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.

CANADA

Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

2023, Vol. 2, Part 1

2023, Vol. 2, 1er fascicule

Cited as [2023] 2 F.C.R., {3–441, D-1–D-7

Renvoi [2023] 2 R.C.F., {3–441, F-1–F-8

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

François Boivin, B.Soc.Sc., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

Suzanne Thibaudeau, K.C./c.r.
Lorne Waldman, C.M., Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

Sophie Debbané, LL.B.
Charles Nezan, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
Linda Brunet

Legal Research Editors
Cassandra Johnson
Nathan Gagnier

Production Coordinator
Emma Kaly

ARRÊTISTES

Sophie Debbané, LL.B.
Charles Nezan, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
Linda Brunet

Attachées de recherche juridique
Cassandra Johnson
Nathan Gagnier

Coordonnatrice, production
Emma Kaly

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

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

Print
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 amd digests of cases not selected for full-text publication.

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

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

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

Imprimé
Nº de cat. JU1-2-1
ISSN 1714-3713

En ligne
Nº 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'arrêtiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3.

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

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

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'arrêtiste en chef.

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

CONTENTS

Appeals noted I

Erratum III

Digests. D-1–D-7

Judgments 3–441

Miller *v.* Canada (National Revenue) (F.C.A.) 3

Income Tax — Administration and Enforcement — Appeal from Federal Court order issued pursuant to *Income Tax Act* (ITA), s. 231.7 ordering appellant to provide information, produce documents, seek information and documents from various sources — Appellant audited in respect of several taxation years — Federal Court granted order in respect of, *inter alia*, invoices, information from appellant's bank accounts, trust ledgers — All items appellant ordered to provide requested under s. 231.1 — Federal Court determined that such items were matters that taxpayer could be required to provide under s. 231.1, thus could be subject of compliance order under s. 231.7 — Rejected appellant's reading of decision of Federal Court of Appeal in *Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation* — Concluded that broad wording used in s. 231.1(1) afforded Federal Court authority to make order it made — Determined that s. 231.1(1) affording respondent Minister authority to require production of information of sort appellant ordered to provide, to require appellant to attempt to obtain requested documents, information from bank in Luxembourg, accountant, solicitors — Appellant submitted that *Cameco* establishes that Federal Court lacked authority to make almost all parts of order under appeal — Whether Federal Court erred in its interpretation of s. 231.1 — Federal Court not erring in finding that documents, information in question subject of requests made under s. 231.1 — Text, context, purpose of relevant provisions in ITA examined — Text of s. 231.1(1)(a),(b) supporting authority of Minister to have issued requests — Term "document" in s. 231 meaning much more than physical record — Dictionary definitions not supporting appellant's conclusion, namely that audit precluding asking for information about funds, e.g. in taxpayer's bank account — Terms "audit" or "vérifier" broad, encompassing

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés I

Erratum III

Fiches analytiques. F-1–F-8

Jugements 3–441

Miller *c.* Canada (Revenu national) (C.A.F.) 3

Impôt sur le revenu — Application et Exécution — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale rendue conformément à l'article 231.7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR) ordonnant à l'appelant de fournir des renseignements, de produire des documents et d'obtenir des renseignements et des documents auprès de sources diverses — L'appelant faisait l'objet d'une vérification à l'égard de plusieurs années d'imposition — La Cour fédérale a rendu une ordonnance portant, entre autres choses, sur des factures, les renseignements des comptes bancaires de l'appelant, des grands livres de fiducie — Tous les éléments ordonné à l'appelant de fournir avaient été demandés conformément à l'article 231.1 — La Cour fédérale a déterminé qu'un contribuable était tenu de fournir de tels éléments en vertu de l'article 231.1 et que, par conséquent, ils pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de production au titre de l'article 231.7 — Elle a rejeté l'interprétation qu'a faite l'appelant de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation* — Elle a conclu que le libellé général employé au paragraphe 231.1(1) lui conférait le pouvoir de rendre l'ordonnance qu'elle a rendue — Elle a aussi conclu que le paragraphe 231.1(1) confère au ministre le pouvoir d'exiger la production de renseignements de la nature de ceux que la Cour a ordonné à l'appelant de fournir, et d'exiger que l'appelant tente d'obtenir les documents et les renseignements demandés auprès de sa banque au Luxembourg, de ses comptables et de ses avocats — L'appelant a soutenu que l'arrêt *Cameco* permettait de conclure que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre toutes les parties de l'ordonnance visée par l'appel — Il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de l'article 231.1 — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les

Suite à la page suivante

more than physical examination of record in possession of taxpayer — Plain wording of s. 231.1(1)(a) permitting Minister to "audit" "documents" — S. 231.1(1)(a) supporting authority of Canada Revenue Agency to seek sort of information sought in case at bar — Clear in *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)* that Minister may obtain information under s. 231.1(1)(a) — Information not contained in appellant's books, records may be sought in request under s. 231.1(1)(a) — Relevant context in ITA, case law interpreting it, supporting Federal Court's authority to issue order under appeal in present case — Ss. 231.1, 231.2 not each complete codes as argued by appellant — Provisions at issue not watertight compartments, overlap existing between them — Because overlap possible, ss. 232, 231.6 not read as setting out the only processes for obtaining documents from appellant's solicitors, bank in Luxembourg — Appellant not ordered to produce documents held by solicitors, but rather to seek them — Given broad wording of s. 231.1(1)(a),(b),(d), Federal Court entitled to require that appellant make these inquiries — Provisions at issue serving purpose of affording mechanism to Minister to monitor, ensure compliance with ITA — Such purpose supporting interpretation of s. 231.1 herein — Federal Court possessing requisite authority to order appellant to provide information it ordered him to provide — Appeal dismissed.

Federal Court Jurisdiction — Federal Court ordering appellant to provide information, produce documents, seek information and documents from various sources pursuant to *Income Tax Act* (ITA), s. 231.7 — Appellant audited in respect of several taxation years — Federal Court determined that requested

Continued on next page

documents et les renseignements en question faisaient l'objet des demandes fondées sur l'article 231.1 — Le texte, le contexte et l'objet des dispositions pertinentes de la LIR ont été examinés — Le libellé des alinéas 231.1(1)a) et b) de la LIR soutient le pouvoir du ministre de délivrer les demandes en question — Le terme « document » signifie beaucoup plus qu'un document pouvant faire l'objet d'une inspection physique — Les définitions des dictionnaires n'étayaient pas la conclusion préconisée par l'appelant, à savoir qu'une vérification empêche de demander des renseignements sur, par exemple, les fonds se trouvant dans le compte bancaire d'un contribuable — Les termes « vérifier » ou « audit » sont de portée large et englobent davantage que l'examen physique d'un document en possession du contribuable — Le libellé clair de l'alinéa 231.1(1)a) permet au ministre de « vérifier » les « documents » — L'alinéa 231.1(1)a) conférait à l'ARC le pouvoir d'obtenir le genre de renseignements demandés en l'espèce — Il est clair dans l'arrêt *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)* que le ministre peut obtenir des renseignements visés à l'alinéa 231.1(1)a) — Les renseignements qui ne se trouvent pas dans les livres et registres de l'appelant peuvent être demandés dans une demande fondée sur l'alinéa 231.1(1)a) — Le contexte en cause dans la LIR et la jurisprudence interprétant la LIR appuyaient le pouvoir de la Cour fédérale de rendre l'ordonnance portée en appel en l'espèce — Les articles 231.1 et 231.2 ne constituent pas chacun un code complet tel qu'avancé par l'appelant — Les diverses dispositions en cause dans le présent appel ne sont pas des cloisons étanches et elles se recoupent — Parce que le recoupement est possible, on ne peut interpréter les articles 232 et 231.6 comme énonçant qu'il s'agit des seuls processus permettant d'obtenir des documents auprès des avocats de l'appelant de sa banque au Luxembourg — Il n'a pas été ordonné à l'appelant de produire les documents détenus par ses avocats, mais plutôt de les obtenir — Compte tenu du libellé général des alinéas 231.1(1)a), b) et d), la Cour fédérale était en droit d'exiger que l'appelant effectue ces recherches — Les dispositions en cause dans le présent appel servent à fournir au ministre un mécanisme visant à veiller au respect de la LIR — Pareil objet venait étayer l'interprétation de l'article 231.1 dans le cas présent — La Cour fédérale a eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir d'ordonner à l'appelant de fournir les renseignements qu'elle a ordonné qu'il fournisse — Appel rejeté.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a ordonné à l'appelant de fournir des renseignements, de produire des documents et d'obtenir des renseignements et des documents auprès de sources diverses conformément à l'article 231.7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR) —

Suite à la page suivante

items were matters that taxpayer could be required to provide under s. 231.1, thus subject of compliance order under s. 231.7 — Rejected appellant's reading of decision of *Federal Court of Appeal in Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation* — Appellant submitted that Cameco establishes that Federal Court lacked authority to make almost all parts of order under appeal — Federal Court not erring in holding that Cameco not limiting jurisdiction of Federal Court in way appellant submitted, that relevant provisions in ITA affording Federal Court jurisdiction to make order under appeal.

L'appelant faisait l'objet d'une vérification à l'égard de plusieurs années d'imposition — La Cour fédérale a déterminé qu'un contribuable était tenu de fournir de tels éléments en vertu de l'article 231.1 et que, par conséquent, ils pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de production au titre de l'article 231.7 — Elle a rejeté l'interprétation qu'a faite l'appelant de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation* — L'appelant a soutenu que l'arrêt *Cameco* permettait de conclure que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre toutes les parties de l'ordonnance visée par l'appel — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tirant la conclusion selon laquelle l'arrêt *Cameco* ne limite pas la compétence de la Cour fédérale de la façon dont l'a fait valoir l'appelant, et que les dispositions pertinentes de la LIR conféraient à la Cour fédérale la compétence pour rendre l'ordonnance visée par l'appel.

Rajput *v.* Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) **49**

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision rejecting applicants' application to reinstate withdrawn refugee claims — Application to reinstate failed to meet requirements of *Refugee Protection Division Rules* (RPD Rules), r. 60 — Applicants fled India due to harassment, attacks, threats from local police — Applicant Ms. Rajni Rajput accused of being terrorist, detained, raped, tortured by local police — Refugee protection claims of applicants referred to RPD in June 2019 — Claims later withdrawn by Ms. Rajput upon learning that local police willing to settle conflict — However, Ms. Rajput applied to RPD to reinstate refugee claims after learning police asking for bribe — RPD noted that Ms. Rajput did not allege breach of natural justice in her case — Characterized application for reinstatement as being "strategic decision" — Ms. Rajput contended that it was clearly in "interests of justice" to grant application, that RPD unreasonably applied notion of "interests of justice" contemplated in RPD Rules, r. 60(3) — Whether RPD decision reasonable — RPD's application of "interests of justice" requirement, analysis of evidence not meeting standard of reasonableness — First, RPD failed to reasonably consider "interests of justice" contemplated by r. 60(3) — RPD obligated to consider "interests of justice" at stake regardless of whether applicant making submissions — Therefore RPD had duty to assess, determine whether in interests of justice to allow Ms. Rajput's application for reinstatement — RPD had to take holistic, contextual approach — Terms "interests of justice" broad, requiring decision makers to consider basic notions of fairness, common

Continued on next page

Rajput *c.* Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) **49**

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté la demande de rétablissement des demandeurs des demandes d'asile qu'ils avaient retirées — La demande de rétablissement ne satisfaisait pas aux critères énoncés à la règle 60 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (les Règles de la SPR)— Les demandeurs ont fui l'Inde afin d'échapper au harcèlement, aux attaques et aux menaces de la police locale — La demanderesse M^me^ Rajni Rajput a été accusée de terrorisme et a par la suite été détenue, violée à maintes reprises et torturée par la police locale — Les demandes d'asile des demandeurs ont été transmises à la SPR en juin 2019 — M^me^ Rajput a par la suite retiré les demandes d'asile après avoir appris que la police locale en Inde semblait disposée à régler le conflit — Cependant, M^me^ Rajput a présenté une demande de rétablissement des demandes d'asile lorsqu'elle a appris plus tard que la police exigeait le versement d'une somme élevée en guise de pot-de-vin — La SPR a fait remarquer que M^me^ Rajput n'a pas allégué qu'il y avait eu manquement à un principe de justice naturelle en ce qui la concernait — Elle a qualifié la demande de rétablissement de « décision stratégique » — M^me^ Rajput a prétendu qu'il était clairement dans « l'intérêt de la justice » d'accueillir sa demande, et que la SPR a appliqué la notion de « l'intérêt de la justice » prévue au paragraphe 60(3) des Règles de la SPR de façon déraisonnable — Il s'agissait de déterminer si la décision de la SPR était raisonnable — La façon dont la SPR a appliqué le critère de « l'intérêt de la justice » et l'analyse qu'elle a effectuée

Suite à la page suivante

sense — Concept of "interests of justice" having to encompass flexible approach — Necessitating certain mindset, approach, disposition on part of RPD, dictating certain path to be followed in its analysis of evidence — This not what transpired herein — Second, RPD did not have regard to all of evidence before it — RPD ignored context of Ms. Rajput's asylum claim and that of her children — No evidence to support RPD's conclusion that withdrawal of refugee claims "strategic decision" — Third, reasons provided by RPD not allowing for understanding of how decision could be justified — RPD's summary analysis not constituting sufficient reasons — RPD's decision not exhibiting requisite degree of justification, intelligibility, transparency — Here, consequences of refusing request for reinstatement severe, harsh for applicants — RPD not explaining why its decision best reflected legislature's intention — Application allowed.

des éléments de preuve ne respectaient la norme de la décision raisonnable — En premier lieu, la SPR a omis de dûment prendre en compte « l'intérêt de la justice » prévu au paragraphe 60(3) — La SPR a l'obligation expresse de prendre en compte « l'intérêt de la justice » qui est en jeu, que le demandeur ait présenté des observations sur la question ou qu'il ne l'ait pas fait — Il incombait par conséquent à la SPR d'apprécier et d'établir s'il était dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande de rétablissement présentée par M^me^ Rajput — La SPR devait adopter une approche globale et contextuelle — L'expression « l'intérêt de la justice » a un sens large et elle exige que les décideurs prennent en compte des notions fondamentales d'équité et de bon sens — La notion de « l'intérêt de la justice » doit englober une approche souple — Elle exige une certaine ouverture d'esprit et une certaine disposition de la part de la SPR et impose une certaine voie à suivre dans son analyse de la preuve — Ce n'est pas ce qui ressortait en l'espèce — En deuxième lieu, la SPR n'a pas tenu compte de la totalité des éléments de preuve qui lui ont été soumis — La SPR n'a pas tenu compte du contexte des demandes d'asile de M^me^ Rajput et de ses enfants — Il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion de la SPR selon laquelle le retrait des demandes d'asile était une « décision stratégique » — En troisième lieu, les motifs que la SPR a donnés dans sa décision ne permettaient pas de comprendre en quoi la décision se justifiait — L'analyse sommaire de la SPR ne constituait pas des motifs suffisants — La décision de la SPR ne présentait pas le degré de justification, d'intelligibilité et de transparence requis — En l'espèce, les conséquences du rejet de la demande de rétablissement étaient particulièrement sévères et graves pour les demandeurs — La SPR n'a pas expliqué pourquoi sa décision reflétait le mieux l'intention du législateur — Demande accueillie.

Canada *v.* Canada (Ship-source Oil Pollution Fund) (F.C.) **69**

Maritime Law — Torts — Oil pollution — Statutory appeals brought pursuant to *Marine Liability Act* (Act) s. 106(2), applications for judicial review, all arising from two decisions of Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (SOPF) (respondent) disallowing claims made by Canadian Coast Guard (CCG) — CCG claims made to respondent pursuant to Act, s. 103(1), sought compensation for costs, expenses incurred by CCG to prevent anticipated oil pollution damage from incidents involving two vessels: *Miss Terri*, *Stelie II* — Respondent found that claims were made outside of limitation period established by Act, s. 103(2)(a) — In respect of each vessel, applicant/appellant (appellant) brought two appeals,

Canada *c.* Canada (Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires) (C.F.) **69**

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Pollution par les hydrocarbures — Appels interjetés en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (la Loi) et demandes de contrôle judiciaire, découlant tous de deux décisions par lesquelles l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (la CIDPHN) (l'intimé) a rejeté des demandes en recouvrement de créance faites par la Garde côtière du Canada (la GCC) — Les demandes de la GCC ont été présentées en vertu du paragraphe 103(1) de la Loi et visaient à obtenir une indemnisation pour les frais qu'avait engagés la GCC en vue de prévenir des dommages prévus dus à la

Continued on next page

Suite à la page suivante

pursuant to Act, s. 106(2), also two applications for judicial review challenging respondent's decisions — Both appeals, applications for judicial review were consolidated — Both vessels had damages; were docked at harbours; threatened polluting waters for various reasons — Both vessels removed from waters since being risk to marine environment, eventually deconstructed — Regarding *Miss Terri* claim, respondent stated that although materials submitted with claim by CCG not directly documenting discharge of oil from vessel, careful review of evidence suggested that discharge had occurred; therefore, that given probable determination, claim was likely submitted to respondent after applicable prescription date, should therefore be rejected — As for *Stelie II*, respondent of view that vessel in fact caused discharge of oils; that while evidence not expressly recording such discharge, this might reasonably be inferred — Believed that discharge of contaminated waters would probably have resulted in oil pollution damage, which would engage two-year limitation period, which period would have already expired — Whether challenges to respondent's decisions disallowing claims, based on limitation periods in Act, s. 103(2) properly taken as applications for judicial review or as statutory appeals under Act, s. 106(2) — Whether respondent committed reviewable error in finding that Act, s. 103(2)(a) limitation period applied, that CCG was out of time to file claim pursuant to s. 103(1) with respect to either or both of *Miss Terri* or *Stelie II* claims — Act, s. 106(2) providing that claimant may appeal, in particular, disallowance of claim but, in appeal from disallowance of claim, Court may consider only matters described in ss. 105(3)(a),(b) — Act, s. 106(2) giving rise to ambiguity which pertained to whether s. 103(2), which contains limitation periods applicable to claims made under s. 103(1), is integral to, or included within or modifies reference to "loss, damage, costs or expenses in s. 103(1)"; whether this is to be assessed as aspect of s. 103 claim — No explicit provision within ss. 103 to 106 as to how, when s. 103(2) limitation periods to be assessed with respect to s. 103(1) claim — Only connection to limitation periods is reference to s. 103(1) contained in s. 105(3)(a) — This, other factors suggested that respondent's determination of whether claim falling outside of limitation period is to be made when investigating, assessing claim, not outside of that process — Act, s. 103(2) was thus correctly interpreted such that respondent is to consider limitation period as part of claim — Therefore, limitation periods in s. 103(2) falling under respondent's scope of authority in s. 105(3); thus under Court's scope of review in s. 106(2) — Accordingly, matters in this case had to proceed as appeal pursuant to Act, s. 106(2) — With respect to reviewable errors, limitation periods found in s. 103(2) examined — Distinction between application of either of two s. 103(2)

