travaille pas suffisamment pour toucher un plein salaire pendant une certaine période. Elle soutient également que l’interprétation du Centre des pensions ne donne pas à la loi une application large, libérale et téléologique qui offre une pension complète aux personnes censées en bénéficier, soit ceux et celles qui travaillent et cotisent au régime pendant 35 ans. Elle soutient que, bien que le but des deux régimes de pension soit d’offrir des prestations de retraite aux fonctionnaires civils et militaires en fonction d’un maximum de 35 ans de service, l’interprétation du Centre des pensions empêche la demanderesse d’accumuler une pension pour 35 ans de service. Elle affirme que l’intervention de la Cour est nécessaire pour corriger cette interprétation déraisonnable.

[12] Le défendeur soutient que l’interprétation donnée par le Centre des pensions à l’expression « autre période de service » au sens du paragraphe 5(5) de la LPFP est raisonnable, parce qu’elle correspond à son sens ordinaire et que ce sens ordinaire devrait jouer un rôle dominant dans son interprétation. Le défendeur soutient que l’interprétation proposée par la demanderesse — à savoir que le service ouvrant droit à pension doit refléter les jours réels de rémunération d’un cotisant (dans son cas, ses jours de service dans les FC) — est incompatible avec le régime de la législation sur les pensions en cause et que, si elle est acceptée, elle pourrait avoir de graves répercussions négatives sur de nombreux réservistes et employés à temps partiel.

II. Le contexte factuel

[13] Depuis au moins 1959, les membres de la Force régulière (Armée de terre, Marine, ARC, etc.) ont droit à des prestations de retraite en vertu de la partie I de la LPRFC. Ce régime à prestations déterminées est régi par le *Règlement sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, C.R.C., ch. 396 (le RPRFC).

[14] Prior to March 1, 2007, only Regular Force Members were included in this plan. Reservists were excluded from coverage, and indeed had no comparable pension plan within the CFSA. On 1 March 2007, the CFSA Part I.1 came into force, which created the Reserve Force Pension Plan as a defined benefit plan.

[15] Importantly, other changes within the CFSA Part I came into force permitting some Reserve Force Members—including the applicant—to become CFSA Part I contributors if certain service and/or earnings criteria were met. The applicant elected to participate in the CFSA Part I pension plan known as the Regular Force Pension Plan.

[16] Further changes to both the CFSA Part I and Part I.1 allowed Reservists—such as the applicant—who met the eligibility criteria to “buy back” previous years of service into whichever plan of which they were a member, in this case the CFSA Part I plan. Specifically, CFSA Part I contributors like the applicant may buy back past service up to a maximum of 35 years cumulative with any other pensionable service they may have in the PSSA. This mechanism generally enables Reserve Force Members to both obtain a larger benefit and to enable them to meet certain other requirements and thresholds sooner than other contributors.

A. The applicant’s time in the Reserve Force and her CFSA buyback and benefits

[17] From 1979 until 2008, the applicant was a Reserve Force Member of the Canadian Armed Forces (Reserve Force Member).

[18] Following the coming into force of the changes on March 1, 2007, the applicant became a contributor to the CFSA pension plan. On February 21, 2010, she elected to buy back her Reserve Force service under the CFSA (from

[14] Avant le 1^{er} mars 2007, seuls les membres de la Force régulière étaient inclus dans ce régime. Les réservistes ne pouvaient en bénéficier et la LPRFC ne prévoyait pas un régime de pension comparable. Le 1^{er} mars 2007, la partie I.1 de la LPRFC est entrée en vigueur, dans laquelle était créé le Régime de pension de la Force de réserve, un régime à prestations déterminées.

[15] Il est important de noter que d’autres changements apportés à la partie I de la LPRFC ont permis à certains membres de la Force de réserve — y compris la demanderesse — de devenir des cotisants au titre de la partie I de la LPRFC si certains critères de service ou de rémunération étaient respectés. La demanderesse a choisi de participer au régime de retraite de la partie I de la LPRFC, connu sous le nom de Régime de retraite de la Force régulière.

[16] D’autres changements apportés à la partie I et à la partie I.1 de la LPRFC ont permis aux réservistes — comme la demanderesse — qui répondaient à certains critères d’admissibilité de « racheter » leurs années de service antérieures dans le régime auquel ils participaient, en l’occurrence le régime de la partie I de la LPRFC. Plus précisément, les cotisants au titre de la partie I de la LPRFC, comme la demanderesse, peuvent racheter du service antérieur jusqu’à concurrence de 35 années cumulatives avec tout autre service ouvrant droit à pension qu’ils peuvent avoir dans la LPFP. Ce mécanisme permet généralement aux membres de la Force de réserve d’obtenir des prestations plus importantes et de satisfaire à d’autres exigences et seuils plus rapidement que les autres cotisants.

A. La période de service de la demanderesse dans la Force de réserve et rachat et prestations en vertu de la LPRFC

[17] De 1979 à 2008, la demanderesse était membre de la Force de réserve des Forces armées canadiennes.

[18] À la suite de l’entrée en vigueur des modifications le 1^{er} mars 2007, la demanderesse est devenue une cotisante au régime de retraite de la LPRFC. Le 21 février 2010, elle a choisi de racheter son service dans la Force

1979 to March 1, 2007). Her buyback was comprised of 27 years and 56 days elapsed time of pensionable service under the CFSA. Of this, 12 years and 249 days counted as CF service, which is service for which she was paid or partially paid. She also accumulated additional elapsed time of 1 year and 32 days of pensionable service between March 1, 2007 and March 31, 2008, as an active (as opposed to Reserve Force) contributor under the CFSA.

[19] Her total CFSA pensionable service was therefore 28 years 88 days (28+ years). However, her pension benefits under the CFSA were calculated and based on the days and partial days in respect of which payment was authorized for her, that is, paid and partially paid days; these days are referred to as Canadian Forces service days or CF service days. The applicant's CF service days total 12 years and 249 days (12+ years). The quantum of these calculations are not in dispute.

[20] As noted, the applicant elected under the CFSA to receive an annual allowance with immediate effect. This annual allowance has been paid to her since her election in 2010, with a reduction because of her age at the time payments started.

B. The applicant's time in the public service and her PSSA benefits

[21] In 2009, the applicant began her career in the federal public service with the Department of National Defence. On November 14, 2009, she started contributing towards pension benefits under the PSSA. On July 31, 2010, she elected to buy back her prior public service under the PSSA from September 15, 2008, to November 14, 2009 (1 year and 5 days).

[22] As early as December 2013, the Pension Centre advised the applicant she would reach 35 years of pensionable service on August 12, 2015, counting her pensionable

de réserve en vertu de la LPRFC (de 1979 au 1^{er} mars 2007). Son rachat comprenait 27 ans et 56 jours de service ouvrant droit à pension au titre de la LPRFC. De ce nombre, 12 ans et 249 jours, soit le service pour lequel elle fut rémunérée ou partiellement rémunérés, sont comptés comme service dans les FC. Elle a également accumulé une période supplémentaire d'un an et 32 jours de service ouvrant droit à pension entre le 1^{er} mars 2007 et le 31 mars 2008 à titre de cotisante active (plutôt que de cotisante de la Force de réserve) sous le régime de la LPRFC.

[19] Son service ouvrant droit à pension total sous le régime de la LPRFC était donc de 28 ans et 88 jours. Cependant, ses prestations de retraite sous le régime de la LPRFC ont été calculées en fonction des jours et des jours partiels à l'égard desquels le paiement a été autorisé à son égard, c'est-à-dire les jours rémunérés et partiellement rémunérés; ces jours sont appelés jours de service dans les Forces canadiennes ou jours de service dans les FC. Les jours de service de la demanderesse dans les FC totalisent 12 ans et 249 jours. Le montant découlant de ces calculs n'est pas contesté.

[20] Comme il a été mentionné, la demanderesse a choisi de recevoir une allocation annuelle avec effet immédiat en vertu de la LPRFC. Cette allocation annuelle lui est versée depuis qu'elle a fait son choix en 2010, avec une réduction en raison de son âge au moment où les paiements ont commencé.

B. La période passée par la demanderesse et ses prestations au titre de la LPFP

[21] En 2009, la demanderesse a commencé sa carrière dans la fonction publique fédérale au ministère de la Défense nationale. Le 14 novembre 2009, elle a commencé à cotiser à un régime de retraite sous le régime de la LPFP. Le 31 juillet 2010, elle a choisi de racheter son service antérieur dans la fonction publique du 15 septembre 2008 au 14 novembre 2009 (1 année et 5 jours) en vertu de la LPFP.