Continued on next page

pollution par les hydrocarbures à la suite d'incidents impliquant deux navires : le *Miss Terri* et le *Stelie II* — L'intimé a conclu que les demandes de recouvrement de créance avaient été faites en dehors du délai prescrit à l'alinéa 103(2)a) de la Loi — La demanderesse-appelante (l'appelante) a interjeté deux appels, un pour chaque navire, conformément au paragraphe 106(2) de la Loi, et elle a également déposé deux demandes de contrôle judiciaire pour contester les décisions de l'intimé — Les deux appels ont été réunis en un seul, tout comme les deux demandes de contrôle judiciaire — Les deux navires ont subi des dommages; étaient amarrés dans des ports; représentaient une menace de pollution des eaux pour diverses raisons — Les deux navires ont été retirés de l'eau puisqu'ils présentaient un risque pour le milieu marin, et ont éventuellement été déconstruits — Pour ce qui est de la demande concernant le *Miss Terri*, l'intimé a déclaré que même si les documents que la GCC avait présentés ne faisaient pas directement état du rejet d'hydrocarbures venant du navire, un examen détaillé de la preuve donnait à penser qu'un rejet avait bel et bien eu lieu; donc, en raison de cette conclusion probable, la demande en recouvrement de créance a vraisemblablement été faite à l'intimé après le délai de prescription applicable et il convenait donc de la rejeter — Pour ce qui est du *Stelie II*, l'intimé était d'avis que ce navire avait bel et bien causé un rejet d'hydrocarbures; que même si la preuve ne faisait pas expressément état d'un tel rejet, il était possible de tirer raisonnablement cette inférence — L'intimé était d'avis que le rejet d'eau contaminée aurait probablement causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, ce qui aurait déclenché le délai de prescription de deux ans, lequel aurait déjà pris fin — Il s'agissait de savoir si les contestations relatives aux décisions par lesquelles l'intimé a rejeté les demandes en recouvrement de créance, en se fondant sur les délais de prescription prévus au paragraphe 103(2) de la Loi, étaient considérées à juste titre comme des demandes de contrôle judiciaire ou comme des appels prescrits par la loi en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi — Il s'agissait également de savoir si l'intimé a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) de la Loi s'appliquait et que, pour la GCC, il était trop tard pour déposer une demande en recouvrement de créance en vertu du paragraphe 103(1), relativement à l'une ou l'autre des demandes concernant le *Miss Terri* ou le *Stelie II*, ou les deux — Le paragraphe 106(2) de la Loi prévoit qu'un demandeur peut interjeter appel, en particulier, du rejet de la demande, mais, dans le cas d'un appel du rejet de la demande, la Cour ne prend en considération que les faits mentionnés aux alinéas 105(3)a) et b) — Le paragraphe 106(2) soulève une ambiguïté qui a trait à la question de savoir si le paragraphe 103(2) qui contient les délais de prescription applicables aux demandes présentées en vertu du paragraphe 103(1), fait

Suite à la page suivante

limitation periods (five years; two years) was purely factual distinction; that is, whether or not oil pollution damage occurred — Here, parties agreed that if any oil entered water, then oil pollution damage could be assumed — Therefore, whether or not oil pollution entered marine environment was factual determination that was to be made by respondent — Determination of that question dictated which of two s. 103(2) limitation periods applied — Standard of proof respondent entitled to use in making findings of fact such as dealing with claims under s. 103(1) is balance of probabilities — Respondent correctly identified balance of probabilities as being applicable standard of proof when making its factual determinations — Respondent also entitled to make factual inferences based on evidence before it — In present matter, while discharge of oil may not have been directly observed, respondent entitled to consider other evidence before it to assess whether more likely than not that oil was discharged without being observed — Respondent also entitled to make inferences of fact based on evidence before it, not erring by taking that approach — As to whether respondent committed reviewable errors in finding that CCG's s. 103(1) claims not eligible for compensation because made outside limitation period, with respect to both *Miss Terri*, *Stelie II*, respondent not committing palpable, overriding error — Respondent considered all evidence with respect to containers of oil on deck, made inferences, on balance of probabilities, that some of that oil was discharged — Appellant not demonstrating respondent made palpable, overriding error in making those inferences — In conclusion, respondent not erring in its determination that discharges of oil pollution occurred — Therefore, limitation period under Act, s. 103(2)(a) applied, had expired prior to submission of CCG's claims for each vessel — In result, CCG's s. 103(1) claims for compensation were precluded since they were made outside applicable limitation period — Appeals dismissed.

Continued on next page

partie intégrante de la référence faite à « la créance [...] visée par le paragraphe 103(1), » s'il y est inclus ou s'il la modifie; s'il est nécessaire de l'évaluer en tant qu'aspect d'une demande en recouvrement de créance présentée en vertu de l'article 103 — Rien n'est dit explicitement aux articles 103 à 106 quant à la façon de savoir comment et quand les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) doivent être évalués dans le cas d'une demande présentée en vertu du paragraphe 103(1) — Le seul lien qu'il y a avec les délais de prescription est la référence au paragraphe 103(1) qui est faite à l'alinéa 105(3)a) — Ces facteurs ainsi que d'autres donnaient à penser que la décision de l'intimé à propos du fait de savoir si une demande en recouvrement de créance se situe en dehors d'un délai de prescription doit être prise lorsqu'il enquête sur la créance et l'évalue, et non en dehors de ce processus — La bonne manière d'interpréter le paragraphe 103(2) de la Loi était donc la suivante : l'intimé doit considérer que le délai de prescription fait partie de la demande en recouvrement de créance — Par conséquent, les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) entrent dans les limites des pouvoirs que le paragraphe 105(3) confère à l'intimé; de ce fait, dans les limites de l'examen que la Cour peut effectuer en vertu du paragraphe 106(2) — Donc, les affaires dont il était question devaient être entendues sous la forme d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi — En ce qui concerne des erreurs susceptibles de contrôle, un examen des délais de prescription visés au paragraphe 103(2) a été fait — La distinction entre l'application de l'un ou l'autre des deux délais de prescription que prévoit le paragraphe 103(2) (cinq ans et deux ans) était de nature purement factuelle; c'est-à-dire, des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont-ils produits ou pas? — En l'espèce, les parties ont convenu que si des hydrocarbures étaient entrés dans l'eau, on pouvait présumer que cela avait causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures — De ce fait, la question de savoir si de la pollution par les hydrocarbures était entrée dans le milieu marin était une conclusion factuelle qu'il revenait à l'intimé de tirer — La réponse à cette question dictait lequel des deux délais de prescription visés au paragraphe 103(2) s'appliquait — La norme de preuve que l'intimé est en droit d'utiliser pour tirer des conclusions de fait comme pour le traitement de demandes en vertu du paragraphe 103(1) est la prépondérance des probabilités — L'intimé a considéré avec raison que la prépondérance des probabilités était la norme de preuve à appliquer pour tirer ses conclusions factuelles — L'intimé était également en droit de tirer des inférences de fait à partir de la preuve qui lui était soumise — Dans cette affaire, même si l'on n'avait peut-être pas directement observé un rejet d'hydrocarbures, l'intimé était en droit de prendre en compte d'autres éléments de preuve qu'il avait en main pour évaluer si, selon toute vraisemblance, des hydrocarbures avaient néanmoins été rejetés sans qu'on les

Suite à la page suivante

Administrative Law — Statutory Appeals — Statutory appeals brought pursuant to *Marine Liability Act* (Act) s. 106(2), applications for judicial review, all arising from two decisions of Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (SOPF) (respondent) disallowing claims made by Canadian Coast Guard (CCG) — CCG claims made to respondent pursuant to Act, s. 103(1), sought compensation for costs, expenses incurred by CCG to prevent anticipated oil pollution damage from incidents involving two vessels: *Miss Terri*, *Stelie II* — Respondent found that claims were made outside of limitation period established by Act, s. 103(2)(a) — In respect of each vessel, applicant/appellant (appellant) brought two appeals, pursuant to Act, s. 106(2), also two applications for judicial review challenging respondent's decisions — Both appeals, applications for judicial review were consolidated — Both vessels had damages; were docked at harbours; threatened polluting waters for various reasons — Were challenges herein properly taken as applications for judicial review or as statutory appeals under Act, s. 106(2)? — What was applicable standard of review? — Limitation periods in Act, s. 103(2) fall under respondent's scope of authority in Act, s. 105(3), and therefore under Court's scope of review in Act, s. 106(2) — Accordingly, challenges had to proceed as appeal pursuant to Act, s. 106(2) — Since challenges had to be heard as statutory appeal, appellate standards of review applied — Where

Continued on next page

ait observés — L'intimé était également en droit de tirer des inférences de fait à partir des éléments de preuve qu'il avait en main, et il n'a pas commis d'erreur en abordant ces éléments de cette façon — À la question de savoir si l'intimé a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que les demandes présentées par la GCC en vertu du paragraphe 103(1) ne pouvaient pas donner droit à une indemnisation parce qu'elles avaient été présentées en dehors du délai de prescription, relativement au *Miss Terri* et au *Stelie II*, l'intimé n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante — L'intimé a pris en considération la totalité des éléments de preuve concernant les contenants d'huile qui se trouvaient sur le pont et il a inféré, selon la prépondérance des probabilités, qu'une partie de cette huile avait fui — L'appelante n'a pas établi que l'intimé a commis une erreur manifeste et dominante en tirant ces inférences — En conclusion, l'intimé n'a pas commis d'erreur en concluant que des rejets de pollution par les hydrocarbures se sont produits — Par conséquent, le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)a) de la Loi s'appliquait et avait expiré avant que la GCC présente des demandes en recouvrement de créance pour les deux navires — En fin de compte, les demandes en recouvrement de créance que la GCC a présentées en vertu du paragraphe 103(1) ont été rejetées, car elles ont été faites en dehors du délai de prescription applicable — Appels rejetés.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appels interjetés en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (la Loi) et demandes de contrôle judiciaire, découlant tous de deux décisions par lesquelles l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (la CIDPHN) (l'intimé) a rejeté des demandes en recouvrement de créance faites par la Garde côtière du Canada (la GCC) — Les demandes de la GCC ont été présentées en vertu du paragraphe 103(1) de la Loi et visaient à obtenir une indemnisation pour les frais qu'avait engagés la GCC en vue de prévenir des dommages prévus dus à la pollution par les hydrocarbures à la suite d'incidents impliquant deux navires : le *Miss Terri* et le *Stelie II* — L'intimé a conclu que les demandes de recouvrement de créance avaient été faites en dehors du délai prescrit à l'alinéa 103(2)a) de la Loi — La demanderesse-appelante (l'appelante) a interjeté deux appels, un pour chaque navire, conformément au paragraphe 106(2) de la Loi, et elle a également déposé deux demandes de contrôle judiciaire pour contester les décisions de l'intimé — Les deux appels ont été réunis en un seul, tout comme les deux demandes de contrôle judiciaire — Les deux navires ont subi des dommages; étaient amarrés dans des ports; représentaient une menace de pollution des eaux pour diverses raisons — Les contestations relatives aux décisions ont-elles été considérées à juste titre

Suite à la page suivante

legislature has provided statutory appeal mechanism from administrative decision to court, this signals legislature's intent that appellate standards apply when court reviews decision — This meant that applicable standard was to be determined with reference to nature of question, to Court's case law on appellate standards of review — On appeal, questions of law are reviewable on correctness standard while findings of fact, findings of mixed fact, law without extricable legal question are reviewable on standard of palpable, overriding error.

comme des demandes de contrôle judiciaire ou comme des appels prescrits par la loi en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi? — Quelle était la norme de contrôle applicable? — Les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) entrent dans les limites des pouvoirs que le paragraphe 105(3) confère à l'intimé et, de ce fait, dans les limites de l'examen que la Cour peut effectuer en vertu du paragraphe 106(2) — Donc, les contestations devaient être entendues sous la forme d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi — Comme les contestations devaient être entendues sous la forme d'appels prévus par la loi, ce sont les normes de contrôle en matière d'appel qui s'appliquaient — Si le législateur a prévu un mécanisme d'appel contre une décision administrative d'une cour de justice, cela dénote son intention que ce sont les normes en matière d'appel qui s'appliquent lorsqu'une cour de justice contrôle la décision — Ainsi, la norme de contrôle applicable devait être déterminée eu égard à la nature de la question et à la jurisprudence de la Cour en matière de normes de contrôle — Dans le cas d'un appel, les questions de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, et les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit, en l'absence d'un principe juridique isolable, sont susceptibles de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

Deegan *v.* Canada (Attorney General) (F.C.A.) . . . 151

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Appeal from Federal Court decision dismissing action brought by appellants claiming in part that Canadian legislation regarding compliance with U.S. taxation laws (Impugned Provisions) was unconstitutional — Appellants also claimed in their action that Impugned Provisions were *ultra vires* Parliament — Hearing of action divided into two parts — *Ultra vires* claims dismissed — With respect to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 8 involving unreasonable search or seizure, Federal Court determined that Impugned Provisions contemplate seizure but not unreasonable one — Federal Court also determined that Impugned Provisions not violating Charter, s. 15 — Appellants are residents, citizens of Canada, are also citizens of United States (U.S.) — Neither appellant has any real ongoing connection with U.S. — As citizens of U.S. appellants subject to income tax in that country on their worldwide income, are subject to annual reporting obligations to U.S. Internal Revenue Service (IRS) — In 2014, Canada enacted legislation that assists U.S. in its compliance efforts relating to accounts held outside U.S. by persons subject to worldwide U.S. taxation — Earlier, U.S. making amendments to *Internal Revenue Code*, commonly referred to as *Foreign Account*

Deegan *c.* Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 151

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant une action intentée par les appelantes qui alléguaient en partie que les lois canadiennes relatives à la conformité aux lois fiscales américaines (les dispositions contestées) étaient inconstitutionnelles — Les appelantes ont également allégué dans leur action que les dispositions contestées outrepassaient la compétence du législateur — L'instruction de l'action a été divisée en deux parties — Les allégations d'excès des pouvoirs ont été rejetées — Relativement à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, concernant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, la Cour fédérale a jugé que les dispositions contestées prévoyaient une saisie, mais que cette dernière était raisonnable — La Cour fédérale a également jugé que les dispositions contestées ne contrevenaient pas à l'article 15 de la Charte — Les appelantes sont des résidentes et des citoyennes du Canada et elles sont aussi des citoyennes des États-Unis — Aucune des appelantes n'a un lien soutenu avec les États-Unis — En tant que citoyennes des États-Unis, les appelantes sont assujetties dans ce pays à l'impôt sur leur revenu de toutes provenances et aux obligations relatives à la présentation de déclarations annuelles à l'agence américaine du revenu, l'IRS

Continued on next page

Suite à la page suivante

Tax Compliance Act (FATCA) — Canada, U.S. concluding agreement (Intergovernmental Agreement or IGA) which considered Canada's concerns regarding FATCA — Canada implemented its obligations under IGA by enacting Impugned Provisions: *Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* — Whether Federal Court erred when it concluded that Impugned Provisions do not contemplate unreasonable search or seizure for purposes of Charter, s. 8 — Federal Court not erring in finding that Impugned Provisions not violating Charter, s. 8 — Two aspects of s. 8 to consider: whether there is search or seizure; if so, whether search or seizure is unreasonable — It was assumed for present appeal that adherence to Impugned Provisions constituted seizure but this not changing outcome of appeal — As for whether seizure is unreasonable, general principle is to consider all circumstances, assess whether privacy interests of affected persons are outweighed by public interest in requiring seizure — Federal Court determined that public interest outweighed privacy interests in this case; therefore contemplated seizure was reasonable — Respecting risk of criminal prosecution, it was assumed for appeal purposes that seized information might be used for criminal prosecution for tax evasion in U.S. — Impugned Provisions clearly regulatory in nature — Not intruding significantly on privacy interests of affected persons simply on basis that information may possibly be used for criminal prosecution — Finally, contrary to what appellants submitted, impugned Provisions not harsh, burdensome — Appellants not demonstrating that Impugned Provisions were more intrusive than is necessary to be effective — Appeal dismissed.

Income Tax — Tax treaties — Exchange of information — Appeal from Federal Court decision dismissing action brought by appellants claiming in part that Canadian

Continued on next page

[Internal Revenue Service] — En 2014, le Canada a adopté des lois en vue d'aider les États-Unis dans leurs efforts déployés pour assurer la conformité fiscale des personnes qui détiennent des comptes à l'extérieur des États-Unis et qui sont assujetties à l'imposition universelle américaine — Précédemment, les États-Unis avaient modifié l'*Internal Revenue Code* qu'on appelle communément la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) — Le Canada et les États-Unis ont conclu un accord (l'accord intergouvernemental ou l'AIG) qui prenait en considération les préoccupations du Canada quant à la FATCA — Le Canada a mis en œuvre ses obligations aux termes de l'AIG en adoptant les dispositions contestées : *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les dispositions contestées ne prévoyaient pas des fouilles ou des saisies abusives aux termes de l'article 8 de la Charte — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a jugé que les dispositions contestées ne contrevenaient pas à l'article 8 de la Charte — Il convenait d'examiner deux aspects de l'article 8 : Y a-t-il une fouille ou une saisie? Le cas échéant, la fouille ou la saisie est-elle déraisonnable? — Aux fins de cet appel, il a été présumé que le respect des dispositions contestées constituait une saisie, mais cela n'avait pas d'incidence sur l'issue de l'appel — Quant à la question de savoir si la saisie est déraisonnable, le principe général veut que l'on examine l'ensemble des circonstances et que l'on évalue la question de savoir si l'intérêt public d'une demande de saisie l'emporte sur le droit au respect de la vie privée des personnes touchées — La Cour fédérale a jugé, en l'espèce, que l'intérêt public l'emportait sur le droit au respect de la vie privée et que, par conséquent, la saisie prévue était raisonnable — En ce qui concerne le risque de poursuite criminelle, il a été présumé dans le cadre de l'appel que les renseignements saisis pourraient être utilisés aux fins de poursuites criminelles pour évasion fiscale aux États-Unis — Les dispositions contestées étaient clairement de nature réglementaire — Elles ne portaient pas considérablement atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées, simplement pour le motif que les renseignements pourraient éventuellement être utilisés aux fins de poursuites criminelles — Finalement, les dispositions contestées n'étaient pas strictes ni contraignantes, contrairement à ce qu'affirmaient les appelantes — Les appelantes n'ont pas démontré que les dispositions contestées étaient plus intrusives que ce qui est nécessaire pour qu'elles soient efficaces — Appel rejeté.

Impôt sur le revenu — Conventions fiscales — Échange de renseignements — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant une action intentée par les

Suite à la page suivante

legislation regarding compliance with U.S. taxation laws (Impugned Provisions) was unconstitutional — Appellants also claimed in their action that Impugned Provisions were *ultra vires* Parliament — Hearing of action divided into two parts — Both *ultra vires*, *Canadian Charter of Rights and Freedoms* claims dismissed — In 2010, U.S. making amendments to Internal Revenue Code, commonly referred to as *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) — Further to FATCA, Canada, U.S. negotiating, concluding agreement (Intergovernmental Agreement) which considered Canada's concerns with FATCA — In 2014, Canada implemented its obligations under Intergovernmental Agreement by enacting Impugned Provisions — Enacted legislation assists U.S. in its compliance efforts relating to accounts held outside U.S. by persons subject to worldwide U.S. taxation — Legislation titled *Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act* — Impugned Provisions not harsh, burdensome — Were example of international cooperation in administration of income tax laws — Record suggested that such cooperation is widely accepted, has been strengthened in recent years.

appelantes qui alléguaient en partie que les lois canadiennes relatives à la conformité aux lois fiscales américaines (les dispositions contestées) étaient inconstitutionnelles — Les appelantes alléguaient également dans leurs actions que les dispositions contestées outrepassaient la compétence du législateur — L'instruction de l'action a été divisée en deux parties — Les allégations d'excès des pouvoirs et de contravention à la Charte canadienne des droits et libertés ont toutes deux été rejetées — En 2010, les États-Unis ont modifié l'Internal Revenue Code qu'on appelle communément la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) — Au-delà de la FATCA, le Canada et les États-Unis ont négocié et conclu un accord (l'accord intergouvernemental ou l'AIG) qui prenait en considération les préoccupations du Canada quant à la FATCA — En 2014, le Canada a mis en œuvre ses obligations aux termes de l'AIG en adoptant les dispositions contestées — Les dispositions adoptées aident les États-Unis dans leurs efforts déployés pour assurer la conformité fiscale des personnes qui détiennent des comptes à l'extérieur des États-Unis et qui sont assujetties à l'imposition universelle américaine — Il s'agit de la Loi de mise en œuvre de l'*Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux* — Les dispositions contestées n'étaient pas strictes ni contraignantes — Elles étaient un exemple de coopération internationale dans le cadre de l'administration des lois relatives à l'impôt sur le revenu — Le dossier indiquait que cette coopération est largement acceptée et qu'elle s'est renforcée ces dernières années.

Menjivar Melgar *v.* Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 173

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant's appeal from Immigration Division (ID) decision concluding that applicant was inadmissible under *Immigration and Refugee Protection Act* (Act), s. 40(1)(a) because he had engaged in misrepresentation with respect to his marriage — ID issued exclusion order against applicant — IAD member found that applicant had engaged in misrepresentation, that removal order issued by ID was therefore valid — IAD also found that there were insufficient humanitarian and compassionate (H&C) considerations to warrant allowing appeal under Act, s. 67(1)(c) considering seriousness of applicant's misrepresentation, his lack of remorse for his actions — Applicant, El Salvadorian, made refugee claim in Canada but claim rejected — Then submitted application for pre-removal risk assessment (PPRA), which was also refused — Applicant then married male individual, was removed from Canada to

Menjivar Melgar *c.* Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 173

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la CISR) rejetant l'appel du demandeur interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration (la SI) qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au titre de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) parce qu'il a fait de fausses déclarations sur la véritable nature de son mariage — La SI a pris une mesure d'exclusion contre le demandeur — Le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur avait fait de fausses déclarations et que la mesure de renvoi prise par la SI était donc valide — La SAI a également conclu que les motifs d'ordre humanitaire invoqués étaient insuffisants pour justifier qu'il soit fait droit à l'appel au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi compte tenu de la gravité des fausses déclarations faites par le demandeur et de son absence de remords à l'égard de ses actes — Le demandeur, un

Continued on next page

Suite à la page suivante

El Salvador but was sponsored by applicant's new spouse — Sponsorship application successful, applicant granted permanent resident status — Later, applicant, new spouse divorced — Applicant eventually married woman in El Salvador whom he sponsored; female spouse granted permanent resident status in Canada — Eventually couple had son born in Canada — Subsequently, report under Act, s. 44(1) prepared regarding applicant — On judicial review of IAD's decision, applicant contended that IAD's determinations with respect to validity of removal order, his request for special relief on H&C grounds were both unreasonable — Whether IAD erred in its conclusions that removal order against applicant was valid; that special relief not warranted in this case — With respect to validity of removal order, IAD did not misapprehend evidence in material respects — While IAD did misapprehend some evidence, that error immaterial because it identified numerous other inconsistencies — With respect to applicant's request for special relief, IAD dealt with risk to applicant as bisexual man; made reasonable assessment of evidence before it — However, IAD's treatment of applicant's failure to admit his wrongdoing, express remorse for it was unreasonable — Under Act, s. 67(1)(c), evidence of remorse, possibility of rehabilitation can be relevant considerations when determining whether individual facing removal from Canada should be allowed to remain here — In present case, IAD member found that applicant had not demonstrated remorse because he maintained, throughout this appeal, that his marriage to his first spouse was genuine — IAD member treated applicant's failure to admit his wrongdoing, his lack of remorse not simply as absence of mitigating factors but as aggravating factors weighing heavily against granting of special relief — Was unreasonable for IAD to do so in particular circumstances of this case — Burden of proof on issue of misrepresentation lay with respondent at both ID, IAD — Applicant was entitled to put respondent to proof of allegation that his marriage to first spouse was not genuine — While IAD reasonably rejected applicant's account of his first marriage, should not have faulted applicant for maintaining position that he presumably believed to be truth — With respect to best interests of applicant's child, IAD not reasonably applying principles on this issue to particular circumstances of this case — IAD member found that age of applicant's son limited impact that return to El Salvador would have — Was unreasonable for IAD to find that child's best interests were only slightly positive factor in this case — IAD's specific determination under Act, s. 67(1)(c) was flawed in several respects — Determination on this point could not withstand review — However, IAD's determination on finding of misrepresentation not unreasonable — Accordingly, matter was remitted for redetermination by IAD with direction that applicant was

Continued on next page

Salvadorien, a présenté une demande d'asile au Canada, mais la demande a été rejetée — Il a ensuite présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (la demande d'ERAR), laquelle a également été refusée — Le demandeur a ensuite épousé un homme, a été renvoyé du Canada et est retourné au Salvador, mais son nouvel époux a parrainé le demandeur — La demande de parrainage a été accueillie et le demandeur a obtenu le statut de résident permanent — Par la suite, le demandeur et son nouvel époux ont divorcé — Le demandeur a éventuellement épousé une femme au Salvador, que le demandeur a parrainée; l'épouse a obtenu le statut de résidente permanente au Canada — Le couple a éventuellement eu un fils né au Canada — Subséquemment, un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi a été produit relativement au demandeur — En ce qui concerne la décision de la SAI, le demandeur a soutenu que les conclusions de la SAI relatives à la validité de la mesure de renvoi et à sa demande de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire étaient toutes deux déraisonnables — Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur en concluant que la mesure de renvoi à l'égard du demandeur était valide et si la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée dans cette affaire — En ce qui concerne la validité de la mesure de renvoi, la SAI n'a pas mal interprété certains aspects importants de la preuve — Même si la SAI a mal interprété la preuve, il s'agissait d'une erreur sans importance puisque de nombreuses autres incohérences ont été relevées — En ce qui concerne la demande par le demandeur de mesures spéciales, la SAI a traité la question des risques auxquels était exposé le demandeur en tant qu'homme bisexuel; elle a fait une évaluation raisonnable de la preuve dont elle disposait — Toutefois, la façon dont la SAI a traité le fait que le demandeur n'a pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles ni exprimé de remords était déraisonnable — Au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi, la preuve de remords et la possibilité de réadaptation peuvent être des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de décider si une personne visée par une mesure de renvoi du Canada devrait être autorisée à demeurer au pays — En l'espèce, le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de remords puisqu'il a maintenu, tout au long du présent appel, que son mariage avec son premier époux était authentique — Le commissaire de la SAI a traité le fait que le demandeur n'a pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles et n'a pas exprimé de remords, non pas comme une simple absence de facteurs atténuants, mais plutôt comme l'existence de facteurs aggravants qui pesaient lourdement contre la prise de mesures spéciales — Il était déraisonnable de la part de la SAI d'agir ainsi compte tenu des circonstances particulières de l'affaire — Il incombait au défendeur de prouver les fausses déclarations alléguées, tant devant la SI que devant la SAI — Le

Suite à la page suivante

bound by IAD's determination that he was inadmissible due to misrepresentation under Act, s. 40(1)(a), that redetermination was limited to applicant's entitlement to special relief under Act, s. 67(1)(c) — Application allowed.

demandeur avait le droit d'exiger du défendeur qu'il prouve l'allégation selon laquelle son mariage avec son premier époux n'était pas authentique — Même si la SAI a raisonnablement rejeté le récit du demandeur relativement à son premier mariage, elle n'aurait pas dû reprocher au demandeur de maintenir une position qu'il croyait vraisemblablement être la vérité — En ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur, la SAI n'a pas appliqué de façon raisonnable les principes relatifs à cette question aux circonstances particulières en l'espèce — Le commissaire de la SAI a conclu que l'âge du fils du demandeur limitait l'impact qu'aurait un retour au Salvador — Il était déraisonnable pour la SAI de conclure que l'intérêt supérieur de l'enfant constituait un facteur qui ne militait que légèrement en faveur du demandeur en l'espèce — La décision rendue par la SAI au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi était erronée à plusieurs égards — La décision sur ce point ne pouvait pas résister au contrôle — Toutefois, la décision rendue par la SAI en ce qui concerne la conclusion de fausses déclarations n'était pas déraisonnable — Par conséquent, l'affaire a été renvoyée à la SAI pour qu'elle rende une nouvelle décision en tenant compte du fait que le demandeur était lié par la décision de la SAI selon laquelle il était interdit de territoire pour fausses déclarations au titre de l'alinéa 40(1)a) de la Loi et que la nouvelle décision ne devait porter que sur la question de l'admissibilité du demandeur à des mesures spéciales au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi —Demande accueillie.

Democracy Watch *v.* Canada (Attorney General) (F.C.) 206

Judges and Courts — Application challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Authority to appoint judges to superior courts assigned to Governor General under *Constitution Act, 1867* (Constitution), s. 96 — Federal judicial appointments made by Governor General on advice of Cabinet — In turn, Cabinet acting on advice of Minister of Justice (Minister), who receives list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC) — Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada (FJA) responsible for administering JACs — Applications for judicial appointment assessed by applicable JAC — Report of JAC's assessment of each candidate provided to Minister — Before recommending that Cabinet make particular judicial appointment, Minister may consult with others — Much of disputed evidence in present application surrounded nature of those consultations — Applicants sought order and/or declaration stating that federal judicial appointments, elevations systems fail to comply or

Démocratie en surveillance *c.* Canada (Procureur général) (C.F.) 206

Juges et Tribunaux — Demande contestant la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Le gouverneur général détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures conformément à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la Constitution) — Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet — Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM) — Le Commissariat à la magistrature fédérale Canada (CMF) est chargé d'administrer les CCM — Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont évaluées par le CCM concerné — Le CCM prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat pour le ministre — Le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La plupart des éléments de

Continued on next page

Suite à la page suivante

accord with Constitution, s. 96, *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), ss. 7, 11(d), 24(1), principles of fundamental justice, including unwritten constitutional principles of judicial independence and/or rule of law — Submitted, *inter alia*, that Minister's involvement in appointment of majority of members of JACs, involvement of members of ruling party in consultations conducted by Minister in developing recommendations to Cabinet, demonstrating degree of political interference in federal judicial appointments process that violates principles of judicial independence, impartiality — Whether federal judicial appointments, elevations systems violating Constitution, s. 96, Charter, ss. 7, 11(d), 24(1), unwritten constitutional principles of judicial independence, rule of law — No constitutional violation found — Controversy related to process occurring between Minister's receipt of JAC recommendations, Minister making recommendation to Cabinet on judicial appointment — Common ground that Minister may consult with anyone before making recommendation — Evidence supporting applicants' position that consultations conducted before Minister makes recommendation to Cabinet on judicial appointment can include consultations with other ministers, Members of Parliament in caucus of ruling party — Respondent argued that there is necessarily some level of political involvement in appointment process — Question was whether these features of process offend principles of judicial independence, impartiality — Test for judicial independence asking whether reasonable person, fully informed of all circumstances, would consider that particular court enjoys necessary independent status — There are three essential conditions or core characteristics of judicial independence — Applicants asked Court to find additional condition that would apply to particular process leading up to appointment — Design of appointment process not within Court's purview — In determining constitutionality, Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, applied principles of judicial independence, impartiality — Authorities upon which applicants relied not supporting arguments seeking to add further pre-appointment condition — This not surprising given particular constitutional structure governing judicial appointments — Effect of s. 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet, a political body — Political element "baked" into appointments process by Constitution's designation of Cabinet as appointing authority — Application dismissed.

Continued on next page

preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), ainsi qu'aux principes de justice fondamentale, notamment les principes constitutionnels non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit — Ils ont soutenu, entre autres choses, que la part que prend le ministre dans la nomination de la majorité des membres des CCM puis celle que prennent des membres du parti au pouvoir dans les consultations menées par le ministre avant de formuler ses recommandations au Cabinet témoignent d'une certaine ingérence politique dans le processus de nomination à la magistrature fédérale, ce qui contrevient aux principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires — Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit? — Il n'y a eu aucune violation de la Constitution — Il y avait des divergences entre les parties en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La preuve appuyait la thèse des demandeurs selon laquelle les consultations menées avant que le ministre formule une recommandation au Cabinet relativement à une nomination à la magistrature peuvent comprendre des consultations auprès d'autres ministres et députés faisant partie du groupe parlementaire du parti au pouvoir — Le défendeur a affirmé que le processus de nomination comporte forcément un certain degré d'intervention politique — La question était de savoir si ces caractéristiques du processus enfreignent les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires — Le critère de l'indépendance judiciaire pose la question de savoir si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis — Il y a trois conditions ou caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire — Les demandeurs ont demandé à la Cour de reconnaître une condition supplémentaire qui s'appliquerait précisément au processus menant à une nomination — La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour — Pour se prononcer sur la constitutionnalité, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés,

Suite à la page suivante

Constitutional Law — Fundamental Principles — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Authority to appoint judges to superior courts assigned to Governor General under *Constitution Act, 1867* (Constitution), s. 96 — Federal judicial appointments made by Governor General on advice of Cabinet — In turn, Cabinet acting on advice of Minister of Justice (Minister), who receives list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC) — Applications for judicial appointment assessed by applicable JAC — Report of JAC's assessment of each candidate provided to Minister — Before recommending that Cabinet make particular judicial appointment, Minister may consult with others — Much of disputed evidence in present application surrounded nature of those consultations — Applicants sought order and/or declaration stating that federal judicial appointments, elevations systems fail to comply or accord with Constitution, s. 96 — Whether federal judicial appointments, elevations systems violating Constitution, s. 96, unwritten constitutional principles of judicial independence, rule of law — No constitutional violation found — Controversy related to process occurring between Minister's receipt of JAC recommendations, Minister making recommendation to Cabinet on judicial appointment — Design of appointment process not within Court's purview — In determining constitutionality, Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, applied principles of judicial independence, impartiality — Effect of s. 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet, a political body — Political element "baked" into appointments process by Constitution's designation of Cabinet as appointing authority — Changes to appointments process can be made that are not so fundamental as to require constitutional amendment — However, not Court's role to comment on such possibilities.

Continued on next page

mesurés et appliqués — La jurisprudence invoquée par les demandeurs n'a pas étayé leur argument cherchant à ajouter une autre condition préalable à la nomination — Ceci n'était pas étonnant, compte tenu de la structure constitutionnelle particulière qui régit les nominations à la magistrature au Canada — L'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet, un organe politique — Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Le gouverneur général détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures conformément à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la Constitution) — Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet — Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM) — Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont évaluées par le CCM concerné — Le CCM prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat pour le ministre — Le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution — Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit? — Il n'y a eu aucune violation de la Constitution — Des divergences existaient en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour — Pour se prononcer sur la constitutionnalité, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont

Suite à la page suivante

Practice — Parties — Standing — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Applicants not asserting personal interest in judicial appointments or elevations process that they wished to challenge — Whether applicants should be granted public interest standing to bring application — Public interest standing granted to applicants — Applicants having genuine interest in issue raised herein — Constitutional issue surrounding judicial independence satisfied seriousness requirement — Determination of whether particular matter offending constitutional principles very much in Court's wheelhouse — This application did not address arguments advanced solely in hypothetical, abstract sense — Potential implications of issue did not make issue non-justiciable — Doctrine of necessity applied herein — Court not without factual matrix to support adjudication of issue.

Practice — Affidavits — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Portions of applicants' affidavits struck as impermissible hearsay, impermissible opinion evidence — Affidavits referencing, appending as exhibits media articles that refer to statements by, *inter alia*, Government officials related to judicial appointments process — No evidence that applicants made efforts to obtain direct evidence — Applicants did not meet burden to establish that direct evidence was unavailable — Constitutional cases with wide implications should not be decided based on what one finds in newspapers.

Continued on next page

été examinés, mesurés et appliqués — L'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet, un organe politique — Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations — Des changements peuvent être apportés au processus de nomination à la magistrature fédérale qui ne sont pas si fondamentaux qu'ils nécessitent une modification constitutionnelle — Cependant, il n'appartenait pas à la Cour de formuler des observations sur ces possibilités.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Les demandeurs n'ont pas fait valoir d'intérêt propre quant aux processus de nomination ou de promotion au sein de la magistrature qu'ils voulaient contester — La qualité pour agir dans l'intérêt public devait-elle être accordée aux demandeurs afin de présenter leur demande? — La qualité pour agir dans l'intérêt public a été reconnue aux demandeurs — Les deux demandeurs avaient un intérêt véritable dans la question soulevée en l'espèce — La question constitutionnelle se rapportant à l'indépendance judiciaire satisfaisait à l'exigence du sérieux — Il est du ressort de la Cour de décider si un élément donné contrevient aux principes constitutionnels — La présente demande ne soulevait pas des thèses formulées uniquement d'un point de vue hypothétique et abstrait — Les répercussions possibles de la question soulevée par les demandeurs ne rendaient pas cette question non justiciable — La théorie de la nécessité s'appliquait à l'espèce — La Cour disposait d'un cadre factuel lui permettant de se prononcer sur la question.