[22] Dès décembre 2013, le Centre des pensions a informé la demanderesse qu'elle atteindrait 35 années de service ouvrant droit à pension le 12 août 2015, en comptant

service accrued under the CFSA (28 years and 88 days) and her pensionable service under the PSSA, assuming she continued to work full time as a civilian at DND until then.

[23] On May 25, 2017, the Pension Centre wrote the applicant advising her that as of August 12, 2015, she could no longer contribute to her PSSA Public Service Pension Plan pension because she had reached the combined maximum 35 years of pensionable service allowed under the CFSA and PSSA plans.

[24] Counsel for the applicant wrote to the Pension Centre on four occasions requesting clarification of her pension entitlements. In letters dated November 19 and 20, 2019, October 7, 2020, and March 4, 2021, the Pension Centre explained the applicant accumulated 28 years and 88 days (28+ years) of pensionable service under the CFSA, which is the total of the current service and the elected service under CFSA Part I, that is, service when she was paid, when she was partially paid and time when she was not paid at all (elapsed time). That said, the *pension benefit* she receives and the cost of her election were adjusted to reflect only fully or partially paid days of work rather than the total amount of time (elapsed time or pensionable time) she spent in the Reserve Force.

[25] Pursuant to the applicable provisions including subsections 5(5) and 5(3) of the PSSA, the Pension Centre counted all of her pensionable service accrued under the CFSA as “other pensionable service” under subsection 5(5) of the PSSA.

[26] On June 29, 2021, the applicant made submissions to the Pension Centre for reconsideration. By letter dated August 26, 2021 (actually July 26, 2021), the Pension Centre maintained its decision, which forms the subject matter of this application for judicial review. At issue are the parties’ different interpretations of subsection 5(5) of

son service ouvrant droit à pension accumulé sous le régime de la LPRFC (28 ans et 88 jours) et son service ouvrant droit à pension sous le régime de la LPFP, en supposant qu’elle ait continué de travailler à temps plein comme employée civile du MDN jusqu’à ce moment-là.

[23] Le 25 mai 2017, le Centre des pensions a écrit à la demanderesse pour l’informer qu’à compter du 12 août 2015, elle ne pourrait plus cotiser au Régime de pension de retraite de la fonction publique prévu par la LPFP, parce qu’elle avait atteint le maximum combiné de 35 années de service ouvrant droit à pension permis en vertu des régimes de la LPRFC et de la LPFP.

[24] L’avocat de la demanderesse a écrit quatre fois au Centre des pensions pour demander des précisions sur les droits à pension de sa cliente. Dans des lettres datées des 19 et 20 novembre 2019, du 7 octobre 2020 et du 4 mars 2021, le Centre des pensions a expliqué que la demanderesse avait accumulé 28 années et 88 jours (28 années et plus) de service ouvrant droit à pension sous le régime de la LPRFC, soit le total du service courant et du service racheté en vertu de la partie I de la LPRFC, qui comprend le service pour lequel où elle a été rémunérée, le service pour lequel elle a été partiellement rémunérée et la période de temps pour laquelle elle n’a pas été rémunérée du tout (durée cumulative). Cela dit, les prestations de retraite qu’elle reçoit et le coût de son choix ont été rajustés pour tenir compte seulement des jours de travail entièrement ou partiellement rémunérés plutôt que du temps total (durée cumulative ou temps ouvrant droit à pension) qu’elle a passé dans la Force de réserve.

[25] Conformément aux dispositions applicables, y compris les paragraphes 5(5) et 5(3) de la LPFP, le Centre des pensions a compté tout le service ouvrant droit à pension accumulé sous le régime de la LPRFC comme « autre période de service » au titre du paragraphe 5(5) de la LPFP.

[26] Le 29 juin 2021, la demanderesse a présenté des observations au Centre des pensions aux fins de réexamen. Dans une lettre datée du 26 août 2021 (en fait le 26 juillet 2021), le Centre des pensions a confirmé sa décision, laquelle fait maintenant l’objet de la présente demande de contrôle judiciaire. Le litige a trait aux différentes

the PSSA and specifically their differing interpretations of “other pensionable service”.

III. Decision under review

[27] The entirety of the Pension Centre’s Decision is:

This is in response to your letter dated July 8, 2021, regarding Ms. Patterson’s buyback of prior Reserve Force service in the Canadian Forces pension plan and the effect of that buyback is having on her eligibility to continue to accrue service under the Public Service pension plan.

I would like to assure you that within the Pension Centre’s process of determining Ms. Patterson’s 35 year date, the pension legislation was applied correctly as directed by the Canadian Forces and public service pension plan sponsors. Regrettably, the application of these provisions is not a matter over which any discretion can be exercised regardless of the circumstances of the case.

That said, we have taken the liberty of sharing a copy of your correspondence with the plan sponsors, the Department of National Defence and the Treasury Board Secretariat, for their consideration as part of any legislative review exercise.

IV. Issues

[28] The only issue is whether the Decision is reasonable.

V. Standard of Review

[29] Both the applicant the respondent submit the standard is reasonableness for decisions of the Pension Centre: *Proulx v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 761, 42 C.C.P.B. (2nd) 77, at paragraph 25; *Landriault v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 664, 27 C.C.P.B. (2nd) 140 (per Strickland J.), at paragraph 16; *Lamarche v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 1303, 50 C.C.P.B. (2nd) 196, [2020] 1 F.C.R. D-2 (per Southcott J.), at paragraphs 25–26.

interprétations des parties du paragraphe 5(5) de la LPPF et, plus précisément, aux différentes interprétations de l’expression « autre période de service » sont en cause.

III. La décision faisant l’objet du présent contrôle judiciaire

[27] La décision complète du Centre des pensions est la suivante :

[TRADUCTION] La présente fait suite à votre lettre datée du 8 juillet 2021 concernant le rachat par M^{me} Patterson de service antérieur dans la Force de réserve dans le cadre du régime de pension des Forces canadiennes et l’effet de ce rachat sur son admissibilité à continuer d’accumuler du service sous le régime du Régime de retraite de la fonction publique.

Je tiens à vous assurer que, dans le cadre du processus du Centre des pensions visant à établir la date à laquelle M^{me} Patterson a atteint 35 années de service, la législation sur les pensions a été appliquée correctement, conformément aux directives des promoteurs des régimes de retraite de la fonction publique et des Forces canadiennes. Malheureusement, l’application de ces dispositions n’est pas une question sur laquelle un pouvoir discrétionnaire peut être exercé, quelles que soient les circonstances de l’affaire.

Cela dit, nous avons pris la liberté de transmettre une copie de votre correspondance aux promoteurs du régime, au ministère de la Défense nationale et au Secrétariat du Conseil du Trésor, pour qu’ils en tiennent compte dans le cadre de tout exercice d’examen législatif.

IV. Les questions en litige

[28] La seule question en litige consiste à savoir si la décision contestée était raisonnable.

V. La norme de contrôle

[29] La demanderesse et le défendeur soutiennent tous deux que les décisions du Centre des pensions doivent être examinées au regard de la norme de la décision raisonnable : *Proulx c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 761, au paragraphe 25; *Landriault c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 664 (la juge Strickland), au paragraphe 16; *Lamarche c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 1303, [2020] 1 R.C.F. F-2 (le juge Southcott), aux paragraphes 25 et 26.

[30] This case is one of statutory interpretation. The parties, quite properly in my view, approached this case in oral argument on the following basis (as submitted by the applicant):

32. In *Vavilov*, the Supreme Court recognized that when reviewing a statutory interpretation decision made by an administrative decision maker, it is possible that the scope of reasonable outcomes available to the decision maker is considerably narrower than what could be expected when the decision maker is tasked with applying the law to certain facts:

[E]ven though the task of a court conducting a reasonableness review is not to perform a de novo analysis or to determine the “correct” interpretation of a disputed provision, it may sometimes become clear in the course of reviewing a decision that the interplay of text, context and purpose leaves room for a single reasonable interpretation of the statutory provision, or aspect of the statutory provision, ... it would serve no useful purpose in such a case to remit the interpretative question to the original decision maker. Even so, a court should generally pause before definitively pronouncing upon the interpretation of a provision entrusted to an administrative decision maker.