Pratique — Affidavits — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Certaines parties des affidavits des demandeurs ont été exclues parce qu'elles constituaient du ouï-dire inadmissible et un témoignage d'opinion inadmissible — Les affidavits faisaient état et étaient assortis, à titre de pièces, de plusieurs articles de presse traitant, entre autres choses, de déclarations de représentants du gouvernement au sujet du processus de nomination à la magistrature — Aucune preuve ne démontrait que les demandeurs ont tenté d'obtenir des éléments de preuve directs — Les demandeurs ne se sont

Suite à la page suivante

Contact Lens King Inc. *v.* Canada (F.C.A.) 266

Customs and Excise — *Excise Tax Act* — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C. or Tax Court) decision finding that appellant's supply of contact lenses to customers residing in Canada was not zero-rated supply within meaning of *Excise Tax Act* (Act), more specifically s. 9 of Part II of Schedule VI of Act (s. 9) — Tax Court had to determine whether supply of such lenses to customers residing in Canada was zero-rated supply within meaning of Act — T.C.C. Judge ruled that in order to benefit from zero-rating, appellant had to obtain, keep copy of prescription (referred to in s. 9) or assessment record that was issued by health care professional — Held that such requirement was essential condition for supplies at issue to receive zero-rated status — Appellant, non-resident corporation in business of selling contact lenses online; makes most of its sales in U.S. but has had customers in Canada for several years; is GST registrant under Act — Minister of National Revenue initiated audit of appellant's business; of view that sales appellant made in Canada during period at issue not zero-rated supplies — Appellant allegedly failed to collect GST in amount of $29,770.97 — On appeal, appellant argued in particular that Tax Court erred in interpretation of Act, ss. 9, 286(1), which, in appellant's view, do not impose duty on it to obtain and keep, from its Canadian customers, copy of prescription referred to in s. 9 — Whether T.C.C. judge erred in finding that appellant, in order for supply of contact lenses to its Canadian customers to be zero-rated, had to obtain, keep copy of prescription showing, for each customer, that said lenses had to be used for treatment or correction of vision defect; if he erred in so finding, whether T.C.C. judge also erred in holding that appellant had failed to provide reasonable evidence of existence of such prescriptions for supplies made during audit period at issue — Appellant not required by Act, as sine qua non of zero-rating, to obtain, keep copy of prescriptions for supplies at issue — T.C.C. judge correctly identified various components of s. 9 — However, T.C.C. judge erred when considered that supplier must obtain, keep copy of prescription — Wording of s. 9 not making any explicit reference to fact that contact lens supplier must obtain copy of prescription from its customers, then keep that copy — There was therefore risk in present case that interpretation adopted by T.C.C. judge supplemented text of s. 9, which courts must refrain from doing — Furthermore, contextual elements weighed against interpretation adopted by T.C.C. judge, namely, Parliament's objective in adopting

Continued on next page

Contact Lens King Inc. *c.* Canada (C.A.F.) 266

Douanes et Accise — *Loi sur la taxe d'accise* — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I. ou Cour de l'impôt) portant que la fourniture, par l'appelante, de lentilles cornéennes à des clients résidant au Canada ne constituait pas une fourniture détaxée au sens de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi) et, plus particulièrement, de l'article 9 de la partie II de l'annexe VI de la Loi (l'article 9) — La Cour de l'impôt devait déterminer si la fourniture de telles lentilles à des clients résidant au Canada constituait une fourniture détaxée au sens de la Loi — Le juge de la C.C.I. a statué que pour bénéficier de la détaxation, l'appelante devait obtenir et conserver une copie de l'ordonnance ou du dossier d'évaluation (la prescription) émanant d'un professionnel de la santé, à laquelle réfère l'article 9 — Il a conclu que cette exigence s'imposait comme condition essentielle à la détaxation des fournitures en cause — L'appelante, une société non résidente, exploite une entreprise de vente de lentilles cornéennes en ligne; elle effectue la majorité de ses ventes aux États-Unis, mais compte, depuis quelques années, une clientèle au Canada et est inscrite, aux termes de la Loi, aux fichiers de la TPS — La ministre du Revenu national a entrepris une vérification des affaires de l'appelante; elle était d'avis que les ventes effectuées au Canada par l'appelante pendant cette période ne constituaient pas des fournitures détaxées — L'appelante aurait omis de percevoir un montant de TPS de l'ordre de 29 770,97 $ — Lors de l'appel, l'appelante a soutenu notamment que le juge de la C.C.I. avait erré dans son interprétation du paragraphe 286(1) et de l'article 9 de la Loi, lesquels, selon l'appelante, ne lui imposent aucune obligation d'obtenir et conserver de sa clientèle canadienne une copie de la prescription dont fait état l'article 9 — Il s'agissait de savoir si le juge de la C.C.I. a commis une erreur en concluant que, pour que la fourniture de lentilles cornéennes à sa clientèle canadienne soit détaxée, l'appelante devait obtenir, et conserver, une copie de la prescription démontrant, pour chaque client, que lesdites lentilles devaient servir au traitement ou la correction d'un trouble visuel; et s'il a erré en concluant de la sorte, si le juge de la C.C.I. a par ailleurs également erré en jugeant que l'appelante n'avait pas réussi à fournir une preuve raisonnable de l'existence de telles prescriptions en lien avec les fournitures effectuées au cours de la période de vérification en cause — L'appelante n'était pas tenue par la Loi, comme condition sine qua non de la détaxation, d'obtenir et de conserver une copie des

Suite à la page suivante

Part II of Schedule VI of Act, internal structure of Act, 1999 amendment to text of s. 9 — There was no reason not to give provisions of Act, Part II of Schedule VI, given their underlying objective, broad, liberal interpretation insofar as text of these provisions allowed for it — In this case, T.C.C. judge overlooked this contextual element as he did not mention it at all in decision — T.C.C. could not, without erring in law, give interpretation to s. 9 that would require supplier to obtain, keep copy of prescription that customer received from optometrist or another eye specialist — It was matter of internal consistency of Act — Finally, 1999 amendment to text of s. 9 was another contextual element that weighed against interpretation T.C.C. judge adopted — Such amendment also unquestionably reflected Parliament's intention to adopt more flexible approach regarding conditions for zero-rating of contact lenses sold for purpose of treating or correcting vision defect, as well as regarding what is needed to demonstrate that these conditions have been met — Furthermore, Act, s. 286(1) regarding obligation to keep records not allowing Minister, when performing audit of supplies referred to in s. 9, to tax such supplies on sole basis that supplier or retailer did not require from its customers copy of prescriptions related to its supplies, did not keep this copy on file — Consequently, T.C.C. judge also erred in law insofar as he added into Act, s. 286(1) requirement that does not appear in that subsection — Despite these errors, T.C.C. not making any errors warranting Court's intervention herein — T.C.C. finding that appellant's evidence regarding reasonable proof that prescription issued was sparse, based on assumptions, deduction, without any verification — T.C.C. judge could not be criticized, in light of evidence in record, for having ruled as he did — Appeal dismissed.

Continued on next page

prescriptions liées aux fournitures en cause — Le juge de la C.C.I. a bien identifié les différentes composantes de l'article 9 — Il a cependant fait fausse route lorsqu'il a estimé que le fournisseur devait obtenir, et conserver, une copie de la prescription — Le texte de l'article 9 ne contient aucune référence explicite au fait que le fournisseur de lentilles cornéennes doive obtenir de ses clients, et par la suite conserver, une copie de la prescription — Il y avait donc un risque, ici, que l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. ajoute au texte de l'article 9, ce que les tribunaux doivent se garder de faire — De plus, quelques éléments de contexte militaient à l'encontre de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I., soit l'objectif poursuivi par le Parlement en adoptant la partie II de l'annexe VI de la Loi, la structure interne de la Loi et l'amendement apporté au texte de l'article 9 en 1999 — Il n'y avait pas de raison de ne pas interpréter les dispositions de la partie II de l'annexe VI de la Loi largement et libéralement, compte tenu de l'objectif qui les sous-tend, dans la mesure où leur texte le permet — En l'espèce, cet élément de contexte a échappé au juge de la C.C.I., qui n'en a fait aucunement mention dans la décision — La C.C.I. ne pouvait, sans errer en droit, interpréter l'article 9 de manière à faire peser sur le fournisseur l'obligation d'obtenir et de conserver une copie de la prescription obtenue par le client d'un optométriste ou autre spécialiste de la vue — Il en allait de la cohérence interne de la Loi — Finalement, l'amendement de 1999 apporté au texte de l'article 9 constituait un autre élément de contexte jouant en défaveur de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. — Un tel amendement dénotait par ailleurs sans contredit une volonté de la part du Parlement d'adopter une approche plus souple eu égard aux conditions de détaxation des lentilles cornéennes vendues aux fins de traiter ou corriger un trouble de la vue, et ce qui est nécessaire en vue de démontrer que ces conditions ont été remplies — De plus, le paragraphe 286(1) de la Loi, lequel crée une obligation de tenir des registres, n'autorise pas la ministre, lorsqu'elle procède à une vérification portant sur des fournitures visées par l'article 9, à taxer de telles fournitures sur la seule base que le fournisseur ou détaillant n'a pas requis de ses clients, et n'a pas conservé, une copie des prescriptions liées à ses fournitures — En conséquence, dans la mesure où il est venu greffer au paragraphe 286(1) de la Loi une exigence qui n'y apparaît pas, le juge de la C.C.I. a également erré en droit — Malgré ces erreurs, la C.C.I. n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour en l'espèce — La C.C.I. a conclu que la preuve de l'appelante concernant la preuve raisonnable qu'une ordonnance avait été émise était lacunaire et basée sur des hypothèses et déduction, sans quelconque vérification — On ne pouvait reprocher au juge de la C.C.I., à la

Suite à la page suivante

International Air Transport Association *v.* Canadian Transportation Agency (F.C.A.) 301

Air Law — Passenger protection — Appeal challenging validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel — *Canada Transportation Act* (CTA), s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport (Minister) issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less (Direction) requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Agency adopted *Air Passenger Protection Regulations* (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, *inter alia*, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants challenged provisions of Regulations on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Claimed that Regulations contravened *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air* (Montreal Convention) — Appellants submitted, *inter alia*, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with Montreal Convention; that Regulations having impermissible extraterritorial effects that violate territorial sovereignty of foreign states — Appellants of view that Direction constituting impermissible attempt to amend CTA, seeking to modify Parliament's intent by purporting to remove explicit, clear legislative limit to regulatory powers granted by Parliament to Agency — Added that Regulations, s. 8, which imposes obligations regarding tarmac delays, also *ultra vires* regulation-making authority of Agency under s. 86.11 — Appellants needed to demonstrate that non-compensatory damages provided for by Regulations were prohibited by Montreal Convention — Main issues whether: A. minimum compensation to passengers required by Regulations authorized by CTA, s. 86.11(b)(i), compatible with Montreal Convention; B. Regulations, ss. 5-8, 10(3), 11(3),(4),(5), 12(2),(3),(4), 13-18, 23 and 24 *ultra vires* the CTA insofar as they apply to international service because of an impermissible extraterritorial application; C. Direction intra vires the authority of Minister under CTA, s. 86.11(2) — A. Real question to be resolved whether wording of Regulations clear enough to prevail over Montreal Convention in event of conflict between them — Parliament presumed not to intend to legislate in breach of Canada's international law obligations — CTA, s. 78(1) transformed presumption of statutory interpretation into explicit legislative constraint —

Continued on next page

lumière de la preuve au dossier, d'avoir conclu comme il l'a fait — Appel rejeté.

International Air Transport Association C. Office des transports du Canada (C.A.F.) 301

Droit aérien — Protection des passagers — Appel contestant la validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux — L'article 86.11 de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports (ministre) a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic (Directive), ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — L'Office a adopté le *Règlement sur la protection des passagers aériens* (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du Règlement pour le motif qu'elles outrepassaient les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont affirmé que ces dispositions contrevenaient aux obligations internationales du Canada en application de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (Convention de Montréal) — Les appelantes ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal; que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers — Elles ont aussi affirmé que la Directive constituait une tentative inadmissible de modifier la LTC et qu'elle visait à revenir sur l'intention du législateur en tentant de supprimer une restriction législative explicite et claire quant aux pouvoirs de réglementation accordés à l'Office par le législateur — Elles ont ajouté que l'article 8 du Règlement, qui impose aux transporteurs aériens des obligations concernant les retards sur l'aire de trafic, devrait également être jugé comme outrepassant les pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11 — Les appelantes devaient démontrer que les dommages-intérêts non compensatoires prévus dans le Règlement étaient interdits par la Convention de Montréal — Il s'agissait de déterminer principalement A) si l'indemnisation minimale des passagers prévue par le Règlement est autorisée par le sous-alinéa 86.11(b)(i) de la LTC et est compatible avec la Convention de Montréal; B) si l'un ou l'autre des articles 5 à

Suite à la page suivante

Agency not exempted from constraint of s. 78 — In eventuality of conflict, Regulations having to be construed in manner consistent with Montreal Convention — Parliament not intending to require or authorize making of regulations inconsistent with Canada's international obligations — Scheme of Regulations regarding air carrier liability different from that of Montreal Convention — Under Montreal Convention, carrier's liability for delay meant to address individualized damages — Under Regulations, amount of compensation same for all passengers on particular flight — Regulations cover time period before delayed arrival — Regulations closer to consumer protection scheme than to action in damages — Enforcement mechanism of Regulations important characteristic setting it apart from action in damages — Minimum compensation scheme set out in CTA, Regulations therefore markedly different from action for damages — Regulatory regime providing minimum compensation for inconvenience inherent in a delay can operate side by side with Montreal Convention — Regulations adopted to emulate, align with European Union regime — Regulation not incompatible with Montreal Convention, complementary to it, not infringing on its exclusivity principle — Minimum compensation required by Regulations for cancellation, denied boarding falling outside scope of Montreal Convention — Requiring carriers to reimburse baggage fees not contravening Montreal Convention — Regulations, s. 23(1) not accounting for individualized loss — Parliament choosing to provide for regulations relating to "lost or damaged" baggage, not for "delayed" baggage — Interpreting "lost baggage" in CTA, s. 86.11(1)(c) to include baggage delay inconsistent with clear distinction drawn by Montreal Convention between these two terms — Parliament only intended to authorize Agency to regulate minimum compensation relating to lost or damaged baggage, not for delayed baggage — Regulations, s. 23(2) therefore *ultra vires* the CTA — B. Parliament intended to give Regulations extraterritorial reach — That extraterritorial reach not contravening international law, as CTA, s. 86.11 having to be interpreted in manner respecting territorial sovereignty of foreign states — Regulations not infringing foreign states' sovereignty over airspace above their territories — Not purporting to allow for their enforcement on foreign soil — Enforcement taking place in Canada — C. Minister not exceeding scope, limits of his power under CTA, s. 86.11(2) — Limiting Minister's ability to issue directions inimical to ordinary meaning of words used by Parliament in s. 86.11(2) — Direction, Regulations consistent with wording of s. 86.11(2), context, purpose of CTA — Extensive delegation of power, broad ministerial discretion not obstacle to validity of s. 86.11(2) — Appeal dismissed, except with respect to Regulations, s. 23(2), which is found to be *ultra vires* of the CTA .

Continued on next page

8, 13 à 18, 23 ou 24 ou des paragraphes 10(3), 11(3) à 11(5) ou 12(2) à 12(4) du Règlement outrepassent les pouvoirs conférés par la LTC dans la mesure où ils s'appliquent aux services internationaux en raison d'une application extraterritoriale non permise; C) si la Directive est conforme aux pouvoirs que le paragraphe 86.11(2) de la LTC confère au ministre — A) La vraie question à résoudre était de savoir si le libellé du Règlement est suffisamment clair pour l'emporter sur la Convention de Montréal en cas d'incompatibilité entre les deux — On présume que le législateur n'a pas l'intention de légiférer en manquant aux obligations du Canada aux termes du droit international — Le paragraphe 78(1) de la LTC a transformé une présomption d'interprétation législative en une contrainte législative explicite — L'Office n'est pas exempté de la contrainte fixée par l'article 78 — En cas d'incompatibilité, il faut interpréter le Règlement d'une manière compatible avec la Convention de Montréal — Le législateur n'a pas l'intention d'exiger ou de permettre la prise de règlements incompatibles avec les obligations internationales du Canada — Le régime du Règlement en ce qui concerne la responsabilité du transporteur aérien est différent de celui de la Convention de Montréal — La responsabilité du transporteur en cas de retard, conformément à la Convention de Montréal, est censée régler la question des dommages-intérêts individuels — Le Règlement prévoit que le montant de l'indemnité est le même pour tous les passagers d'un vol donné — Le Règlement vise la période précédant l'heure d'arrivée en retard — Le Règlement se rapproche davantage d'un régime de protection des consommateurs que d'une action en dommages-intérêts — Le mécanisme d'application du Règlement est une caractéristique importante qui le distingue d'une action en dommages-intérêts — Le régime d'indemnisation minimale établi dans la LTC et le Règlement sont donc très différents d'une action en dommages-intérêts — Un régime réglementaire prévoyant une indemnisation minimale pour le désagrément découlant d'un retard peut fonctionner parallèlement à la Convention de Montréal — Le Règlement a été adopté afin d'imiter le régime de l'Union européenne et de s'harmoniser avec celui-ci — Le Règlement, loin d'être incompatible avec la Convention de Montréal, s'apparente plutôt à un complément et n'empiète pas sur son principe d'exclusivité — L'indemnité minimale prévue par le Règlement en cas d'annulation ou de refus d'embarquement ne relève pas du champ d'application de la Convention de Montréal — Obliger les transporteurs à rembourser les frais liés aux bagages ne contrevient pas à la Convention de Montréal — Le paragraphe 23(1) du Règlement ne tient pas compte de la perte individualisée — Le législateur a choisi de mettre en place une réglementation concernant la « perte ou [l]'endommagement » des bagages, mais non le « retard » des

Suite à la page suivante

bagages — Interpréter l'expression « perte [...] de bagage » employée à l'alinéa 86.11(1)c) de manière à inclure les retards de bagages est incompatible avec la distinction claire établie entre ces deux termes par la Convention de Montréal — Le seul but du législateur était d'autoriser l'Office à réglementer l'indemnisation minimale pour la perte ou à l'endommagement de bagages, mais non pour le retard de bagages — Le paragraphe 23(2) du Règlement outrepasse donc les pouvoirs conférés par la LTC — B) L'intention du législateur était de donner une portée extraterritoriale au Règlement — La portée extraterritoriale du Règlement ne contrevient pas aux principes du droit international puisque l'article 86.11 de la LTC doit être interprété de manière à respecter la souveraineté territoriale des États étrangers — Le Règlement ne porte pas atteinte à la souveraineté des États étrangers sur l'espace aérien au-dessus de leurs territoires — L'objet du Règlement n'est pas de pouvoir être appliqué en territoire étranger — Les mesures d'exécution sont prises au Canada — C) Le ministre n'a pas dépassé la portée et les limites des pouvoirs que lui confère le paragraphe 86.11(2) de la LTC — Ne pas permettre au ministre de donner des directives au sujet des éléments non visés aux alinéas 86.11(1)a) à f) est incompatible avec le sens ordinaire des mots employés par le législateur au paragraphe 86.11(2) — La Directive et l'article 8 du Règlement cadrent avec le libellé du paragraphe 86.11(2) de la LTC, le contexte et l'objet de la LTC dans son ensemble — Une vaste délégation de pouvoir et un pouvoir discrétionnaire large conféré au ministre ne constituent pas un obstacle à la validité du paragraphe 86.11(2) — Appel rejeté, sauf en ce qui concerne le paragraphe 23(2) du Règlement qui outrepasse les pouvoirs conférés par la LTC.

Federal Court of Appeal Jurisdiction — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — *Canada Transportation Act* (CTA), s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less (Direction) requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Agency adopted *Air Passenger Protection Regulations* (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, *inter alia*, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants challenged provisions of Regulations on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Submitted, *inter alia*, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with *Convention for the*

Compétence de la Cour d'appel fédérale — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic (Directive), ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — L'Office a adopté le *Règlement sur la protection des passagers aériens* (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du Règlement

Continued on next page

Suite à la page suivante

Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal Convention) — Further submitted that Regulations, s. 8, which imposes obligations regarding tarmac delays, also *ultra vires* the regulation-making authority of Agency under s. 86.11 — Court herein having power to rule on validity of Regulations, s. 8, able to determine whether Direction intra vires CTA, s. 86.11 — Necessary to determine "essential nature or character" of claim to decide whether Federal Court (or Federal Court of Appeal) having jurisdiction over it — Impractical, inimical to principle of access to justice to require appellants to first challenge Direction before Federal Court by application for judicial review before challenging Regulations, s. 8 in parallel appeal — Federal Court of Appeal having plenary jurisdiction to decide any matter of law arising out of its original jurisdiction.

pour le motif qu'elles outrepassaient les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (Convention de Montréal) — Elles ont ajouté que l'article 8 du Règlement, qui impose aux transporteurs aériens des obligations concernant les retards sur l'aire de trafic, devrait également être jugé comme outrepassant les pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11 — La Cour en l'espèce avait le pouvoir de se prononcer sur la validité de l'article 8 du Règlement et pouvait décider si la Directive sur laquelle il se fonde était conforme au pouvoir conféré par l'article 86.11 — Il est nécessaire de déterminer « la nature ou le caractère essentiel » d'une demande pour décider si la Cour fédérale (ou la Cour d'appel fédérale) a compétence à cet égard — Il aurait été très peu commode et contraire au principe de l'accès à la justice de demander aux appelantes de commencer par contester la Directive devant la Cour fédérale en présentant une demande de contrôle judiciaire avant de contester l'art. 8 du Règlement dans un appel parallèle — La Cour d'appel fédérale a compétence absolue pour trancher toute question de droit qui découle de sa compétence en première instance.

International Law — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — *Canada Transportation Act* (CTA), s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Agency adopted *Air Passenger Protection Regulations* (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, *inter alia*, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants challenged provisions of Regulations on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Claimed that Regulations contravened *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air* (Montreal Convention) — Appellants submitted, *inter alia*, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with Montreal Convention; that Regulations having impermissible extraterritorial effects that violate territorial sovereignty of foreign states — Case law from European Court of Justice showing that regulatory regime providing minimum compensation for inconvenience inherent in a delay

Droit international — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic, ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — L'Office a adopté le *Règlement sur la protection des passagers aériens* (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du nouveau Règlement pour le motif qu'elles outrepassaient les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont affirmé que ces dispositions contrevenaient aux obligations internationales du Canada en application de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (Convention de Montréal) — Les appelantes ont prétendu, entre autres choses, que l'art. 86.11 doit être interprété comme

Continued on next page

Suite à la page suivante

can operate side by side with Montreal Convention — State practice confirming that standardized compensation for flight cancellation, denial of boarding and/or delay compatible with individual damages prescribed by Montreal Convention — Regulations adopted with a view to emulating and aligning with European Union regime — Practice of parties to a treaty useful in clarifying meaning to be given to treaty — In case at bar, 73 out of 135 State parties to Montreal Convention having local regime requiring standardized compensation for air passengers — State practice aiding to arrive at proper interpretation of Montreal Convention — Criticism of scholars not superseding State practice when interpreting international treaty — As to extraterritorial reach of Regulations, not contravening international law, as CTA, s. 86.11 having to be interpreted in manner respecting territorial sovereignty of foreign states — Regulations not infringing foreign states' sovereignty over airspace above their territories — Not purporting to allow for their enforcement on foreign soil — Enforcement of Regulations taking place in Canada.

Evidence — International law — Admissibility of affidavits — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — *Canada Transportation Act*, s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Appellants challenged provisions of *Air Passenger Protection Regulations* (Regulations) on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Claimed that Regulations contravened *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air* (Montreal Convention) — Appellants submitted, *inter alia*, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with Montreal Convention; that Regulations having impermissible extraterritorial effects that violate territorial sovereignty of foreign states

Continued on next page

n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal; que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers — La jurisprudence de la Cour européenne de justice démontre qu'un régime réglementaire prévoyant une indemnisation minimale pour le désagrément découlant d'un retard peut fonctionner parallèlement à la Convention de Montréal — La pratique des États confirme que l'indemnisation standardisée pour l'inconvénient découlant d'une annulation de vol, d'un refus d'embarquement ou d'un retard est compatible avec la Convention de Montréal — Le Règlement a été adopté afin d'imiter le régime de l'Union européenne — La pratique des parties à un traité est certainement très utile pour préciser le sens du traité — En l'espèce, 73 des 135 États parties à la Convention de Montréal ont mis en place un régime local rendant obligatoire l'indemnisation standardisée des passagers aériens — La pratique des États permet d'interpréter correctement la Convention de Montréal — La critique formulée par les spécialistes ne l'emporte pas sur la pratique des États en ce qui concerne l'interprétation d'un traité international — La portée extraterritoriale du Règlement ne contrevient pas aux principes du droit international puisque l'article 86.11 de la LTC doit être interprété de manière à respecter la souveraineté territoriale des États étrangers — Le Règlement ne porte pas atteinte à la souveraineté des États étrangers sur l'espace aérien au-dessus de leurs territoires — L'objet du Règlement n'est pas de pouvoir être appliqué en territoire étranger — Les mesures d'exécution de la loi sont prises au Canada.

Preuve — Droit international — Recevabilité des affidavits — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic, ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du nouveau *Règlement sur la protection des passagers aériens* (Règlement) pour le motif qu'elles outrepassent les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont affirmé que ces dispositions contrevenaient aux obligations internationales du Canada en application de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (Convention de Montréal) — Les appelantes

Suite à la page suivante

— Admissibility of appellants' expert evidence at issue — Foreign law long characterized as fact for purpose of law of evidence — Should international law be treated as question of fact? — Preferred view is that international law is question of law — Canadian courts should take judicial notice of it without need to resort to expert opinion — Evidence purporting to give a legal opinion on the interpretation or application of an international convention is inadmissible, at least with respect to customary international law, international treaties that have been incorporated into Canadian law — International law in many respects domestic law, presumed to be interpreted so as to conform to Canadian international obligations — Expert opinion on question of law hardly necessary — Expert opinion must bring expertise outside purview of judge's skills, knowledge — Disagreement on proper interpretation of law cannot be test to determine admissibility of expert opinion evidence — International law should not be pleaded as fact, to be proven by way of affidavit.

Construction of Statutes — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — *Canada Transportation Act*, s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Agency adopted *Air Passenger Protection Regulations* (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, *inter alia*, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants claimed, *inter alia*, that Regulations contravened *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air* (Montreal Convention) — Nothing in Act, s. 86.11 or in its overall context suggesting that Parliament intended to require or authorize the making of regulations that are inconsistent with Canada's international obligations — Practice of parties to treaty useful in clarifying meaning to be given to treaty, may result in narrowing, widening or otherwise determining range of possible interpretations — State practice aiding to arrive at proper interpretation of Montreal Convention — One does

Continued on next page

ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal; que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers — La recevabilité des témoignages d'experts des appelantes était en cause — Le droit étranger est, depuis longtemps, caractérisé comme un énoncé de fait aux fins du droit de la preuve — Le droit international doit-il être traité comme une question de fait? — L'opinion privilégiée est que le droit international est une question de droit — Les tribunaux canadiens prennent d'office connaissance du droit international sans qu'il soit nécessaire de recourir aux opinions d'experts — Les éléments de preuve visant à donner une opinion juridique sur l'interprétation ou l'application d'une convention internationale sont irrecevables, du moins en ce qui concerne le droit international coutumier et les traités internationaux qui ont été incorporés dans le droit canadien — Le droit international constitue, à plusieurs égards, le droit interne, présumé être interprété d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada — L'on peut difficilement prétendre que les opinions d'experts sur ce type de question sont nécessaires — L'opinion d'expert doit apporter une expertise dépassant la portée des compétences et des connaissances du juge — Un désaccord quant à l'interprétation correcte du droit ne saurait être le critère utilisé pour décider de la recevabilité de témoignages d'opinion d'experts — Le droit international ne devrait pas être invoqué comme un simple fait, à établir au moyen d'un affidavit ou de preuve testimoniale.

Interprétation des lois — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la *Loi sur les transports au Canada* oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — L'Office a adopté le *Règlement sur la protection des passagers aériens* (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont affirmé, entre autres choses, que le Règlement contrevenait à la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (Convention de Montréal) — Rien dans l'article 86.11 ou dans son contexte général n'indique une intention du législateur d'exiger ou de permettre la prise de règlements incompatibles avec les obligations internationales du Canada — La pratique des parties à un traité est utile pour préciser le sens à donner au traité et peut réduire, élargir ou

Suite à la page suivante

not first construe Montreal Convention in abstract to then determine if text, context, practice fit that interpretation — To exclude from consideration State practice that does not coincide with one's preferred interpretation of legal instrument inimical to general principles of statutory construction.

déterminer autrement l'éventail des interprétations possibles — La pratique des États permet d'interpréter correctement la Convention de Montréal — On ne peut d'abord interpréter la Convention de Montréal en théorie, puis décider si le texte, le contexte et la pratique cadrent avec cette interprétation — Ne pas tenir compte de la pratique des États, si elle ne cadre pas avec l'interprétation choisie d'un instrument juridique, irait à l'encontre des principes généraux d'interprétation législative.

APPEALS NOTED

(April 2023)

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

FEDERAL COURT OF APPEAL

Jensen v. Samsung Electronics Co. Ltd., T-809-18, 2021 FC 1185, [2022] 3 F.C.R. 34, has been affirmed on appeal (A-314-21, 2023 FCA 89). The reasons for judgment, handed down April 28, 2003, and amended June 8, 2023, will be published in the *Federal Courts Reports.*

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Mohr v. National Hockey League, A-182-21, 2022 FCA 145, [2021] 4 F.C.R. 465, Rennie J.A., judgment dated August 17, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused April 20, 2023.

Oddleifson v. Canada, A-103-21, 2022 FCA 172, Rennie J.A., judgment dated October 13, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused April 13, 2023.

APPELS NOTÉS

(avril 2023)

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

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Jensen c. Samsung Electronics Co. Ltd.*, T-809-18, 2021 CF 1185, [2022] 3 R.C.F. 34, a été confirmée en appel (A-314-21, 2023 CAF 89). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 28 avril 2023 et modifiés le 8 juin 2023, seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales.*

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Mohr c. Ligue nationale de hockey, A-182-21, 2022 CAF 145, [2021] 4 R.C.F. 465, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 17 août 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 avril 2023.

Oddleifson c. Canada, A-103-21, 2022 CAF 172, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 13 octobre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 avril 2023.

ERRATUM

In the Contents of 2023, Vol. 1, Part 1, it is indicated that there are Appeals Noted on page I. However, there are no Appeals Noted in 2023, Vol. 1, Part 1.

In *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2011] 4 F.C.R. 3 (F.C.A.), at page 5, the sentence in the third and fourth lines is amended to read: “If the answer is no, the claimant is not excluded.”

ERRATUM

Dans le sommaire de 2023, Vol. 1, 1er fascicule, il est indiqué qu’il y a des appels notés à la page I. Cependant, il n’y a aucun appel noté dans ce fascicule.

Dans l’arrêt *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2011] 4 R.C.F. 3 (C.A.F.), à la page 5, la phrase à la cinquième et à la sixième ligne est modifiée comme suit : « Si la réponse est négative, le demandeur n’est pas exclu. »

Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

2023, Vol. 2, Part 1

2023, Vol. 2, 1er fascicule

A-230-21
2022 FCA 183

David Randall Miller (*Appellant*)

v.

Minister of National Revenue (*Respondent*)

Indexed as: Miller v. Canada (National Revenue)

Federal Court of Appeal, Gleason, Mactavish and Roussel JJ.A.—Toronto, May 11; Ottawa, October 31, 2022.

Income Tax — Administration and Enforcement — Appeal from Federal Court order issued pursuant to Income Tax Act (ITA), s. 231.7 ordering appellant to provide information, produce documents, seek information and documents from various sources — Appellant audited in respect of several taxation years — Federal Court granted order in respect of, inter alia, invoices, information from appellant's bank accounts, trust ledgers — All items appellant ordered to provide requested under s. 231.1 — Federal Court determined that such items were matters that taxpayer could be required to provide under s. 231.1, thus could be subject of compliance order under s. 231.7 — Rejected appellant's reading of decision of Federal Court of Appeal in Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation — Concluded that broad wording used in s. 231.1(1) afforded Federal Court authority to make order it made — Determined that s. 231.1(1) affording respondent Minister authority to require production of information of sort appellant ordered to provide, to require appellant to attempt to obtain requested documents, information from bank in Luxembourg, accountant, solicitors — Appellant submitted that Cameco establishes that Federal Court lacked authority to make almost all parts of order under appeal — Whether Federal Court erred in its interpretation of s. 231.1 — Federal Court not erring in finding that documents, information in question subject of requests made under s. 231.1 — Text, context, purpose of relevant provisions in ITA examined — Text of s. 231.1(1)(a),(b) supporting authority of Minister to have issued requests — Term "document" in s. 231 meaning much more than physical record — Dictionary definitions not supporting appellant's conclusion, namely that audit precluding asking for information about funds, e.g. in taxpayer's bank account — Terms "audit" or "vérifier" broad, encompassing more than physical examination of record in possession of taxpayer — Plain wording of s. 231.1(1)(a) permitting Minister to "audit" "documents" — S. 231.1(1)(a) supporting authority of Canada Revenue Agency to seek sort of information sought

A-230-21
2022 CAF 183

David Randall Miller (*appelant*)

c.

Le ministre du Revenu national (*intimé*)

Répertorié : Miller c. Canada (Revenu national)

Cour d'appel fédérale, juges Gleason, Mactavish et Roussel, J.C.A.—Toronto, 11 mai; Ottawa, 31 octobre 2022.

Impôt sur le revenu — Application et Exécution — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale rendue conformément à l'article 231.7 de la Loi de l'impôt sur le revenu (la LIR) ordonnant à l'appelant de fournir des renseignements, de produire des documents et d'obtenir des renseignements et des documents auprès de sources diverses — L'appelant faisait l'objet d'une vérification à l'égard de plusieurs années d'imposition — La Cour fédérale a rendu une ordonnance portant, entre autres choses, sur des factures, les renseignements des comptes bancaires de l'appelant, des grands livres de fiducie — Tous les éléments ordonné à l'appelant de fournir avaient été demandés conformément à l'article 231.1 — La Cour fédérale a déterminé qu'un contribuable était tenu de fournir de tels éléments en vertu de l'article 231.1 et que, par conséquent, ils pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de production au titre de l'article 231.7 — Elle a rejeté l'interprétation qu'a faite l'appelant de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation — Elle a conclu que le libellé général employé au paragraphe 231.1(1) lui conférait le pouvoir de rendre l'ordonnance qu'elle a rendue — Elle a aussi conclu que le paragraphe 231.1(1) confère au ministre le pouvoir d'exiger la production de renseignements de la nature de ceux que la Cour a ordonné à l'appelant de fournir, et d'exiger que l'appelant tente d'obtenir les documents et les renseignements demandés auprès de sa banque au Luxembourg, de ses comptables et de ses avocats — L'appelant a soutenu que l'arrêt Cameco permettait de conclure que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre toutes les parties de l'ordonnance visée par l'appel — Il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de l'article 231.1 — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les documents et les renseignements en question faisaient l'objet des demandes fondées sur l'article 231.1 — Le texte, le contexte et l'objet des dispositions pertinentes de la LIR ont été examinés — Le libellé des alinéas 231.1(1)a) et b) de la

in case at bar — Clear in Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue) that Minister may obtain information under s. 231.1(1)(a) — Information not contained in appellant's books, records may be sought in request under s. 231.1(1)(a) — Relevant context in ITA, case law interpreting it, supporting Federal Court's authority to issue order under appeal in present case — Ss. 231.1, 231.2 not each complete codes as argued by appellant — Provisions at issue not watertight compartments, overlap existing between them — Because overlap possible, ss. 232, 231.6 not read as setting out the only processes for obtaining documents from appellant's solicitors, bank in Luxembourg — Appellant not ordered to produce documents held by solicitors, but rather to seek them — Given broad wording of s. 231.1(1)(a),(b),(d), Federal Court entitled to require that appellant make these inquiries — Provisions at issue serving purpose of affording mechanism to Minister to monitor, ensure compliance with ITA — Such purpose supporting interpretation of s. 231.1 herein — Federal Court possessing requisite authority to order appellant to provide information it ordered him to provide — Appeal dismissed.

Federal Court Jurisdiction — Federal Court ordering appellant to provide information, produce documents, seek information and documents from various sources pursuant to Income Tax Act (ITA), s. 231.7 — Appellant audited in respect of several taxation years — Federal Court determined that requested items were matters that taxpayer could be required to provide under s. 231.1, thus subject of compliance order under s. 231.7 — Rejected appellant's reading of decision of Federal Court of Appeal in Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation — Appellant submitted that Cameco establishes that Federal Court lacked authority to make almost all parts of order under appeal — Federal Court not erring in holding that Cameco not limiting jurisdiction of Federal Court in way

LIR soutient le pouvoir du ministre de délivrer les demandes en question — Le terme « document » signifie beaucoup plus qu'un document pouvant faire l'objet d'une inspection physique — Les définitions des dictionnaires n'étayaient pas la conclusion préconisée par l'appelant, à savoir qu'une vérification empêche de demander des renseignements sur, par exemple, les fonds se trouvant dans le compte bancaire d'un contribuable — Les termes « vérifier » ou « audit » sont de portée large et englobent davantage que l'examen physique d'un document en possession du contribuable — Le libellé clair de l'alinéa 231.1(1)a) permet au ministre de « vérifier » les « documents » — L'alinéa 231.1(1)a) conférait à l'ARC le pouvoir d'obtenir le genre de renseignements demandés en l'espèce — Il est clair dans l'arrêt Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national) que le ministre peut obtenir des renseignements visés à l'alinéa 231.1(1)a) — Les renseignements qui ne se trouvent pas dans les livres et registres de l'appelant peuvent être demandés dans une demande fondée sur l'alinéa 231.1(1)a) — Le contexte en cause dans la LIR et la jurisprudence interprétant la LIR appuyaient le pouvoir de la Cour fédérale de rendre l'ordonnance portée en appel en l'espèce — Les articles 231.1 et 231.2 ne constituent pas chacun un code complet tel qu'avancé par l'appelant — Les diverses dispositions en cause dans le présent appel ne sont pas des cloisons étanches et elles se recoupent — Parce que le recoupement est possible, on ne peut interpréter les articles 232 et 231.6 comme énonçant qu'il s'agit des seuls processus permettant d'obtenir des documents auprès des avocats de l'appelant de sa banque au Luxembourg — Il n'a pas été ordonné à l'appelant de produire les documents détenus par ses avocats, mais plutôt de les obtenir — Compte tenu du libellé général des alinéas 231.1(1)a), b) et d), la Cour fédérale était en droit d'exiger que l'appelant effectue ces recherches — Les dispositions en cause dans le présent appel servent à fournir au ministre un mécanisme visant à veiller au respect de la LIR — Pareil objet venait étayer l'interprétation de l'article 231.1 dans le cas présent — La Cour fédérale a eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir d'ordonner à l'appelant de fournir les renseignements qu'elle a ordonné qu'il fournisse — Appel rejeté.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a ordonné à l'appelant de fournir des renseignements, de produire des documents et d'obtenir des renseignements et des documents auprès de sources diverses conformément à l'article 231.7 de la Loi de l'impôt sur le revenu (la LIR) — L'appelant faisait l'objet d'une vérification à l'égard de plusieurs années d'imposition — La Cour fédérale a déterminé qu'un contribuable était tenu de fournir de tels éléments en vertu de l'article 231.1 et que, par conséquent, ils pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de production au titre de l'article 231.7 — Elle a rejeté l'interprétation qu'a faite l'appelant de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation — L'appelant a

appellant submitted, that relevant provisions in ITA affording Federal Court jurisdiction to make order under appeal.