Vavilov, *supra* at para 124, AAR Vol III, Tab 15.

33. Administrative decision makers such as the Pension Centre are thus constrained by the text, context and purpose of the legislation they are called on to interpret. In this case, the Pension Centre interpreted the text of section 5 of the PSSA, in the context of its interaction with the CFSA and the regulations promulgated thereunder. In examining the degree of constraint imposed on administrative decision makers, courts look to the statute itself in order to assess the degree of discretion the decision maker is entitled to in its interpretation. A reviewing court looks to the statute to determine whether it provides “broad statutory wording that is capable of an array of meanings” or “specific methodologies and strict language ... like recipes that must be followed.”

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2020 FCA 100, AAR Vol III, Tab 17.

[30] Il s’agit d’un cas d’interprétation des lois. Les parties, à juste titre à mon avis, ont abordé la présente affaire de la façon suivante de la façon suivante (présentée par la demanderesse) :

[TRADUCTION] 32. Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a reconnu que, lorsqu’elle examine une décision d’interprétation des lois rendue par un décideur administratif, il est possible que l’éventail des issues raisonnables à la disposition du décideur soit beaucoup plus restreint que ce à quoi l’on pourrait s’attendre lorsque le décideur est chargé d’appliquer la loi à certains faits :

[...] [M]ême si la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable ne doit pas procéder à une analyse de novo ni déterminer l’interprétation « correcte » d’une disposition contestée, il devient parfois évident, lors du contrôle de la décision, que l’interaction du texte, du contexte et de l’objet ouvrent la porte à une seule interprétation raisonnable de la disposition législative en cause ou de l’aspect contesté de celle-ci [...] il ne servirait à rien de renvoyer la question de l’interprétation au décideur initial en pareil cas. Par contre, les cours de justice devraient généralement hésiter à se prononcer de manière définitive sur l’interprétation d’une disposition qui relève de la compétence d’un décideur administratif.

Vavilov, précité, au para 124, dossier de la demande de la demanderesse Vol III, onglet 15.

33. Les décideurs administratifs comme le Centre des pensions sont donc limités par le texte, le contexte et l’objet de la législation qu’ils sont appelés à interpréter. Dans la présente affaire, le Centre des pensions a interprété le libellé de l’article 5 de la LPFP dans le contexte de son interaction avec la LPRFC et les règlements promulgués en vertu de celle-ci. Lorsqu’ils examinent le degré de contrainte imposé aux décideurs administratifs, les tribunaux examinent la loi elle-même afin d’évaluer la teneur du pouvoir discrétionnaire dont le décideur dispose dans son interprétation. Une cour de révision examine la loi pour établir si elle fournit un « libellé plus général qui peut avoir plusieurs sens » ou « une méthode précise et [un libellé] strict [...] [qui ressemblent] à une méthode contraignante qu’il faut suivre. »

Entertainment Software Association c Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2020 CAF 100, dossier de la demande de la demanderesse Vol III, onglet 17.

34. The Supreme Court of Canada has held on multiple occasions that only one reasonable answer was available to the question of legislative interpretation raised by an administrative decision. [Court comment: The Federal Court of Appeal held to the same effect in *Canada (Citizenship and Immigration) v Huruglica*, 2016 FCA 93].

See e.g. *Canada (Canadian Human Rights Commission) v Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53 at para 64, AAR Vol III, Tab 14; *Wilson v British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47 at para 25, AAR Vol III, Tab 23.

[31] In addition, see *Canada (Citizenship and Immigration) v Mason*, 2021 FCA 156, [2022] 1 F.C.R. 3 (per Stratas J.A., Rennie and MacTavish JJ.A. concurring) at paragraphs 16–19, leave to appeal to Supreme Court of Canada granted, file no. 39855 (March 3, 2022). That appeal awaits a hearing by the Supreme Court of Canada in the fall of 2022; I was not asked to defer consideration until the Supreme Court’s reasons are delivered, which in any event is not likely until the spring, summer or later in 2023. I will make my decision now having regard to the provisions of subsection 18.4(1) [of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7], which requires judgments of this Court to be issued “without delay and in a summary way”. Regarding reasonableness, in *Canada Post Corp v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, [2019] 4 S.C.R. 900, issued at the same time as the Supreme Court of Canada’s decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), the majority per Justice Rowe explains what is required for a reasonable decision, and what is required of a court reviewing on the reasonableness standard [at paragraphs 31–33]:

A reasonable decision is “one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, at para. 85). Accordingly, when conducting reasonableness review “[a] reviewing court must begin its inquiry into the reasonableness of a decision by examining the reasons provided with ‘respectful

34. La Cour suprême du Canada a conclu à plusieurs reprises qu’il n’existe qu’une seule réponse raisonnable à la question de l’interprétation des lois soulevée par une décision administrative. [Commentaire de la Cour : La Cour d’appel fédérale a tiré la même conclusion dans l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Huruglica*, 2016 CAF 93].

Voir p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, au para 64, dossier de la demande de la demanderesse Vol III, onglet 14; *Wilson c Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, au para 25, dossier de la demande de la demanderesse Vol III, onglet 23.

[31] De plus, voir l’arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason*, 2021 CAF 156, [2022] 1 R.C.F. 3 (le juge Stratas, les juges Rennie et MacTavish souscrivant aux motifs) aux paragraphes 16 à 19, autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada accordée, dossier n° 39855 (3 mars 2022). Cet appel sera instruit à l’automne 2022; on ne m’a pas demandé de reporter l’examen de la présente affaire jusqu’à ce que les motifs de la Cour suprême soient rendus, ce qui, de toute façon, ne sera probablement pas avant le printemps ou 2023, voir même après cela. Je vais maintenant rendre ma décision en tenant compte des dispositions du paragraphe 18.4(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7], qui obligent la Cour fédérale à statuer « à bref délai et selon une procédure sommaire ». En ce qui concerne le caractère raisonnable, dans l’arrêt *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, [2019] 4 R.C.S. 900, rendu en même temps que l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), le juge Rowe, s’exprimant pour les juges majoritaires, explique ce sur quoi une décision raisonnable doit être fondée et ce que la cour de révision doit examiner lorsqu’elle procède au contrôle selon la norme de la décision raisonnable [aux paragraphes 31 à 33] :

La décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, par. 85). Par conséquent, lorsqu’elle procède au contrôle d’une décision selon la norme de la décision raisonnable, « une cour de révision doit d’abord examiner les motifs donnés avec “une

attention’ and seeking to understand the reasoning process followed by the decision maker to arrive at [the] conclusion” (*Vavilov*, at para. 84, quoting *Dunsmuir*, at para. 48). The reasons should be read holistically and contextually in order to understand “the basis on which a decision was made” (*Vavilov*, at para. 97, citing *Newfoundland Nurses*).

A reviewing court should consider whether the decision as a whole is reasonable: “... what is reasonable in a given situation will always depend on the constraints imposed by the legal and factual context of the particular decision under review” (*Vavilov*, at para. 90). The reviewing court must ask “whether the decision bears the hallmarks of reasonableness — justification, transparency and intelligibility — and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at para. 99, citing *Dunsmuir*, at paras. 47 and 74, and *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 13).

Under reasonableness review, “[t]he burden is on the party challenging the decision to show that it is unreasonable” (*Vavilov*, at para. 100). The challenging party must satisfy the court “that any shortcomings or flaws relied on ... are sufficiently central or significant to render the decision unreasonable” (*Vavilov*, at para. 100). [Emphasis added.]

[32] Moreover, *Vavilov* requires the reviewing court to assess whether the decision subject to judicial review meaningfully grapples with the key issues [at paragraph 128]:

Reviewing courts cannot expect administrative decision makers to “respond to every argument or line of possible analysis” (*Newfoundland Nurses*, at para. 25), or to “make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion” (para. 16). To impose such expectations would have a paralyzing effect on the proper functioning of administrative bodies and would needlessly compromise important values such as efficiency and access to justice. However, a decision maker’s failure to meaningfully grapple with key issues or central arguments raised by the parties may call into question whether the decision maker was actually alert and sensitive to the matter before it. In addition to assuring parties that their concerns have been heard, the process of drafting reasons with care and attention can alert the decision maker to inadvertent gaps and other flaws in its reasoning: *Baker*, at para. 39. [Emphasis added.]

attention respectueuse”, et chercher à comprendre le fil du raisonnement suivi par le décideur pour en arriver à [l]a conclusion » (*Vavilov*, par. 84, citant *Dunsmuir*, par. 48). Les motifs devraient être interprétés de façon globale et contextuelle afin de comprendre « le fondement sur lequel repose la décision » (*Vavilov*, par. 97, citant *Newfoundland Nurses*).