This was an appeal from a Federal Court order issued pursuant to section 231.7 of the *Income Tax Act* (ITA), ordering the appellant to provide information, produce documents, and seek information and documents from various sources.

The appellant had a consulting business and was being audited in respect of several taxation years. The respondent Minister sought orders in respect of several items, and the Federal Court granted an order in respect of, *inter alia*, invoices issued by the appellant to one of his clients, information and documents from the appellant's bank accounts in Luxembourg, a copy of the trust ledgers for the appellant, and details of the appellant's gross professional income reported in his 2016 tax return. The appellant had argued before the Federal Court that he could not be required to provide, under section 231.1 of the ITA, any information beyond information relating to the provenance, location or maintenance of his books and records or other documents; documents that were outside of his possession and that were in the hands of third parties, who acted on the appellant's behalf; and documents and information that the appellant alleged were not sought in the demands made under section 231.1. In order to succeed in the application for a compliance order, the Minister was required to establish that: (1) the items had been sought under section 231.1 of the ITA, and the appellant was required to provide them under that provision; (2) the appellant had not done so within a reasonable period of time; and (3) the requested items were not protected by solicitor-client privilege (not in issue herein). The Federal Court accepted that all the items it ordered the appellant to provide had been requested under section 231.1. It determined that such items were matters that a taxpayer could be required to provide under section 231.1 and thus could be the subject of a compliance order under section 231.7. More specifically, the Federal Court rejected the appellant's reading of the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation* (*Cameco*), finding that the ruling in that case was limited to a finding that a taxpayer cannot be compelled to submit to an oral interview and answer questions posed during the interview. The Federal Court concluded that the broad wording used in subsection 231.1(1) of the ITA and, in particular, the reference to information that ought to have been in a taxpayer's books and records in that subsection afforded the Federal Court the authority to make the order it made because the items in question were properly

soutenu que l'arrêt Cameco permettait de conclure que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre toutes les parties de l'ordonnance visée par l'appel — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tirant la conclusion selon laquelle l'arrêt Cameco ne limite pas la compétence de la Cour fédérale de la façon dont l'a fait valoir l'appelant, et que les dispositions pertinentes de la LIR conféraient à la Cour fédérale la compétence pour rendre l'ordonnance visée par l'appel.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance de la Cour fédérale rendue conformément à l'article 231.7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR) ordonnant à l'appelant de fournir des renseignements, de produire des documents et d'obtenir des renseignements et des documents auprès de sources diverses.

L'appelant exploitait une entreprise de consultation et faisait l'objet d'une vérification à l'égard de plusieurs années d'imposition. Le ministre intimé a sollicité des ordonnances à l'égard de plusieurs éléments, et la Cour fédérale a rendu une ordonnance portant sur, entre autres choses, des factures envoyées par l'appelant à l'une de ses clientes, les renseignements et documents des comptes bancaires de l'appelant au Luxembourg, une copie des grands livres de fiducie de l'appelant et les détails du revenu professionnel brut de l'appelant figurant dans sa déclaration de revenus pour 2016. Devant la Cour fédérale, l'appelant avait avancé qu'il ne pouvait pas être tenu de fournir, en vertu de l'article 231.1 de la LIR, les renseignements au-delà de ceux qui concernent la provenance, l'emplacement ou la conservation de ses livres et registres ou d'autres documents; les documents qu'il n'avait pas en sa possession, et qui étaient en possession de tiers, qui agissaient en son nom; et les documents et les renseignements qui, selon lui, n'étaient pas exigés dans les demandes faites en application de l'article 231.1. Pour que la demande d'ordonnance de production soit accueillie, le ministre était tenu d'établir que : 1) les éléments avaient été demandés conformément à l'article 231.1 de la LIR et l'appelant était tenu de les fournir aux termes de cette disposition; 2) l'appelant ne l'avait pas fait dans un délai raisonnable; et 3) les éléments demandés n'étaient pas protégés par le privilège des communications entre client et avocat (pas en litige en l'espèce). La Cour fédérale a reconnu que tous les éléments qu'elle avait ordonné à l'appelant de fournir avaient été demandés conformément à l'article 231.1 de la LIR. La Cour fédérale a en outre déterminé qu'un contribuable était tenu de fournir de tels éléments en vertu de l'article 231.1 et que, par conséquent, ils pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de production au titre de l'article 231.7. Plus précisément, la Cour fédérale a rejeté l'interprétation qu'a faite l'appelant de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation* (*Cameco*), concluant que la décision rendue dans cet arrêt se limitait à la conclusion selon laquelle un contribuable ne pouvait pas être contraint de se soumettre à une entrevue et de répondre aux questions posées au cours de l'entrevue. La Cour fédérale

the subject of a request under subsection 231.1(1). The Federal Court determined that subsection 231.1(1) affords the Minister the authority to require production of information of the sort the Federal Court ordered the appellant to provide, which went beyond the provenance, location or maintenance of the appellant's books and records or other documents. The Federal Court also determined that subsection 231.1(1) afforded the Minister the authority to require the appellant to attempt to obtain the requested documents and information from his bank in Luxembourg, his accountant, and his solicitors.

The appellant's arguments rested primarily on the decision in *Cameco*. The appellant more specifically submitted that *Cameco* establishes that the Federal Court lacked authority to make almost all parts of the order under appeal.

At issue was whether the Federal Court erred in its interpretation of section 231.1 of the ITA in the case at bar.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err in finding that the documents and information in question were the subject of requests made under section 231.1. The Federal Court also did not err in holding that *Cameco* does not limit the jurisdiction of the Federal Court in the way the appellant submitted and that the relevant provisions in the ITA afforded the Federal Court jurisdiction to make the order under appeal. *Cameco* did not determine the result in this appeal. It only held that the Minister cannot compel oral interviews under paragraph 231.1(1)(a). The text, context and purpose of the relevant provisions in the ITA were examined. The text of paragraphs 231.1(1)(a) and (b) of the ITA supported the authority of the Minister to have issued the requests at issue in this appeal. Section 231 of the ITA provides that a "***document*** includes money, a security and a record". The term therefore means much more than a record that can be physically inspected and includes funds received by a taxpayer, to which the matters ordered by the Federal Court in the case at bar all pertained. Unlike the term "document", the provisions at issue contain no definition of what is meant by an audit. Dictionary definitions do not support the conclusion urged by the appellant, namely, that an audit precludes asking for information about the funds in a taxpayer's bank account, his lawyer's trust accounts or detailed in invoices sent to clients. The terms "audit" or "*vérifier*" are

a conclu que le libellé général employé au paragraphe 231.1(1) de la LIR et, plus précisément, la référence dans ce paragraphe aux renseignements qui auraient dû se trouver dans les livres et registres d'un contribuable conférait à la Cour le pouvoir de rendre l'ordonnance qu'elle a rendue parce que les éléments en question étaient effectivement visés par une demande fondée sur le paragraphe 231.1(1). À cet égard, la Cour fédérale a conclu que le paragraphe 231.1(1) confère au ministre le pouvoir d'exiger la production de renseignements de la nature de ceux que la Cour a ordonné à l'appelant de fournir, qui allaient au-delà de la provenance, de l'emplacement ou de la conservation des livres et registres ou d'autres documents de l'appelant. La Cour fédérale a aussi conclu que, pour les mêmes raisons, le paragraphe 231.1(1) conférait au ministre le pouvoir d'exiger que l'appelant tente d'obtenir les documents et les renseignements demandés auprès de sa banque au Luxembourg, de ses comptables et de ses avocats.

Les arguments avancés par l'appelant reposaient principalement sur la décision rendue dans l'arrêt *Cameco*. Plus précisément, l'appelant a soutenu que l'arrêt *Cameco* permettait de conclure que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre toutes les parties de l'ordonnance visée par l'appel.

Il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de l'article 231.1 de la LIR en l'espèce.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en parvenant à la conclusion que les documents et les renseignements en question faisaient l'objet des demandes fondées sur l'article 231.1. De plus, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tirant la conclusion selon laquelle l'arrêt *Cameco* ne limite pas la compétence de la Cour fédérale de la façon dont l'a fait valoir l'appelant, et que les dispositions pertinentes de la LIR conféraient à la Cour fédérale la compétence pour rendre l'ordonnance visée par l'appel. L'arrêt *Cameco* n'était pas déterminant pour l'issue du présent appel. Cet arrêt a simplement conclu que le ministre ne peut pas contraindre des personnes à assister à des entrevues en vertu de l'alinéa 231.1(1)a). Le texte, le contexte et l'objet des dispositions pertinentes de la LIR ont été examinés. Selon le libellé des alinéas 231.1(1)a) et b) de la LIR, le ministre avait le pouvoir de délivrer les demandes en question dans le présent appel. L'article 231 de la LIR dispose que « [s]ont compris parmi les documents les registres. Y sont assimilés les titres et les espèces ». Le terme signifie donc beaucoup plus qu'un document pouvant faire l'objet d'une inspection physique, et comprend les fonds reçus par un contribuable qui portent sur toutes les questions visées par l'ordonnance rendue par la Cour fédérale en l'espèce. Contrairement au terme « document », les dispositions en cause ne prévoient aucune définition de ce que signifie le verbe « vérifier ». Les définitions des dictionnaires

broad and encompass more than the physical examination of a record in the possession of a taxpayer. The plain wording of paragraph 231.1(1)(a) permits individuals authorized by the Minister to "audit … document[s]". Given the broad statutory definition of "document" which includes money, the dictionary definitions of "audit" (or "*vérifier*"), and the recognition in paragraph 231.1(1)(a) of the ITA that what may be audited includes information that should be in the books and records of the taxpayer, the plain wording of this paragraph supported the authority of the Canada Revenue Agency (CRA) to seek the sort of information sought in the case at bar. In *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)* (*Redeemer*), the Supreme Court held in very clear terms that the Minister may obtain information under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA. This holding in *Redeemer* was not sufficiently drawn to the attention of the panel in *Cameco* as the reasons in *Cameco* do not refer to it. This omission affords a further reason for reading *Cameco* as being narrowly confined to holding that the Minister cannot compel attendance at oral interviews under paragraph 231.1(1)(a). The decision of the Supreme Court in *Redeemer* was a complete answer to the appellant's arguments in the present case and entirely supported the Minister's position. It holds that information that should have been contained in the appellant's books and records, but is not, may be sought in a request under paragraph 231.1(1)(a). The Federal Court's interpretation of paragraph 231.1(1)(a) accorded with the post-*Cameco* decision of the Federal Court of Appeal in *Friedman v. Canada (National Revenue)*. The text of paragraph 231.1(1)(b) also supported the Minister's right to require the information the appellant was ordered to provide in the instant case. The relevant context in the ITA, as well as the case law interpreting it, supported the Federal Court's authority to issue the order under appeal in the present case. The effect of the appellant's argument in this case was to make an assertion that sections 231.1 and 231.2 are each a complete code, such that powers afforded under section 231.2 cannot be exercised under section 231.1. This was an untenable argument in light of the holding of the Supreme Court of Canada in *Redeemer*. That decision establishes that the various provisions at issue in this appeal are not watertight compartments, and that there is overlap between them. The existence of such overlap also foreclosed the appellant's reliance on sections 231.6 and 232 of the ITA. Because overlap is possible, one cannot read section 232 as setting out the only process for obtaining documents from the appellant's solicitors or section 231.6 as setting out the only process for obtaining documents from the appellant's bank in Luxembourg. In the instant case, the Federal Court carefully fashioned its order to not overreach. The appellant was not ordered to produce the documents held by the appellant's solicitors, but rather to seek them and, if they were not forthcoming, to provide the correspondence received by the appellant explaining why the documents would not be disclosed by the persons holding them. Given the broad wording of paragraphs 231.1(1)(a), (b) and (d), the Federal Court was

n'étayent pas la conclusion préconisée par l'appelant, à savoir qu'une vérification empêche de demander des renseignements sur les fonds se trouvant dans le compte bancaire d'un contribuable, les comptes en fidéicommis de son avocat ou des détails sur les factures envoyées à ses clients. Les termes « vérifier » ou « *audit* » sont de portée large et englobent davantage que l'examen physique d'un document en possession du contribuable. Le libellé clair de l'alinéa 231.1(1)a) permet aux personnes autorisées par le ministre de « vérifier » les « documents ». Compte tenu de la définition large du terme « document », qui comprend des espèces, des définitions du verbe « vérifier » (ou du terme « *audit* »), ainsi que de la reconnaissance, à l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR, de ce qui peut faire l'objet d'une vérification, y compris les renseignements qui devraient figurer dans les livres et registres du contribuable, le libellé clair de cet alinéa conférait à l'ARC (Agence du revenu du Canada) le pouvoir d'obtenir le genre de renseignements demandés en l'espèce. Dans l'arrêt *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, la Cour suprême du Canada a conclu en termes très clairs que le ministre peut obtenir des renseignements visés à l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR. Cette conclusion tirée dans l'arrêt *Redeemer* n'a pas suffisamment été portée à l'attention de la formation saisie de l'appel dans l'affaire *Cameco* puisque les motifs prononcés dans l'arrêt *Cameco* n'en font pas mention. Cette omission donne une raison supplémentaire d'interpréter l'arrêt *Cameco* comme se limitant étroitement à la conclusion selon laquelle le ministre ne peut pas contraindre des personnes à assister à des entrevues en vertu de l'alinéa 231.1(1)a). L'arrêt *Redeemer* de la Cour suprême répondait entièrement aux arguments de l'appelant en l'espèce et appuyait entièrement la thèse du ministre. Il y est établi que les renseignements qui auraient dû figurer dans les livres et registres de l'appelant, mais qui n'y s'y trouvent pas, peuvent être demandés dans une demande fondée sur l'alinéa 231.1(1)a). L'interprétation par la Cour fédérale de l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR était conforme à l'arrêt de la Cour d'appel fédérale intitulé *Friedman c. Canada (Revenu national)*, rendu après l'arrêt *Cameco*. Le libellé de l'alinéa 231.1(1)b) appuyait également le droit du ministre d'exiger les renseignements que l'appelant a été ordonné de fournir en l'espèce. Le contexte en cause dans la LIR et la jurisprudence interprétant la LIR appuyaient le pouvoir de la Cour fédérale de rendre l'ordonnance portée en appel en l'espèce. L'effet de l'argument avancé par l'appelant en l'espèce était d'affirmer que les articles 231.1 et 231.2 constituent chacun un code complet, de sorte que les pouvoirs conférés par l'article 231.2 ne peuvent être exercés aux termes de l'article 231.1. Cet argument était insoutenable à la lumière de la conclusion tirée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Redeemer*. Cet arrêt établit que les diverses dispositions en cause dans le présent appel ne sont pas des cloisons étanches et qu'elles se recoupent. L'existence d'un tel recoupement empêchait également l'appelant d'invoquer les articles 231.6 et 232 de la LIR. Parce que le recoupement est possible, on ne peut interpréter l'article 232 comme énonçant qu'il s'agit du seul processus permettant d'obtenir des documents auprès des avocats

entitled to require that the appellant make these inquiries. The provisions at issue in this appeal serve the purpose of affording a mechanism to the Minister, through the CRA, to monitor and ensure compliance with the ITA. The need for such mechanism is self-evident given the self-assessment scheme established under the ITA. Such purpose supported the interpretation given to section 231.1 herein and was inconsistent with the appellant's reading of the section. The text, context and purpose of section 231.1 of the ITA led to the conclusion that the Federal Court was correct in finding that it possessed the requisite authority to order the appellant to provide the information it ordered him to provide and to seek to obtain documents and information from his accountants, his solicitors, and his bank in Luxembourg.

de l'appelant ou l'article 231.6 comme énonçant que le seul processus d'obtention de documents est auprès de la banque de l'appelant au Luxembourg. En l'espèce, la Cour fédérale a formulé son ordonnance avec soin visant à ne pas dépasser les bornes. Il n'a pas été ordonné à l'appelant de produire les documents détenus par ses avocats, mais plutôt de les obtenir et, advenant l'impossibilité de les obtenir, de fournir la correspondance reçue par l'appelant expliquant pourquoi les documents ne lui seraient pas communiqués par les personnes qui les ont en leur possession. Compte tenu du libellé général des alinéas 231.1(1)a), b) et d), la Cour fédérale était en droit d'exiger que l'appelant effectue ces recherches. Les dispositions en cause dans le présent appel servent à fournir au ministre, par l'intermédiaire de l'ARC, un mécanisme visant à veiller au respect de la LIR. La nécessité de se prévaloir d'un tel mécanisme est évidente en soi compte tenu du régime d'autocotisation établi sous le régime de la LIR. Pareil objet venait étayer l'interprétation de l'article 231.1 dans le cas présent et était incompatible avec l'interprétation qu'a fait l'appelant de cet article. Le texte, le contexte et l'objet de l'article 231.1 de la LIR menaient à la conclusion que la Cour fédérale a eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir d'ordonner à l'appelant de fournir les renseignements qu'elle a ordonné qu'il fournisse et de chercher à obtenir les documents et les renseignements auprès de ses comptables, de ses avocats et de sa banque au Luxembourg.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 220(2.01), 230–232.

LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5ᵉ suppl.), ch. 1, art. 230–232.

CASES CITED

APPLIED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643, affg 2006 FCA 325, [2007] 3 F.C.R. 40; *Revcon Oilfield Constructors Incorporated v. Canada (National Revenue)*, 2017 FCA 22, 2017 D.T.C. 5019.

DISTINGUISHED:

BP Canada Energy Company v. Canada (National Revenue), 2017 FCA 61, [2017] 4 F.C.R. 355.

CONSIDERED:

Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation, 2019 FCA 67, [2020] 4 F.C.R. 254; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, 90 D.T.C. 6243; *Friedman v. Canada (National Revenue)*, 2021 FCA 101, 2021 D.T.C. 5056.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643, confirmant 2006 CAF 325, [2007] 3 R.C.F. 40; *Revcon Oilfield Constructors Incorporated c. Canada (Revenu national)*, 2017 CAF 22.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

BP Canada Energy Company c. Canada (Revenu national), 2017 CAF 61, [2017] 4 R.C.F. 310

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation, 2019 CAF 67, [2020] 4 R.C.F. 254; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Friedman c. Canada (Revenu national)*, 2021 CAF 101.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *BP Canada Energy Company v. Canada (National Revenue)*, 2017 FCA 61, [2017] 4 F.C.R. 355; *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, A.C.W.S. (3d) 208 *; Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556; *Canada (National Revenue) v. Amdocs Canadian Managed Services Inc.*, 2015 FC 1234, 2015 D.T.C. 5117; *Canada (National Revenue) v. Ghermezian*, 2022 FC 236, 2022 D.T.C. 5029; *eBay Canada Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2008 FCA 348, [2010] 1 F.C.R. 145; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *BP Canada Energy Company c. Canada (Revenu national)*, 2017 CAF 61, [2017] 4 R.C.F. 355; *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44; *Canada (Revenu national) c. Amdocs Canadian Managed Services Inc.*, 2015 CF 1234; *Canada (Revenu national) c. Ghermezian*, 2022 CF 236; *eBay Canada Limited c. Canada (Revenu national)*, 2008 CAF 348, [2010] 1 R.C.F. 145; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757.