La cour de révision devrait se demander si la décision dans son ensemble est raisonnable : « ... ce qui est raisonnable dans un cas donné dépend toujours des contraintes juridiques et factuelles propres au contexte de la décision particulière sous examen » (*Vavilov*, par. 90). Elle doit se demander « si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, par. 99, citant *Dunsmuir*, par. 47 et 74, et *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 13).

Lors d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, « [i]l incombe à la partie qui conteste la décision d’en démontrer le caractère déraisonnable » (*Vavilov*, par. 100). La partie qui conteste la décision doit convaincre la cour de justice que « la lacune ou la déficience [invoquée] [...] est suffisamment capitale ou importante pour rendre [la décision] déraisonnable » (*Vavilov*, par. 100). [Non souligné dans l’original.]

[32] Qui plus est, selon l’arrêt *Vavilov*, la cour de révision doit évaluer si la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire s’attaque de façon significative aux questions clés [au paragraphe 128] :

Les cours de révision ne peuvent s’attendre à ce que les décideurs administratifs « répondent à tous les arguments ou modes possibles d’analyse » (*Newfoundland Nurses*, par. 25) ou « tire[nt] une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à [leur] conclusion finale » (par. 16). Une telle exigence aurait un effet paralysant sur le bon fonctionnement des organismes administratifs et compromettrait inutilement des valeurs importantes telles que l’efficacité et l’accès à la justice. Toutefois, le fait qu’un décideur n’ait pas réussi à s’attaquer de façon significative aux questions clés ou aux arguments principaux formulés par les parties permet de se demander s’il était effectivement attentif et sensible à la question qui lui était soumise. En plus d’assurer aux parties que leurs préoccupations ont été prises en considération, le simple fait de rédiger des motifs avec soin et attention permet au décideur d’éviter

que son raisonnement soit entaché de lacunes et d'autres failles involontaires : *Baker*, par. 39. [Non souligné dans l'original.]

VI. Relevant law

[33] Subsection 5(3) of the PSSA states:

5 ...

Contribution rates — 35 years of service

(3) A person who has to his or her credit, on or after January 1, 2013, a period of pensionable service — or a period of pensionable service and other pensionable service — totalling at least 35 years is not required to contribute under subsection (2) but is required to contribute, by reservation from salary or otherwise, to the Public Service Pension Fund, in respect of the period beginning on the later of January 1, 2013 and the day on which the person has to his or her credit those 35 years, in addition to any other amount required under this Act, at the rates determined by the Treasury Board on the recommendation of the Minister [Emphasis added.]

[34] Subsection 5(5) of the PSSA states:

5 ...

Other pensionable service

(5) For the purpose of subsection (3), *other pensionable service* means years of service giving rise to a superannuation or pension benefit of a kind specified in the regulations that is payable

(a) out of the Consolidated Revenue Fund, or out of any account in the accounts of Canada other than the Superannuation Account;

(b) out of or under a superannuation or pension fund or plan pursuant to which contributions have been paid out of the Consolidated Revenue Fund in respect of employees engaged locally outside of Canada; or

(c) out of the Canadian Forces Pension Fund within the meaning of the *Canadian Forces Superannuation Act* or the Royal Canadian Mounted Police Pension Fund within the meaning of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*. [Underlining added, italics and bolding in original.]

VI. Le droit applicable

[33] Le paragraphe 5(3) de la LPFP est ainsi libellé :

5 [...]

Contribution — trente-cinq ans de service

(3) La personne ayant à son crédit, le 1^{er} janvier 2013 ou après cette date, une période de service d'au moins trente-cinq ans ouvrant droit à pension — ou une période de service ouvrant droit à pension et une autre période de service totalisant au moins trente-cinq ans — n'est pas tenue de verser la contribution visée au paragraphe (2), mais est tenue de verser, par retenue sur son traitement ou autrement, à la Caisse de retraite de la fonction publique, en plus de toute autre somme exigée par la présente loi, une contribution — dont les taux sont déterminés par le Conseil du Trésor sur recommandation du ministre — à compter du 1^{er} janvier 2013 ou du jour où elle a atteint trente-cinq ans de service, le dernier en date étant à retenir. [Je souligne.]

[34] Le paragraphe 5(5) de la LPFP est ainsi libellé :

5 [...]

Autre période de service

(5) Pour l'application du paragraphe (3), *autre période de service* s'entend des années de service ouvrant droit à une prestation de pension de retraite ou de pension d'un genre spécifié dans les règlements qui est à payer :

a) soit sur le Trésor ou un compte parmi les comptes du Canada autre que le compte de pension de retraite;

b) soit sur un fonds ou un régime de pension de retraite ou de pension auquel ont été payées des contributions prélevées sur le Trésor à l'égard d'employés recrutés sur place à l'étranger;

c) soit par la Caisse de retraite des Forces canadiennes, au sens de la *Loi sur la pension de retraite des Forces canadiennes*, ou la Caisse de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, au sens de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*. [Non souligné dans l'original, italique et gras dans l'original.]

VII. AnalysisA. *Is the Pension Centre Decision reasonable?*

[35] A reviewing court should ensure the decision maker has interpreted the relevant statutory provisions “in a manner consistent with the text, context and purpose, applying its particular insight into the statutory scheme at issue”, see *Vavilov*, at paragraph 121. This is consistent with the purposive approach to legislative interpretation and interpretation of a section in the entire context of the relevant statutory regime discussed in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraphs 21–22.

(1) Interpretation of subsection 5(5) of the PSSA

[36] The applicant submits the 35-year limitation on pensionable service accumulation pursuant to subsection 5(5) of the PSSA is directed towards the quantum of the annuity benefit payable out of the Canadian Forces Pension Fund. The applicant submits the reality for most former Reserve Force Members who have accessed benefits under the CFSA is that their annuities are calculated using CF service rather than pensionable service. I should say at the outset, and with respect, that while the latter is possibly and perhaps likely the case, I am not persuaded that factual circumstance requires the interpretation submitted by the applicant.

[37] It is common ground that in the case of Reserve Force Members in the position of the applicant who are contributors under the CFSA, an “adjustment” set out in subsection 16.6(2) of the CFSR is applied to the calculation of their *pension benefits* under section 15 of the CFSA. I note however that this does not affect the calculation of *pensionable service*. The adjustment requires the Pension Centre to calculate the *pension benefit* that reflects the contributor’s actual paid or partially paid days of work rather than the total amount of time—referred to as elapsed time or pensionable time—the person spent in the Reserves. While the CFSR provides specific

VII. AnalyseA. *La décision du Centre des pensions est-elle raisonnable?*

[35] Une cour de révision doit s’assurer que le décideur a interprété les dispositions législatives pertinentes « d’une manière qui cadre avec le texte, le contexte et l’objet, compte tenu de sa compréhension particulière du régime législatif en cause », voir *Vavilov*, au paragraphe 121. Cela est conforme à la démarche téléologique de l’interprétation des lois et de l’interprétation d’un article dans l’ensemble du contexte du régime législatif applicable, démarche que la Cour a commentée dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux paragraphes 21 et 22.

1) Interprétation du paragraphe 5(5) de la LPFP

[36] La demanderesse fait valoir que la limite de 35 ans d’accumulation du service ouvrant droit à pension sous le régime paragraphe 5(5) de la LPFP vise le montant de la pension qui est à payer par la Caisse de retraite des Forces canadiennes. La demanderesse fait valoir que, pour la plupart des anciens membres de la Force de réserve qui ont reçu des prestations sous le régime de la LPRFC, leur pension est calculée en fonction du service dans les FC plutôt que du service ouvrant droit à pension. Je dois dire d’entrée de jeu, avec tout le respect que je dois à la demanderesse, que bien que ce soit possiblement, voir probablement le cas, je ne suis pas convaincu que la trame factuelle dont je suis saisie nécessite que je me penche sur l’interprétation présentée par la demanderesse.