AUTHORS CITED

Barber, Katherine, ed., *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “audit”, “examine”.

Collins English Dictionary, 13th ed. Glasgow: Collins, 2018, “audit”, “examine”.

Nimmo, Claude and Julie Pelpel-Moulian, eds., *Le Petit Larousse illustré*. Paris: Larousse, 2018, “*examiner*”, “*vérifier*”.

Rey, Alain and Josette Rey-Debove, eds., *Le Petit Robert*: *dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Le Robert, 2022, “*examiner*”, “*vérifier*”.

DOCTRINE CITÉE

Barber, Katherine, dir., *Canadian Oxford Dictionary*, 2e éd., Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « *audit* », « *examine* ».

Collins English Dictionary, 13e éd., Glasgow : Collins, 2018, « *audit* », « *examine* ».

Nimmo, Claude et Julie Pelpel-Moulian, dir., *Le Petit Larousse illustré*. Paris : Larousse, 2018, « examiner », « vérifier ».

Rey, Alain et Josette Rey-Debove, dir., *Le Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Le Robert, 2022, « examiner », « vérifier ».

APPEAL from a Federal Court order (2021 FC 851, 2021 D.T.C. 5104) issued pursuant to section 231.7 of the *Income Tax Act* (ITA), ordering the appellant to provide information, produce documents, and seek information and documents from various sources. Appeal dismissed.

APPEL d’une ordonnance de la Cour fédérale (2021 CF 851) rendue conformément à l’article 231.7 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la LIR) ordonnant à l’appelant de fournir des renseignements, de produire des documents et d’obtenir des renseignements et des documents auprès de sources diverses. Appel rejeté.

APPEARANCES

Thang Trieu and *Salvatore Mirandola* for appellant.
Montano Cabezas for respondent.

ONT COMPARU :

Thang Trieu et *Salvatore Mirandola* pour l’appelant.
Montano Cabezas pour l’intimé.

SOLICITORS OF RECORD

KPMG Law LLP, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

KPMG Law LLP, Toronto, pour l’appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l’intimé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] Gleason J.A.: This appeal concerns the authority afforded under section 231.7 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the ITA), to a court to order taxpayers to provide information and documents previously sought in a request issued under section 231.1 of the ITA that a taxpayer refuses to provide.

[2] In the Order under appeal, reasons for which are reported as *Canada (National Revenue) v. Miller*, 2021 FC 851, 2021 D.T.C. 5104 (*Miller*), the Federal Court (*per* Walker J.) issued an order pursuant to section 231.7 of the ITA, ordering the appellant to provide information, produce documents, and seek information and documents from his accountants, his solicitors, and his bank in Luxembourg. The Order followed a series of requests the Minister issued to the appellant under section 231.1 of the ITA.

[3] The appellant submits that the Federal Court's Order should be set aside principally because the decision of this Court in *Canada (National Revenue) v. Cameco Corporation*, 2019 FCA 67, [2020] 4 F.C.R. 254 (*Cameco*) establishes that the Federal Court lacked authority to make the Order. The appellant more specifically contends that *Cameco* stands for the proposition that, where a request has been issued under section 231.1 of the ITA, a court may only order production of documents in a taxpayer's possession and may only require a taxpayer to provide information about the provenance, location or maintenance of the taxpayer's books and records or other documents. Since the Federal Court's Order in the present case was broader, the appellant submits that it must be set aside. The appellant also contends that the Federal Court's remedial authority was circumscribed by the terms of the requests made under section 231.1 of the ITA, and that the Federal Court erred in requiring the appellant to provide documents that had not been sought or that he already provided.

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

[1] La juge Gleason, J.C.A. : Le présent appel concerne le pouvoir prévu à l'article 231.7 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1 (la LIR), dont dispose un tribunal judiciaire d'ordonner aux contribuables de fournir des renseignements et des documents demandés précédemment dans une demande fondée sur l'article 231.1 de la LIR et que le contribuable refuse de fournir.

[2] Dans l'ordonnance faisant l'objet de l'appel, dont les motifs sont répertoriés sous la référence *Canada (Revenu national) c. Miller*, 2021 CF 851 (*Miller*), la Cour fédérale (la juge Walker) a rendu une ordonnance conformément à l'article 231.7 de la LIR, celle-ci ordonnant à l'appelant de fournir des renseignements, de produire des documents et d'obtenir des renseignements et des documents auprès de ses comptables, de ses avocats et de sa banque au Luxembourg. L'ordonnance faisait suite à une série de demandes que le ministre a délivrées à l'appelant en application de l'article 231.1 de la LIR.

[3] L'appelant soutient que l'ordonnance rendue par la Cour fédérale devrait être annulée principalement parce que la décision rendue par notre Cour dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Cameco Corporation*, 2019 CAF 67, [2020] 4 R.C.F. 254 (*Cameco*) établit que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre l'ordonnance. Plus précisément, l'appelant soutient que l'arrêt *Cameco* établit que, lorsqu'une demande fondée sur l'article 231.1 de la LIR a été délivrée, un tribunal judiciaire ne peut qu'ordonner la production des documents en possession du contribuable et peut uniquement exiger que le contribuable fournisse des renseignements au sujet de la provenance, de l'emplacement et de la conservation de ses livres et registres ou d'autres documents. Comme l'ordonnance rendue par la Cour fédérale en l'espèce avait une plus grande portée, l'appelant soutient que cette ordonnance doit être annulée. L'appelant soutient également que le pouvoir de réparation conféré à la Cour fédérale était restreint par les conditions relatives aux demandes fondées sur l'article 231.1 de la LIR, et que la Cour fédérale a commis une erreur en exigeant que l'appelant fournisse des documents qui n'avaient pas été demandés ou qu'il avait déjà fournis.

[4] For the reasons that follow, I conclude that the Federal Court did not err in finding that the documents and information in question were the subject of requests made under section 231.1 of the ITA, with which the appellant did not comply. I also conclude that the Federal Court did not err in holding that *Cameco* does not limit the jurisdiction of the Federal Court in the way the appellant submits and that the relevant provisions in the ITA afforded the Federal Court jurisdiction to make the Order under appeal. I would therefore dismiss this appeal, with costs fixed in the agreed-upon all-inclusive amount of $2,000.

I. Relevant Statutory Provisions

[5] It is useful to commence by setting out the relevant statutory provisions.

[6] The ITA establishes a system for the collection of income tax in this country based on self-reporting by taxpayers. As noted by the Supreme Court of Canada in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at page 637, 90 D.T.C. 6243 (*McKinlay Transport*), it would be naïve to think that all taxpayers will properly self-report and pay the taxes they owe. In recognition of this reality, the ITA contains a broad suite of enforcement mechanisms.

[7] The first of these measures relevant to this appeal is set out in subsection 230(1) of the ITA. It requires taxpayers to maintain books and records in Canada containing the information required to determine the amount of taxes payable by them and provides as follows:

Records and books

230 (1) Every person carrying on business and every person who is required, by or pursuant to this Act, to pay or collect taxes or other amounts shall keep records and books of account (including an annual inventory kept in prescribed manner) at the person's place of business or residence in Canada or at such other place as may be designated by the Minister, in such form and containing such information as will enable the taxes payable under this Act or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined.

[4] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en parvenant à la conclusion que les documents et les renseignements en question faisaient l'objet des demandes fondées sur l'article 231.1 de la LIR, que l'appelant n'a pas respectées. Je conclus également que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tirant la conclusion selon laquelle l'arrêt *Cameco* ne limite pas la compétence de la Cour fédérale de la façon dont le fait valoir l'appelant, et que les dispositions pertinentes de la LIR conféraient à la Cour fédérale la compétence pour rendre l'ordonnance visée par l'appel. Je rejetterais donc le présent appel avec dépens fixés à la somme forfaitaire convenue de 2 000 $.

I. Dispositions législatives pertinentes

[5] Il convient de commencer par énoncer les dispositions législatives pertinentes.

[6] Au Canada, la LIR établit un régime de recouvrement des créances fiscales fondé sur l'autodéclaration des contribuables. Comme l'a mentionné la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627 (*McKinlay Transport*), à la page 637, il serait naïf de croire que tous les contribuables feront les autodéclarations appropriées et paieront les impôts dus. Compte tenu de cette réalité, la LIR renferme une vaste gamme de mécanismes d'application.

[7] La première de ces mesures pertinentes quant au présent appel est énoncée au paragraphe 230(1) de la LIR. Elle exige du contribuable qu'il conserve au Canada les livres et registres qui contiennent les renseignements requis servant à déterminer le montant d'impôt qu'il doit payer. Il est ainsi rédigé :

Livres de comptes et registres

230 (1) Quiconque exploite une entreprise et quiconque est obligé, par ou selon la présente loi, de payer ou de percevoir des impôts ou autres montants doit tenir des registres et des livres de comptes (y compris un inventaire annuel, selon les modalités réglementaires) à son lieu d'affaires ou de résidence au Canada ou à tout autre lieu que le ministre peut désigner, dans la forme et renfermant les renseignements qui permettent d'établir le montant des impôts payables en vertu de la présente loi, ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues.

[8] Sections 230 to 232 of the ITA set out the authority of the Minister of National Revenue (the Minister) to conduct audits, require production of information and documents, and obtain compliance orders. In general terms, these provisions allow either the Minister (in practice, through a delegate) or those authorized to act on the Minister's behalf to audit taxpayers, request documents and information from taxpayers or third parties, and, if the information or documents are not forthcoming, allow the Minister to seek a compliance order from a superior court in a province or from the Federal Court. Section 231.6 of the ITA contains specific provisions relating to obtaining documents located outside of Canada, and section 232 of the ITA relates to certain matters concerning documents held by lawyers in respect of which claims for solicitor-client privilege pertain.

[8] Les articles 230 à 232 de la LIR prévoient le pouvoir du ministre du Revenu national (le ministre) de procéder à des vérifications, d'exiger la production de renseignements et de documents et d'obtenir des ordonnances de production. De façon générale, ces dispositions autorisent le ministre (en pratique, par l'intermédiaire d'un représentant) ou les personnes autorisées à agir au nom du ministre à procéder aux vérifications des contribuables, à demander des documents et des renseignements auprès des contribuables ou des tiers et, s'il est impossible de les obtenir, à permettre au ministre de demander une ordonnance de production à la cour supérieure d'une province ou à la Cour fédérale. L'article 231.6 de la LIR renferme des dispositions précises sur l'obtention de documents qui se trouvent à l'extérieur du Canada, et l'article 232 de la LIR porte sur certaines questions relatives aux documents détenus par les avocats, à l'égard desquels des revendications du privilège des communications entre client et avocat peuvent être invoquées.

[9] The full text of the provisions in the ITA relevant to this appeal is set out in the appendix to these reasons. The portions of those provisions of particular relevance are set out below.

[9] Le libellé complet des dispositions de la LIR qui s'appliquent au présent appel figure à l'annexe aux présents motifs. Les parties de ces dispositions particulièrement pertinentes sont énoncées ci-dessous.

Definitions

231 In sections 231.1 to 231.8,

authorized person means a person authorized by the Minister for the purposes of sections 231.1 to 231.5; (*personne autorisée*)

document includes money, a security and a record; (*document*)

…

Inspections

231.1 (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or

Définitions

231 Les définitions qui suivent s'appliquent aux articles 231.1 à 231.8.

[…]

document Sont compris parmi les documents les registres. Y sont assimilés les titres et les espèces. (*document*)

[…]

personne autorisée Personne autorisée par le ministre pour l'application des articles 231.1 à 231.5 (*authorized person*)

Enquêtes

231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents

of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection 231.1(2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

…

Requirement to provide documents or information

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act (including the collection of any amount payable under this Act by any person), of a listed international agreement or, for greater certainty, of a tax treaty with another country, by notice sent or served in accordance with subsection (1.1), require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

[…]

Production de documents ou fourniture de renseignements

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application ou l'exécution de la présente loi (y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi), d'un accord international désigné ou d'un traité fiscal conclu avec un autre pays, par avis signifié ou envoyé conformément au paragraphe (1.1), exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

Notice

(1.1) A notice referred to in subsection (1) may be

(a) served personally;

(b) sent by registered or certified mail; or

(c) sent electronically to a bank or credit union that has provided written consent to receive notices under subsection (1) electronically.

…

Inquiry

231.4 (1) The Minister may, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, authorize any person, whether or not the person is an officer of the Canada Revenue Agency, to make such inquiry as the person may deem necessary with reference to anything relating to the administration or enforcement of this Act.

Appointment of hearing officer

(2) Where the Minister, pursuant to subsection 231.4(1), authorizes a person to make an inquiry, the Minister shall forthwith apply to the Tax Court of Canada for an order appointing a hearing officer before whom the inquiry will be held.

…

Definition of *foreign-based information or document*

231.6 (1) For the purposes of this section, ***foreign-based information or document*** means any information or document that is available or located outside Canada and that may be relevant to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person.

Requirement to provide foreign-based information

(2) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, by notice sent or served in accordance with subsection (3.1), require that a person resident in Canada or a non-resident person carrying on business in Canada provide any foreign-based information or document.

…

Avis

(1.1) L'avis visé au paragraphe (1) peut être :

a) soit signifié à personne;

b) soit envoyé par courrier recommandé ou certifié;

c) soit envoyé par voie électronique à une banque ou une caisse de crédit qui a consenti par écrit à recevoir les avis visés au paragraphe (1) par voie électronique.

[…]

Enquête

231.4 (1) Le ministre peut, pour l'application et l'exécution de la présente loi, autoriser une personne, qu'il s'agisse ou non d'un fonctionnaire de l'Agence du revenu du Canada, à faire toute enquête que celle-ci estime nécessaire sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la présente loi.

Nomination d'un président d'enquête

(2) Le ministre qui, conformément au paragraphe (1), autorise une personne à faire enquête doit immédiatement demander à la Cour canadienne de l'impôt une ordonnance où soit nommé un président d'enquête.

[…]

Sens de *renseignement ou document étranger*

231.6 (1) Pour l'application du présent article, un renseignement ou document étranger s'entend d'un renseignement accessible, ou d'un document situé, à l'étranger, qui peut être pris en compte pour l'application ou l'exécution de la présente loi, y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi.

Obligation de fournir des renseignements ou documents étrangers

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, par avis signifié ou envoyé conformément au paragraphe (3.1), exiger d'une personne résidant au Canada ou d'une personne n'y résidant pas mais y exploitant une entreprise de fournir des renseignements ou documents étrangers.

[…]

Review of foreign information requirement

(4) The person who is sent or served with a notice of a requirement under subsection (2) may, within 90 days after the notice is sent or served, apply to a judge for a review of the requirement.

…

Compliance order

231.7 (1) On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

…

Judge may impose conditions

(3) A judge making an order under subsection (1) may impose any conditions in respect of the order that the judge considers appropriate.

…

Definitions

232 (1) In this section,

…

lawyer means, in the province of Quebec, an advocate or notary and, in any other province, a barrister or solicitor; (*avocat*)

…

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of

Révision par un juge

(4) La personne à qui l'avis est signifié ou envoyé peut, dans les 90 jours suivant la date de signification ou d'envoi, contester, par requête à un juge, la mise en demeure du ministre.

[…]

Ordonnance

231.7 (1) Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

[…]

Conditions

(3) Le juge peut imposer, à l'égard de l'ordonnance, les conditions qu'il estime indiquées.

[…]

Définitions

232 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

avocat Dans la province de Québec, un avocat ou notaire et, dans toute autre province, un barrister ou un solicitor. (*lawyer*)

[…]

privilège des communications entre client et avocat Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confidence professionnelle

this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication. (*privilège des communications entre client et avocat*)

…

Examination of certain documents where privilege claimed

(3.1) Where, pursuant to section 231.1, an officer is about to inspect or examine a document in the possession of a lawyer or where, pursuant to section 231.2, the Minister has required provision of a document by a lawyer, and the lawyer claims that a named client or former client of the lawyer has a solicitor-client privilege in respect of the document, no officer shall inspect or examine the document and the lawyer shall

(a) place the document, together with any other document in respect of which the lawyer at the same time makes the same claim on behalf of the same client, in a package and suitably seal and identify the package or, if the officer and the lawyer agree, allow the pages of the document to be initialed and numbered or otherwise suitably identified; and

(b) retain it and ensure that it is preserved until it is produced to a judge as required under this section and an order is issued under this section in respect of the document.

Application to judge

(4) Where a document has been seized and placed in custody under subsection 232(3) or is being retained under subsection 232(3.1), the client, or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within 14 days after the day the document was so placed in custody or commenced to be so retained apply, on three clear days notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, to a judge for an order

(i) fixing a day, not later than 21 days after the date of the order, and place for the determination of the question whether the client has a solicitor-client privilege in respect of the document.

sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature. (*solicitor-client privilege*)

[…]

Secret professionnel invoqué lors de l'examen de documents

(3.1) Lorsque, conformément à l'article 231.1, un fonctionnaire est sur le point d'inspecter ou d'examiner un document en la possession d'un avocat ou que, conformément à l'article 231.2, le ministre exige la fourniture ou la production d'un document, et que l'avocat invoque le privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document au nom d'un de ses client ou anciens clients nommément désigné, aucun fonctionnaire ne peut inspecter ou examiner le document et l'avocat doit :

a) d'une part, faire un colis du document ainsi que de tout autre document pour lequel il invoque, en même temps, le même privilège au nom du même client, bien sceller ce colis et bien le marquer, ou, si le fonctionnaire et l'avocat en conviennent, faire en sorte que les pages du document soient paraphées et numérotées ou autrement bien marquées;

b) d'autre part, retenir le document et s'assurer de sa conservation jusqu'à ce que, conformément au présent article, le document soit produit devant un juge et une ordonnance rendue concernant le document.

Requête présentée par l'avocat ou son client

(4) En cas de saisie et mise sous garde d'un document en vertu du paragraphe (3) ou de rétention d'un document en vertu du paragraphe (3.1), le client ou l'avocat au nom de celui-ci peut :

a) dans les 14 jours suivant la date où le document a ainsi été mis sous garde ou a ainsi commencé à être retenu, après avis au sous-procureur général du Canada au moins trois jours francs avant qu'il soit procédé à cette requête, demander à un juge de rendre une ordonnance qui :

(i) d'une part, fixe la date — tombant au plus 21 jours après la date de l'ordonnance — et le lieu où il sera statué sur la question de savoir si le client bénéficie du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document,

II. Order and Reasons of the Federal Court

[10] I turn next to discuss the Order and Reasons of the Federal Court in the instant case.