[37] Les parties conviennent que, dans le cas des membres de la Force de réserve dans la situation de la demanderesse qui font des cotisations au titre de la LPRFC, un rajustement prévu au paragraphe 16.6(2) du RPRFC est appliqué au calcul de leurs prestations de retraite au titre de l’article 15 de la LPRFC. Je remarque toutefois que cela n’a aucune incidence sur le calcul du service ouvrant droit à pension. Le rajustement exige que le Centre des pensions calcule les prestations de retraite qui reflètent les jours de travail réellement rémunérés ou partiellement rémunérés du cotisant plutôt que le temps total — appelé durée cumulative ou temps ouvrant droit à pension — que

rules governing how to calculate CF service based on an individual's situation (see for example section 3 of the CFSR), the effect is that only paid or partially days of service or "CF service" are counted for the purposes of calculating the applicable *pension benefit* under the CFSA. To emphasize, the adjustment under the CFSR is to the contributor's *pension benefit* not to their *pensionable service*: the concepts are different and distinct.

[38] The applicant submits subsection 5(5) of the PSSA should be interpreted to give effect to the actual 35-year pensionable service accrual limitation for public service employee—one that reflects the *pension benefit* payable under the CFSA. The applicant submits the effect of the CFSA's interaction with the PSSA cannot reasonably be interpreted to create an arbitrary limitation of PSSA pension accrual due to years of unpaid "pensionable service" under the CFSA from which no pension benefit flows to the applicant. The applicant submits this is confirmed by the use of the words "that is payable... out of the Canadian Forces Pension Fund" (emphasis added).

[39] The respondent submits otherwise. Counsel submits that "where, for example, the words used are 'precise and unequivocal', their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise" (*Vavilov*, at paragraph 120). I am of course bound by *Vavilov*.

[40] In this, I agree with the respondent, although not without some reservation. In my view, the ordinary meaning of subsection 5(3) and paragraph 5(5)(c) of the PSSA is that pensionable service accrued under the CFSA and payable from the Canadian Forces Pension Fund counts against the 35-year maximum accrual under the PSSA. With respect, I have concluded it is clear and unequivocal that the term "other pensionable service" refers to

la personne a passé dans la Force de réserve. Bien que le RPRFC énonce des règles précises régissant la façon de calculer le service dans les FC en fonction de la situation d'une personne (voir par exemple l'article 3 du RPRFC), l'effet est que seuls les jours de service (ou de « jours de service accomplis dans les Forces canadiennes ») rémunérés ou partiellement rémunérés sont comptés aux fins du calcul des prestations de retraite applicables sous le régime de la LPRFC. Je tiens à souligner que le rajustement au titre du RPRFC s'applique aux prestations de retraite du cotisant et non à son service ouvrant droit à pension; les concepts sont différents et distincts.

[38] La demanderesse fait valoir que le paragraphe 5(5) de la LPFP devrait être interprété de manière à donner effet à la limite réelle d'accumulation du service ouvrant droit à pension de 35 ans pour les employés de la fonction publique — une limite qui reflète les prestations de retraite payables au titre de la LPRFC. La demanderesse fait valoir que l'effet de l'interaction de la LPRFC avec la LPFP ne peut raisonnablement pas être interprété comme une limitation arbitraire de l'accumulation des prestations de retraite sous le régime de la LPFP en raison des années de « service ouvrant droit à pension » non rémunérées sous le régime de la LPRFC pour lesquelles la demanderesse ne reçoit aucune prestation de retraite. La demanderesse soutient que l'utilisation du libellé « qui est à payer [...] par la Caisse de retraite des Forces canadiennes » (non souligné dans l'original) confirme son interprétation.

[39] Le défendeur soutient le contraire. L'avocat soutient que « [p]ar exemple, lorsque le libellé d'une disposition est "précis et non équivoque", son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d'interprétation » (*Vavilov*, au paragraphe 120). Je suis bien sûr lié par l'arrêt *Vavilov*.

[40] À cet égard, je suis d'accord avec le défendeur, mais pas sans réserve. À mon avis, le sens ordinaire du paragraphe 5(3) et de l'alinéa 5(5)c) de la LPFP est que le service ouvrant droit à pension accumulé sous le régime de la LPRFC et payable par la Caisse de retraite des Forces canadiennes est comptabilisé dans la période d'accumulation maximale de 35 ans sous le régime de la LPFP. En toute déférence, j'ai conclu qu'il est clair et sans

“pensionable service” accrued under the CFSA, which is a calculation based on elapsed time and not just time during which the applicant was paid or partially paid. Other pensionable service per subsections 5(3) and (5) should not be confused with CF service time, which is used to calculate an individual’s *pension benefit*, and which so far as I am able to ascertain, is quite distinct from pensionable service and other pensionable service.

[41] In particular, I am unable to read the words “other pensionable service” in subsection 5(5) as referring to another concept such as “Canadian Forces service or CF service” as the applicant contends. I am compelled to agree with the respondent that if Parliament wished to refer to “Canadian Forces service” in subsections 5(3) and/or 5(5) of the PSSA, it could easily have said so, as it does elsewhere in both the CFSA and the CFSR, see for example paragraph 3(1)(b) of the CFSR and paragraph 16(1)(a) of the CFSA.

[42] In this connection, I note the term “pensionable service” is used some 80 times in the CFSA, and almost 150 times in the PSSA. The term “Canadian Forces service” (or CF service) is used twice in the CFSA, and 14 times in the CFSR. These facts alone give me pause. I take cognizance of the complexity of federal superannuation legislation under both the CFSA and PSSA. I am reluctant to ascribe a novel construction to the term “pensionable service” in either because of the possibility of unintended consequential shifts in the interpretation of that term as used with such frequency elsewhere in both the CFSA and PSSA.

[43] For one example, if the Court were to construe subsection 5(5) as proposed by the applicant, such that it means Canadian Forces service or CF service, what is one to do with the 35-year limitation on employee contributions into the plan created by subsection 5(3) of the PSSA which says in effect that after 35 years of

équivoque que le terme « autre période de service » désigne les « années de service ouvrant droit à pension » accumulées au titre de la LPRFC, et que son calcul est fondé sur la durée cumulative et non seulement sur le temps pendant lequel la demanderesse a été rémunérée ou partiellement rémunérée. Il ne faut pas confondre les autres périodes de service prévues aux paragraphes 5(3) et 5(5) avec le temps de service dans les FC, qui est utilisé pour calculer les prestations de retraite d’une personne et qui, à ma connaissance, est très différent du service ouvrant droit à pension et des autres périodes de service.

[41] En particulier, je ne suis pas en mesure d’interpréter le terme « autre période de service » au paragraphe 5(5) comme faisant référence à un autre concept comme le [TRADUCTION] « service accompli dans les Forces canadiennes » comme le prétend la demanderesse. Je suis obligé de convenir avec le défendeur que, si le législateur avait voulu faire référence au [TRADUCTION] « service accompli dans les Forces canadiennes » aux paragraphes 5(3) ou 5(5) de la LPFP, il aurait facilement pu le dire, comme il le fait d’ailleurs dans la LPRFC et dans le RPRFC (voir, à titre d’exemple, l’alinéa 3(1)b) du RPRFC et l’alinéa 16(1)a) de la LPRFC).

[42] À cet égard, je remarque que le terme « service ouvrant droit à pension » est utilisé environ 80 fois dans la LPRFC, et près de 150 fois dans la LPFP. Le terme « service accompli dans les Forces canadiennes » (ou service accompli dans les FC, ou toute autre variation) est utilisé deux fois dans la LPRFC, et 14 fois dans le RPRFC. À eux seuls, ces faits me font réfléchir. Je suis conscient de la complexité de la législation fédérale — autant la LPFP que la LPRFC — sur la pension de retraite. Je suis réticent à attribuer une nouvelle interprétation au terme « service ouvrant droit à pension » dans l’un ou l’autre des cas en raison de la possibilité de changements corrélatifs involontaires dans l’interprétation d’un terme utilisé à une telle fréquence ailleurs dans la LPRFC et la LPFP.

[43] Par exemple, si la Cour devait interpréter le paragraphe 5(5) comme le propose la demanderesse, de manière à ce qu’il s’entende du service dans les Forces canadiennes ou du service dans les FC, que ferait-on de la limite de 35 ans sur les cotisations des employés au régime créé par le paragraphe 5(3) de la LPFP qui précise

pensionable service an employee is no longer “required to contribute”? I asked this question at the hearing and was advised by applicant’s counsel that adjustments would have to be made, but and with respect I am not persuaded this is a simply a matter of “adjustments”.

[44] The respondent points to the following legislative provisions, which also lead me to conclude the Pension Centre’s interpretation of section 5 of the PSSA is reasonable.

[45] Under the CFSA, pensionable service is defined in section 6. Subsection 6(b) includes elective service. Pursuant to clauses 6(b)(ii)(G) and (H) of the CFSA, elective service includes all elective Reserve Force service, including intermittent periods during which a Reservist does not perform any work and is not paid, and during which there are no pension contributions made:

Pensionable service

6 Subject to this Act, the following service may be counted by a contributor as pensionable service for the purposes of this Act, namely,

...

(b) elective service, comprising,

...

(ii) in the case of any contributor,

...

(G) any continuous period of full-time service of three months or more in the Canadian Forces or in the naval, army or air forces of Her Majesty raised by Canada, other than the regular force, if he elects, within one year of becoming a contributor under this Act, to pay for that service,

effectivement qu’après 35 ans de service ouvrant droit à pension, un employé n’est plus « [tenu] de verser la contribution »? J’ai posé cette question à l’audience et l’avocat de la demanderesse m’a informé qu’il faudrait apporter des rajustements, mais, avec tout le respect que je lui dois, je ne suis pas convaincu qu’il s’agirait simplement de « rajustements ».

[44] Le défendeur fait référence aux dispositions législatives suivantes, qui m’amènent également à conclure que l’interprétation de l’article 5 de la LPFP par le Centre des pensions est raisonnable.

[45] Dans la LPRFC, le service ouvrant droit à pension est défini à l’article 6. L’alinéa 6b) traite du service accompagné d’option. Conformément aux divisions 6b)(ii)(G) et (H) de la LPRFC, le service accompagné d’option comprend tout service accompagné d’option dans la Force de réserve, y compris les périodes intermittentes pendant lesquelles un réserviste n’effectue aucun travail et n’est pas payé, et pendant lesquelles aucune cotisation de retraite n’est versée :

Service ouvrant droit à pension

6 Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le service suivant peut être compté par un contributeur comme service ouvrant droit à pension, pour l’application de la présente loi :

[...]

b) le service accompagné d’option, comprenant :

[...]

(ii) dans le cas d’un contributeur, les périodes de service qui suivent :

[...]

(G) toute période continue de service à plein temps, d’une durée de trois mois ou plus, dans les Forces canadiennes ou dans les forces navales, les forces de l’armée ou les forces aériennes de Sa Majesté, levées par le Canada, autres que la force régulière, s’il choisit, dans le délai d’un an après qu’il est devenu contributeur suivant la présente loi, de payer pour ce service,

(H) one-fourth of any period of service in the Canadian Forces or in the naval, army or air forces of Her Majesty raised by Canada, other than the regular force, during which he was liable to be called out for periodic training or duty by the Governor in Council otherwise than during an emergency, except any such service that may be counted by him under clause (C) or (G), if he elects, within one year of becoming a contributor under this Act, to pay for that service,

(H) le quart de toute période de service dans les Forces canadiennes, ou dans les forces navales, les forces de l'armée ou les forces aériennes de Sa Majesté, levées par le Canada, autres que la force régulière, durant laquelle il était susceptible d'appel pour entraînement ou service périodique par le gouverneur en conseil autrement qu'en cas d'urgence — sauf tout semblable service qu'il peut compter selon la division (C) ou (G) —, s'il choisit, dans le délai d'un an après qu'il est devenu contributeur selon la présente loi, de payer pour ce service,

[46] Pursuant to subsection 12.2(3) of the CFSR, a Reservist who elects to buy back Reserve Force service has no choice but to buy it back in its entirety—this is what the applicant did in this case. She bought back “all” of her pensionable service in the Reserve Force:

Election for Reserve Force Service

12.2 ...

(3) The election for reserve force service set out in clauses 6(b)(ii)(G) and (H) of the Act, as adapted by subsection (2), is for all of the contributor's reserve force service. However, there shall be counted as years of pensionable service, starting with the most recent, only those that would result in a maximum of 35 years of pensionable service to the credit of the contributor. [Emphasis added.]

[47] Reserve Force service bought back by a Reservist under Part I of the CFSA generally gives rise to an equivalent number of years of pensionable service; as noted pensionable service includes time spent with the Reserves whether paid, partially paid or not paid at all.

[48] In the case at bar, when the applicant elected to buy back 27 years and 56 days of pensionable service, the cost was proportional to the hours she worked and the salary she received, and was based on what she would have contributed had she been a contributor during her Reserve Force service, namely a pension equivalent to

[46] Conformément au paragraphe 12.2(3) du RPRFC, un réserviste qui choisit de procéder à un rachat de service dans la Force de réserve n'a d'autre choix que de le racheter en entier — c'est ce que la demanderesse a fait dans la présente affaire. Elle a racheté « la totalité » de son service ouvrant droit à pension dans la Force de réserve :

Choix visant le service dans la force de réserve

12.2 [...]

(3) Le choix portant sur le service dans la force de réserve visé aux divisions 6b)(ii)(G) et (H) de la Loi, dans leur version adaptée par le paragraphe (2), porte sur l'ensemble des périodes de service accomplies dans la force de réserve; toutefois, ne sont comptées comme années de service ouvrant droit à pension, à commencer par les plus récentes, que celles qui permettent de porter le nombre d'années de service ouvrant droit à pension du contributeur à un maximum de trente-cinq. [Je souligne.]

[47] Le service dans la Force de réserve racheté par un réserviste sous le régime de la partie I de la LPRFC donne généralement lieu à un nombre équivalent d'années de service ouvrant droit à pension; comme il a été mentionné, le service ouvrant droit à pension comprend le temps passé dans la Force de réserve, qu'il soit rémunéré, partiellement rémunéré ou pas rémunéré du tout.

[48] En l'espèce, lorsque la demanderesse a choisi de racheter 27 années et 56 jours de service ouvrant droit à pension, le coût était proportionnel aux heures qu'elle avait travaillées et au salaire qu'elle recevait, et il était fondé sur ce qu'elle aurait cotisé si elle avait été cotisante pendant son service dans la Force de réserve, soit

12 years and 249 days of full-time service (that is, her CF Service). She also accumulated an additional 1 year and 32 days of pensionable service between March 1, 2007 and March 31, 2008, as a contributor.

[49] I agree with the respondent that in choosing the term “other pensionable service” in subsection 5(3) of the PSSA, and listing the CFSA at subsection 5(5), Parliament had the definition and meaning of “pensionable service” under the CFSA in mind. If Parliament had intended only CF service be counted for the purposes of subsection 5(3), it would have used that term. As already noted, that is not what Parliament did, although the term CF service (Canadian Forces service) is used elsewhere 16 times in the CFSA and CFSR. Moreover, the term “pensionable service” is used about 80 times in the CFSA, and about 148 times in the PSSA.

[50] In this connection I note that in designing the scheme as it did, Parliament also appears to have made some trade-offs favourable to persons in the applicant’s position. First, while those in the applicant’s situation may no longer make pension contributions towards a larger pension, their pension-related payroll deduction drops from 9 percent of salary to only 1 percent of salary. Thus, while their pension will not grow through increased years or increased salary base, the contributor’s disposable income increases by 8 percent of salary, which increased disposable income may be invested in tax-free savings accounts (TFSA), and non-registered investments such as bonds and stocks. The issue of registered retirement savings plan (RRSP) contributions was canvassed at the hearing without resolution one way or the other.

[51] In addition, the calculation of basic annuity is improved pursuant to section 15. Paragraphs 16(1)(c), (d) and (e) of the CFSA, pensionable service—determined by elapsed time, and not just CF service paid time—are used to trigger entitlement early access to an unreduced pension; if CF service was used, those and related

une pension équivalant à 12 années et 249 jours de service à temps plein (c’est-à-dire son service dans les FC). Elle a également accumulé une année supplémentaire et 32 jours de service ouvrant droit à pension entre le 1^{er} mars 2007 et le 31 mars 2008 à titre de cotisante.

[49] Je suis d’accord avec le défendeur pour dire qu’en choisissant d’employer le terme « autre période de service » au paragraphe 5(3) de la LPFP et en mentionnant la LPRFC au paragraphe 5(5), le législateur avait en tête la définition et la signification de « service ouvrant droit à pension » sous le régime de la LPRFC. Si le législateur avait voulu que seul le service dans les FC soit compté aux fins du paragraphe 5(3), il aurait utilisé ce terme. Comme je l’ai déjà mentionné, ce n’est pas ce qu’il a fait, et ce, bien que le terme « service dans les FC » (service dans les Forces canadiennes) soit utilisé ailleurs à 16 reprises dans la LPRFC et le RPRFC. De plus, le terme « service ouvrant droit à pension » est utilisé environ 80 fois dans la LPRFC, et environ 148 fois dans la LPFP.

[50] À cet égard, je remarque que, en concevant le régime comme il l’a fait, le législateur semble également avoir offert des compromis favorables aux personnes dans la position de la demanderesse. Premièrement, même si les personnes dans la situation de la demanderesse ne peuvent plus cotiser en vue d’obtenir une pension plus importante, les retenues salariales liées à la pension passent de 9 p. 100 du salaire à seulement 1 p. 100 du salaire. Ainsi, même si leur pension ne croîtra pas en fonction de l’augmentation du nombre d’années ou du salaire de base, le revenu disponible du cotisant augmente de 8 p. 100 de son salaire, ce qui fait que le revenu disponible accru peut être investi dans un compte d’épargne libre d’impôt (CELI) et des placements non enregistrés, comme les obligations et les actions. La question des cotisations à un régime enregistré d’épargne-retraite (REER) a été soulevée à l’audience sans qu’il y ait de solution dans un sens ou dans l’autre.

[51] De plus, le calcul de la pension de base est bonifié par l’article 15. Dans les situations prévues aux alinéas 16(1)c, d) et e) de la LPRFC, c’est le service ouvrant droit à pension — déterminé par la durée cumulative, et non pas seulement par le temps de service rémunéré dans les FC — qui est utilisé pour déclencher l’accès anticipé

benefits would take much longer to achieve. Put another way, because pensionable service is used (elapsed time) and not CF service (paid time), an annuity is available sooner. Pension vesting is also improved pursuant to section 16 of CFSA. Again, under subsection 18(3) a larger annual allowance is available, due to reduction calculation, to those with pensionable service approaching 30 years, compared with what would be paid based only on age per subsection 18(2) (i.e., a 14 percent reduction versus 40 percent reduction in the applicant's case).

[52] Thus, it cannot be said there is no benefit from having a common definition of pensionable service across the CFSA and PSSA. Notably, the advantages set out here would not be available if pensionable service was calculated based on the much lower paid CF service in the applicant's case.

(2) Purposive interpretation of subsection 5(5) of the PSSA

[53] The applicant submits the purpose of federal pension legislation is to confer a benefit on contributors who meet certain thresholds. The PSSA imposes a 35-year maximum pensionable service threshold, which directly corresponds to the pensionable benefit a public service employee is able to achieve upon retirement because the benefit is calculated based on service. The CFSA affords an opportunity for members of the Armed Forces to collect pension benefits that are subject to the same 35-year maximum. However, as already noted, the calculation of elapsed time or time served for the purposes of determining a *pension benefit* for Reserve Force Members who elected to buy back prior service is subject to an "adjustment" determined by the CFSR. The adjustment imposed by section 16.6 of the CFSR reduces each year of pensionable service to reflect CF service, or paid days, when the pension benefit/annuity calculation is performed.

à une pension non réduite; si le service dans les FC était utilisé, il faudrait beaucoup plus de temps pour l'obtenir. Autrement dit, la personne a accès à sa pension plus tôt, étant donné que c'est le service ouvrant droit à pension (durée cumulative) plutôt que le service dans les FC (temps rémunéré) qui est utilisé. L'acquisition des droits à pension est également améliorée en vertu de l'article 16 de la LPRFC. Aussi, le paragraphe 18(3) dispose qu'une allocation annuelle plus importante est offerte, en raison du calcul de la réduction, à ceux qui ont près de 30 ans de service ouvrant droit à pension, comparativement à ce qui serait payé en fonction de l'âge seulement selon le paragraphe 18(2) (c.-à-d. une réduction de 14 p. 100 par rapport à une réduction de 40 p. 100 dans le cas de la demanderesse).

[52] On ne peut donc pas dire qu'il n'y a aucun avantage à ce que la LPRFC et la LPFP prévoient une définition commune du service ouvrant droit à pension. Notamment, personne ne pourrait se réclamer des avantages exposés en l'espèce si le service ouvrant droit à pension était calculé en fonction du service rémunéré dans les FC dans le cas de la demanderesse.

2) Interprétation fondée sur l'objet visé du paragraphe 5(5) de la LPFP

[53] La demanderesse soutient que l'objet de la législation fédérale sur les régimes de retraite est de conférer une prestation aux cotisants qui respectent certains critères. La LPFP impose un maximum de 35 ans de service ouvrant droit à pension : cela correspond directement aux gains ouvrant droit à pension qu'un employé de la fonction publique est en mesure d'atteindre à la retraite, parce que la prestation est calculée en fonction du service. La LPRFC permet aux membres des Forces armées de toucher des prestations de retraite qui sont assujetties au même maximum de 35 ans. Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, le calcul de la durée cumulative ou de la durée de la période de service aux fins de la détermination d'une prestation de retraite pour les membres de la Force de réserve qui ont choisi de racheter du service antérieur est assujéti à un « rajustement » déterminé par le RPRFC. Le rajustement imposé par l'article 16.6 du RPRFC réduit chaque année de service ouvrant droit à pension pour tenir

[54] In other words, the applicant is left with a pension reduced by the amount of time she was in the Reserve but not paid in respect of which she received no *pension benefit*. The applicant submits this results in the relatively small group of people in her position being treated in a highly prejudicial manner due to unpaid service to the Crown. The applicant submits this is not in accord with the purposes of the CFSA and PSSA.

[55] However, the respondent submits the applicant's proposed purposive interpretation cannot stand because the Pension Centre's interpretation actually upholds the purpose of the scheme and the applicant benefits from her 28 years of pensionable service by receiving annual allowance to which a lesser reduction is applied, as noted above. In addition, as noted, as well as being a factor in the formula for the calculation of the basic annuity, pensionable service is important for all classes of employees, particularly for part-time employees and Reservists, because it is used in the PSSA and the CFSA to determine certain benefit entitlement thresholds, reductions associated with anticipated retirement, and vesting of benefits.

[56] The respondent also submits the applicant's interpretation means that the pensionable service of not only all Reservists but also all part-time employees under the PSSA should be reduced to their actual paid time. This may affect many people and the way the scheme has been understood and administered. The respondent posits the following example: if pensionable service is based only on CF service (part-time service under the PSSA), part-time employees and Reservists would require a longer period of employment before becoming vested, and before reaching the service requirement associated with early retirement. Under the PSSA, Group 1 contributors (members who became contributors before January 1, 2013) who reach age 55 and 30 years of pensionable service are entitled to an unreduced annuity per PSSA, subparagraph 13(1)(c)(i). If the applicant's interpretation were

compte du service dans les FC, ou des jours rémunérés, lors du calcul des prestations de retraite ou de la pension.

[54] Autrement dit, la demanderesse se retrouve avec une pension réduite du temps qu'elle a passé dans la Réserve pour lequel elle n'a pas été rémunérée et n'a gagné aucune prestation de retraite. La demanderesse soutient que cela fait en sorte qu'un groupe relativement restreint de personnes, dont elle fait partie, est traité de façon très préjudiciable en raison de services non rémunérés à la Couronne. La demanderesse soutient que cela n'est pas conforme aux objectifs de la LPRFC et de la LPFP.

[55] Toutefois, le défendeur soutient que l'interprétation téléologique proposée par la demanderesse ne peut pas être retenue, parce que l'interprétation du Centre des pensions confirme en fait l'objet du régime et que la demanderesse bénéficie de ses 28 années de service ouvrant droit à pension en recevant une allocation annuelle à laquelle une réduction inférieure est appliquée, comme il est expliqué ci-dessus. De plus, comme il a été mentionné, en plus d'être un facteur dans la formule de calcul de la pension de base, le service ouvrant droit à pension est important pour toutes les catégories d'employés, particulièrement pour les employés à temps partiel et les réservistes, parce qu'il est utilisé dans la LPFP et la LPRFC pour déterminer certains seuils d'admissibilité aux prestations, les réductions associées à la retraite anticipée et l'acquisition de droits aux prestations.

[56] Le défendeur soutient également que l'interprétation de la demanderesse signifie que le service ouvrant droit à pension non seulement de tous les réservistes, mais aussi de tous les employés à temps partiel au titre de la LPFP, devrait être réduit à leur période rémunérée réelle. Cela peut toucher beaucoup de gens, et aussi la façon dont le régime est compris et administré. Le défendeur avance l'exemple suivant : si le service ouvrant droit à pension est fondé uniquement sur le service dans les FC (service à temps partiel au titre de la LPFP), les employés à temps partiel et les réservistes auraient besoin d'une plus longue période d'emploi avant de bénéficier des droits acquis, et avant d'atteindre l'exigence de service associée à la retraite anticipée. Sous le régime de la LPFP, les contributeurs du groupe 1 (les membres qui sont devenus des contributeurs avant le 1^{er} janvier 2013) qui atteignent

accepted, contributors who have worked on a part-time basis in the public service would not be eligible for an un-reduced pension.

[57] Effectively, the applicant’s interpretation will require such part-time employees to have worked for 60 years in order to be eligible to a pension benefit without “penalty” at age 55. This is manifestly absurd. It took the applicant essentially to concede this point, but counsel emphasized she is not seeking to amend one or both pieces of legislation throughout, but only targeted subsections 5(3) and 5(5) of the PSSA.

[58] I am not persuaded I may make such a narrow interpretation for essentially “legislative purpose” reasons without doing injustice elsewhere, confirming my view that legislative amendment rather than judicial construction is the solution to the issue raised in this case. I should add that in my respectful view, as a judge and not a legislator, what the applicant seeks has merit provided it may be achieved without injustice elsewhere, and that those like the applicant contribute to the increased benefit they would obtain.

[59] In this connection and regarding the purpose of the scheme, the respondent submits:

73. Parliament established a maximum of 35 years of pensionable service, determined on a combined basis, to limit the size of the pensions the Government provides. In doing so, the legislator knew that some full-time employees with 35 years of pensionable service would not receive the maximum pension possible because of reductions in their pension benefits. Similarly, the legislator knew that some people would not necessarily accumulate a pension entitlement as if they had worked for 35 years on a full-time basis. The adjustment of the amount of the pension benefit (either under the *PSSA* or the *CPSA* Part I) accounts for periods of part-time employment, and reflects the lower contributions that were made to the pension fund. This proportionality principle is also important in the overall purpose of the schemes.

l’âge de 55 ans et 30 années de service ouvrant droit à pension ont droit à une pension non réduite conformément au sous-alinéa 13(1)c(i) la LPFP. Si l’interprétation de la demanderesse était retenue, les contributeurs ayant travaillé à temps partiel dans la fonction publique ne seraient pas admissibles à une pension non réduite.

[57] Dans les faits, l’interprétation proposée par la demanderesse exigerait que ces employés à temps partiel aient travaillé pendant 60 ans afin d’être admissibles à une prestation de retraite sans « pénalité » à l’âge de 55 ans, ce qui est manifestement absurde. Il a fallu essentiellement que la demanderesse concède ce point, mais l’avocat a souligné qu’elle ne cherche pas à modifier une des lois ou les deux lois dans leur ensemble, mais seulement les paragraphes 5(3) et 5(5) de la LPFP.

[58] Je ne suis pas convaincu de pouvoir donner une interprétation aussi étroite pour des raisons essentiellement liées à l’objet de la loi, sans créer une injustice ailleurs, ce qui confirme mon point de vue selon lequel la solution à la question soulevée en l’espèce passerait par une modification législative plutôt que par l’interprétation judiciaire. Je dois ajouter que, à mon humble avis, en tant que juge et non en tant que législateur, ce que la demanderesse demande a du mérite, pourvu qu’elle puisse l’obtenir sans créer une injustice dans d’autres situations, et que des personnes comme la demanderesse cotisent à la pension accrue qu’elles obtiendraient.

[59] À cet égard et en ce qui concerne l’objet du régime, le défendeur fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] 73. Le législateur a établi un maximum de 35 années de service ouvrant droit à pension, déterminé sur une base combinée, afin de limiter le montant des pensions versées par le gouvernement. Ce faisant, le législateur savait que certains employés à temps plein ayant 35 années de service ouvrant droit à pension ne recevraient pas la pension maximale possible en raison de la réduction de leurs prestations de retraite. De même, le législateur savait que certaines personnes n’accumuleraient pas nécessairement un droit à pension comme si elles avaient travaillé 35 ans à temps plein. Le rajustement du montant des prestations de retraite (en vertu de la LPFP ou de la partie I de la LPRFC) tient compte des périodes d’emploi à temps partiel et reflète les cotisations moins élevées qui ont été versées à la caisse de retraite. Ce principe de

[60] I accept this submission. Therefore, while one aspect of the legislative scheme is to permit employees to accrue a 35-year maximum pension, that is not its only or determinative purpose. For example, in *Canada (Attorney General) v. Burke*, 2022 FCA 44, [2022] 4 F.C.R. 142 (*Burke*), the Federal Court of Appeal acknowledged the social benefit-conferring purpose of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9 but concluded the scheme's purpose cannot be restricted to this, albeit important, purpose. In *Burke*, the Court refused to adopt an interpretation that would confer benefits on a person who did not meet the eligibility criteria. As in *Burke*, I have concluded the applicant does not meet the eligibility requirements as set out by Parliament. To accept the applicant's submissions would not be faithful to the clear wording of the provisions at issue.

VIII. Conclusion

[61] In my respectful view, the applicant has not shown that the Decision is unreasonable for the purposes of judicial review. Therefore, this application will be dismissed.

[62] However as indicated above it is my hope the respondent will accept the recommendation of the Pension Centre and have this matter reviewed for possible legislative review.

IX. Costs

[63] The parties agreed that the respondent would pay the applicant \$2,500 if the applicant were successful, while the respondent did not seek costs. While the application will be dismissed, in my view the applicant should be awarded modest costs, which in the circumstances I assess at \$1,000 all inclusive, for very ably albeit unsuccessfully advancing a meritorious issue that in my respectful view requires consideration in legislative review, as the Respondent Pension Centre itself notes in its Decision.

proportionnalité est également important dans l'objectif global des régimes.

[60] Je souscris à cette observation. Par conséquent, même si l'un des aspects du régime législatif est de permettre aux employés d'accumuler une pension maximale correspondant à 35 années de service, ce n'est pas son seul objet, ni son objet déterminant. Par exemple, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Burke*, 2022 CAF 44, [2022] 4 R.C.F. 142 (*Burke*), la Cour d'appel fédérale a reconnu que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9 visait à conférer des prestations, mais a conclu que l'objet du régime ne peut se limiter à cet objectif, bien qu'il soit important. Cet arrêt, la Cour a refusé d'adopter une interprétation qui conférerait des avantages à une personne qui ne répondait pas aux critères d'admissibilité. Comme cela était le cas dans l'arrêt *Burke*, j'ai conclu que la demanderesse ne répond pas aux critères d'admissibilité établis par le législateur. Accepter les observations de la demanderesse ne serait pas fidèle au libellé clair des dispositions en cause.

VIII. Conclusion

[61] À mon humble avis, la demanderesse n'a pas démontré que la décision est déraisonnable aux fins du contrôle judiciaire. Par conséquent, la présente demande sera rejetée.

[62] Toutefois, comme je l'ai expliqué ci-dessus, j'espère que le défendeur acceptera la recommandation du Centre des pensions et fera examiner cette question dans le cadre d'un éventuel examen législatif.

IX. Dépens

[63] Les parties ont convenu que le défendeur verserait 2 500 \$ à la demanderesse si cette dernière devait avoir gain de cause, tandis que le défendeur n'a pas réclamé de dépens. La demande sera rejetée; toutefois, à mon avis, la demanderesse devrait se voir adjuger une somme modeste au titre des dépens. Dans les circonstances, je lui accorde 1 000 \$, tout compris, pour avoir présenté de façon très habile, mais sans succès, une question valable qui, à mon humble avis, doit être examinée dans le cadre d'un examen législatif, comme le souligne lui-même le Centre des pensions du défendeur dans sa décision.

JUDGMENT in T-1343-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is dismissed.
2. Costs of \$1,000 are awarded to the applicant payable by the respondent.

JUGEMENT dans le dossier no T-1343-21

LA COUR STATUE que :

1. La demande de contrôle judiciaire est rejetée.
2. Le défendeur payera à la demanderesse des dépens de 1 000 \$.

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3