[11] The Federal Court had before it an application from the Minister under section 231.7 of the ITA for a compliance order, requiring the appellant to comply with requests the Minister asserted were previously made under section 231.1 of the ITA. The Minister sought orders in respect of several items, and the Federal Court granted an order in respect of seven of them, dismissing the application in respect of several other items. More specifically, the Federal Court ordered the appellant, who carried on a consulting business and was being audited in respect of several taxation years, to provide:

- a response to the request for invoices issued by the appellant to one of his clients, Casala Limited (Casala), during the years that were under audit, outlining the services provided (Order, at paragraph 1(a)(i));
- information regarding the terms and conditions of the appellant's oral contract(s) with Casala and the invoices submitted to Casala for the audit period (Order, at paragraph 1(a)(ii));
- a detailed schedule outlining the compensation received from Casala for the audit period (Order, at paragraph 1(a)(iii));
- information and documents from the appellant's bank accounts in Luxembourg, listed in the requests issued to the appellant, unless the bank were to provide a statement that the requested items were not available or could only be made available if the appellant were to go to Luxembourg, in which event the appellant was ordered to provide an explanation and supporting documentation regarding the bank's response (Order, at paragraph 1(b)(i));

II. Ordonnance et motifs de la Cour fédérale

[10] Je me pencherai maintenant sur l'ordonnance et les motifs de la Cour fédérale en l'espèce.

[11] La Cour fédérale était saisie d'une demande d'ordonnance de production présentée par le ministre au titre de l'article 231.7 de la LIR, enjoignant à l'appelant de se conformer aux demandes dont le ministre a précédemment affirmé qu'elles ont été présentées conformément à l'article 231.1 de la LIR. Le ministre a sollicité des ordonnances à l'égard de plusieurs éléments, et la Cour fédérale a rendu une ordonnance portant sur sept d'entre eux et a rejeté la demande concernant plusieurs autres éléments. Plus précisément, la Cour fédérale a ordonné à l'appelant, qui exploitait une entreprise de consultation et faisait l'objet d'une vérification à l'égard de plusieurs années d'imposition, de fournir :

- une réponse à la demande visant à obtenir des factures envoyées par l'appelant à l'une de ses clientes, Casala Limited (Casala), et décrivant les services fournis pour les années visées par vérification (ordonnance, sous-alinéa 1a)(i));
- des renseignements concernant les modalités du ou des contrats conclus verbalement entre l'appelant et Casala et les factures présentées à Casala pour la période visée par la vérification (ordonnance, sous-alinéa 1a)(ii));
- un tableau détaillé de la rémunération reçue de Casala pour la période visée par la vérification (ordonnance, sous-alinéa 1a)(iii));
- les renseignements et documents des comptes bancaires de l'appelant au Luxembourg, énumérés dans les demandes délivrées à l'appelant, sous réserve de l'obtention auprès de la banque luxembourgeoise d'une déclaration selon laquelle les documents demandés ne sont pas accessibles ou ne le seront que si l'appelant se rend personnellement à la banque au Luxembourg, auquel cas il est ordonné à l'appelant de fournir une explication et des documents à l'appui concernant la réponse de la banque (ordonnance, sous-alinéa 1b)(i));

- an accounting of all funds deposited to the appellant's Luxembourg accounts and the source(s) of the deposited funds (Order, at paragraph 1(b)(ii));

- a copy of the trust ledgers for the appellant, maintained by the appellant's solicitors in Canada, evidencing the information sought in the Minister's requests regarding payments received by the law firms, unless the law firm(s) in question refused to release the documents to the appellant, in which event the appellant was ordered to provide the written correspondence in this regard from the law firm(s) (Order, at paragraph 1(c)); and

- details of the appellant's gross professional income reported on line 164 of his 2016 tax return as set out in the Minister's request made May 1, 2019 (Order, at paragraph 1(d)).

[12] Before the Federal Court, the appellant made much the same arguments as he made before us, namely, that he could not be required to provide under section 231.1 of the ITA:

(a) any information beyond information relating to the provenance, location or maintenance of his books and records or other documents;

(b) documents that were outside of his possession and that were in the hands of third parties, who acted on the appellant's behalf; and

(c) documents and information that the appellant alleges were not sought in the demands made under section 231.1 of the ITA.

[13] In certain instances, he also claimed that he had complied with the requests.

[14] The Minister, on the other hand, argued that subsection 231.1(1) of the ITA afforded the [Federal] Court

- une comptabilité de tous les fonds déposés dans les comptes luxembourgeois de l'appelant et la ou les sources des fonds déposés (ordonnance, sous-alinéa 1b)(ii));

- une copie des grands livres de fiducie conservés par les avocats de l'appelant au Canada, attestant les renseignements visés dans les demandes du ministre concernant les paiements reçus par les cabinets d'avocats, à moins que le ou les cabinets d'avocats en question refusent de remettre les documents à l'appelant, auquel cas l'appelant est tenu de fournir une lettre écrite à cet égard provenant du ou des cabinets d'avocats (ordonnance, alinéa 1c); et

- les détails du revenu professionnel brut de l'appelant figurant à la ligne 164 de sa déclaration de revenus pour 2016, indiqués dans la demande du ministre en date du 1er mai 2019 (ordonnance, alinéa 1d)).

[12] Devant la Cour fédérale, l'appelant a avancé à peu près les mêmes arguments qu'il a fait valoir devant notre Cour, à savoir qu'il ne pouvait pas être tenu de fournir les éléments suivants en vertu de l'article 231.1 de la LIR :

a) les renseignements au-delà de ceux qui concernent la provenance, l'emplacement ou la conservation de ses livres et registres ou d'autres documents;

b) les documents qu'il n'avait pas en sa possession, et qui étaient en possession de tiers, qui agissaient en son nom; et

c) les documents et les renseignements qui, selon lui, n'étaient pas exigés dans les demandes faites en application de l'article 231.1 de la LIR.

[13] Dans certains cas, il a également affirmé qu'il s'était conformé aux demandes.

[14] En revanche, le ministre a soutenu que le paragraphe 231.1(1) de la LIR conférait à la Cour [fédérale]

the requisite authority to issue the compliance order and relied on the entirety of the subsection in support of her position.

[15] The Federal Court commenced its legal analysis by noting that, in order to succeed in the application for a compliance order, the Minister was required to establish that: (1) the items had been sought under section 231.1 of the ITA, and the appellant was required to provide them under that provision; (2) the appellant had not done so within a reasonable period of time; and (3) the requested items were not protected by solicitor-client privilege.

[16] The final condition was not in issue before the Federal Court and is not in issue before us.

[17] As concerns the first of the foregoing conditions, the Federal Court accepted that all the items it ordered the appellant to provide had been requested under section 231.1 of the ITA. The Federal Court further determined that such items were matters that a taxpayer could be required to provide under section 231.1 and thus could be the subject of a compliance order under section 231.7 of the ITA.

[18] More specifically, the Federal Court rejected the appellant's reading of the decision of this Court in *Cameco*, finding that the ruling in that case was limited to a finding that a taxpayer cannot be compelled to submit to an oral interview and answer questions posed during the interview.

[19] After reviewing the relevant statutory provisions, the Federal Court concluded that the broad wording used in subsection 231.1(1) of the ITA and, in particular, the reference to information that ought to have been in a taxpayer's books and records in that subsection afforded the [Federal] Court the authority to make the Order it made because the items in question were properly the subject of a request under subsection 231.1(1) of the ITA. In this regard, the Federal Court determined that subsection 231.1(1) of the ITA affords the Minister the

le pouvoir de rendre une ordonnance de production et a invoqué la totalité du paragraphe à l'appui de sa thèse.

[15] La Cour fédérale a commencé son analyse en faisant remarquer que, pour que la demande d'ordonnance de production soit accueillie, le ministre était tenu d'établir que : 1) les éléments avaient été demandés conformément à l'article 231.1 de la LIR et l'appelant était tenu de les fournir aux termes de cette disposition; 2) l'appelant ne l'avait pas fait dans un délai raisonnable; et 3) les éléments demandés n'étaient pas protégés par le privilège des communications entre client et avocat.

[16] La dernière condition n'était pas en litige devant la Cour fédérale et ne l'est pas non plus devant notre Cour.

[17] En ce qui concerne la première des conditions précitées, la Cour fédérale a reconnu que tous les éléments qu'elle avait ordonné à l'appelant de fournir avaient été demandés conformément à l'article 231.1 de la LIR. La Cour fédérale a en outre déterminé qu'un contribuable était tenu de fournir de tels éléments en vertu de l'article 231.1 et que, par conséquent, ils pouvaient faire l'objet d'une ordonnance de production au titre de l'article 231.7 de la LIR.

[18] Plus précisément, la Cour fédérale a rejeté l'interprétation qu'a faite l'appelant de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Cameco*, concluant que la décision rendue dans cet arrêt se limitait à la conclusion selon laquelle un contribuable ne pouvait pas être contraint de se soumettre à une entrevue et de répondre aux questions posées au cours de l'entrevue.

[19] Après avoir examiné les dispositions législatives applicables, la Cour fédérale a conclu que le libellé général employé au paragraphe 231.1(1) de la LIR et, plus précisément, la référence dans ce paragraphe aux renseignements qui auraient dû se trouver dans les livres et registres d'un contribuable conférait à la Cour [fédérale] le pouvoir de rendre l'ordonnance qu'elle a rendue parce que les éléments en question étaient effectivement visés par une demande fondée sur le paragraphe 231.1(1) de la LIR. À cet égard, la Cour fédérale a conclu que le

authority to require production of information of the sort the Court ordered the appellant to provide, which went beyond the provenance, location or maintenance of the appellant's books and records or other documents. The Federal Court also determined that, for the same reasons, subsection 231.1(1) of the ITA afforded the Minister the authority to require the appellant to attempt to obtain the requested documents and information from his bank in Luxembourg, his accountant, and his solicitors.

[20] As concerns the requirement to make such efforts, the Federal Court noted that "a taxpayer is required to make reasonable efforts to accurately respond to requests for documents and information that are within the scope of subsection 231.1(1)" (*Miller*, at paragraph 50).

[21] The Federal Court determined that the second of the above-listed conditions was also met in respect of each of the items covered by its Order. In each instance, the Federal Court reviewed the evidence and, where it made an Order, determined that the appellant had not complied with requests that had been issued under section 231.1 of the ITA.

III. Analysis

[22] I turn next to review the appellant's arguments. In discussing them, it is useful to commence by detailing the points that are not in dispute.

A. *Matters Not in Dispute*

[23] The first of the points not in dispute concerns the standard of review to be applied by this Court. As this is an appeal from the Federal Court, the appellate standard of review applies. Accordingly, errors of law are reviewable for correctness, whereas errors of fact or of mixed fact and law from which a legal issue cannot be extricated are reviewable for palpable and overriding error (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraphs 8 and 37; *BP Canada Energy*

paragraphe 231.1(1) de la LIR confère au ministre le pouvoir d'exiger la production de renseignements de la nature de ceux que la Cour a ordonné à l'appelant de fournir, qui allaient au-delà de la provenance, de l'emplacement ou de la conservation des livres et registres ou d'autres documents de l'appelant. La Cour fédérale a aussi conclu que, pour les mêmes raisons, le paragraphe 231.1(1) de la LIR conférait au ministre le pouvoir d'exiger que l'appelant tente d'obtenir les documents et les renseignements demandés auprès de sa banque au Luxembourg, de ses comptables et de ses avocats.

[20] En ce qui a trait à l'obligation de déployer de tels efforts, la Cour fédérale a fait remarquer ce qui suit : « un contribuable doit faire des efforts raisonnables pour répondre avec exactitude aux demandes de documents et de renseignements qui entrent dans le champ d'application du paragraphe 231.1(1) » (*Miller*, au paragraphe 50).

[21] La Cour fédérale a conclu que la deuxième des conditions susmentionnées était également remplie à l'égard des éléments visés par son ordonnance. Dans chaque cas, la Cour fédérale a examiné les éléments de preuve et, au moment de rendre l'ordonnance, a déterminé que l'appelant ne s'était pas conformé aux demandes fondées sur l'article 231.1 de la LIR.

III. Analyse

[22] J'examinerai maintenant les arguments de l'appelant. En discutant de la thèse défendue par l'appelant, il convient de commencer par analyser en détail les points qui ne sont pas contestés.

A. *Points non contestés*

[23] Le premier des points non contestés porte sur la norme de contrôle à appliquer par notre Cour. Comme il s'agit d'un appel d'une décision de la Cour fédérale, la norme de contrôle en appel s'applique. Par conséquent, les erreurs de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, alors que les erreurs de fait ou les erreurs mixtes de fait et de droit, qui ne comportent pas de question de droit isolable, sont assujetties à la norme de l'erreur manifeste et dominante (*Housen*

Company v. Canada (National Revenue), 2017 FCA 61, [2017] 4 F.C.R. 355, at paragraph 56).

[24] The second matter that is not in dispute concerns the appellant's failure to maintain books and records as required by subsection 230(1) of the ITA. The respondent asserts that the various items that the Federal Court ordered the appellant to provide should have been recorded in his books and records in Canada in conformity with subsection 230(1) of the ITA. This is not contested by the appellant. Thus, had the appellant complied with his record-keeping obligations, there is no dispute that the Minister would have been entitled to obtain an order for production of the books and records in which such information was contained if the Minister had issued a request for them and the appellant had not produced them voluntarily.

[25] Third, it is uncontested that subsection 231.7(1) of the ITA sets out the items the Minister must establish to be entitled to a compliance order. Prior to listing these items, it is helpful to set out the subsection again. Subsection 231.7(1) of the ITA provides:

Compliance order

231.7 (1) On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

[26] As is apparent from this provision, the conditions precedent for the issuance of a compliance order by the Federal Court are that:

c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux paragraphes 8 et 37; *BP Canada Energy Company c. Canada (Revenu national)*, 2017 CAF 61, [2017] 4 R.C.F. 355, au paragraphe 56).

[24] Le deuxième point non contesté porte sur le fait que l'appelant n'a pas conservé les livres et registres, comme l'exige le paragraphe 230(1) de la LIR. L'intimé affirme que les divers éléments que la Cour fédérale a ordonné à l'appelant de fournir auraient dû être inscrits dans ses livres et registres au Canada, en conformité avec le paragraphe 230(1) de la LIR. L'appelant ne conteste pas ce point. Par conséquent, si l'appelant s'était conformé à ses obligations en matière de tenue de registres, il ne fait aucun doute que le ministre aurait eu le droit d'obtenir une ordonnance de production des livres et registres contenant ces renseignements si le ministre avait délivré une demande à cet égard et si l'appelant ne les avait pas produits de son plein gré.

[25] Quant au troisième point, il est admis que le paragraphe 237.7(1) de la LIR énonce les éléments que le ministre doit établir pour avoir droit à une ordonnance de production. Avant d'énumérer ces éléments, il convient de reproduire le paragraphe encore une fois. Le paragraphe 231.7(1) de la LIR dispose de ce qui suit :

Ordonnance

231.7 (1) Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

[26] Il ressort clairement de cette disposition que les conditions préalables à la délivrance d'une ordonnance de production par la Cour fédérale sont les suivantes :

1. the person against whom the order is made must have been required under section 231.1 or 231.2 of the ITA to provide the access, assistance, information or document that is the subject of the order;

2. that person must have failed to provide the access, assistance, information or document in question; and

3. in the case of information or a document, it must not be subject to solicitor-client privilege.

B. *Points in Issue*

[27] Where the parties part company is on whether the appellant was entitled to refuse to comply with the Canada Revenue Agency's (the CRA) requests in issue in this appeal, which is determinative of whether the Federal Court possessed authority under the ITA to order compliance in the manner it did. As noted, the appellant's arguments rest primarily on the decision of this Court in *Cameco*. The appellant more specifically submits that *Cameco* establishes that the Federal Court lacked authority to make all parts of the Order under appeal, with the exception of paragraph 1(a)(i). With regard to that paragraph of the Federal Court's Order, as is more fully discussed below, the appellant primarily contends that he has complied and there are no documents responsive to the requests issued to him. The appellant also makes subsidiary arguments premised on sections 231.6 and 232 of the ITA.

[28] The appellant's arguments premised on *Cameco* and on sections 231.6 and 232 of the ITA raise issues of law, whereas his other arguments raise matters of fact. Given the centrality of this Court's decision in *Cameco* to the appellant's arguments, it is useful to commence the discussion by considering precisely what was decided in that case.

1. la personne contre qui l'ordonnance est rendue doit avoir été tenue, aux termes de l'article 231.1 ou 231.2 de la LIR, de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents visés par l'ordonnance;

2. cette personne doit avoir fait défaut de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents en question; et

3. quant aux renseignements ou aux documents, ils ne doivent pas faire l'objet du privilège des communications entre client et avocat.

B. *Points en litige*

[27] Alors que les parties divergent sur la question de savoir si l'appelant était en droit de refuser de se conformer aux demandes de l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) en litige dans le présent appel, cela est déterminant quant à savoir si la LIR conférait à la Cour fédérale le pouvoir de rendre une ordonnance de production de la façon dont elle l'a fait. Comme je l'ai fait remarquer, les arguments avancés par l'appelant reposent principalement sur la décision rendue par notre Cour dans l'arrêt *Cameco*. Plus précisément, l'appelant soutient que l'arrêt *Cameco* permet de conclure que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir de rendre toutes les parties de l'ordonnance visée par l'appel, à l'exception de l'alinéa 1a)(i). En ce qui concerne ce paragraphe de l'ordonnance de la Cour fédérale sur lequel nous reviendrons plus en détail plus loin, l'appelant allègue principalement qu'il s'y est conformé et qu'aucun document ne correspond aux demandes qui lui ont été délivrées. L'appelant soumet également des arguments subsidiaires fondés sur les articles 231.6 et 232 de la LIR.

[28] Les arguments de l'appelant fondés sur l'arrêt *Cameco* et les articles 231.6 et 232 de la LIR soulèvent des questions de droit, tandis que ses autres arguments soulèvent des questions de fait. Compte tenu de l'importance qu'a l'arrêt *Cameco* sur les arguments de l'appelant, il convient de commencer l'analyse en examinant précisément ce qui a été décidé dans cet arrêt.

(1) What Does *Cameco* Decide?

[29] In *Cameco*, where Woods J.A. issued concurring reasons, Rennie J.A. wrote for the majority. In paragraph 1 of the majority reasons, Rennie J.A. set out the issues before the Court as follows:

> The issue in this appeal is whether the Minister of National Revenue can require employees of a corporation to attend for interviews and compel oral answers to questions posed by auditors of the Canada Revenue Agency (CRA). The Minister says that paragraph 231.1(1)(a) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act) provides her the authority to do so.

[30] In terms of the facts that were before the Court in *Cameco*, the CRA had requested 25 employees of Cameco and its subsidiaries to attend interviews and answer orally various categories of questions that the CRA believed were relevant to its audit into Cameco's compliance with the transfer pricing rules set out in the ITA. This followed a lengthy audit process during which Cameco had already provided extensive information to the CRA. Cameco indicated to the CRA that it was willing to answer the questions in writing but declined to have the employees attend the interviews and answer orally.

[31] The Federal Court dismissed the request for an order requiring their attendance at the interviews under section 231.7 of the ITA, finding both that section 231.7 of the ITA did not afford the Court authority to compel oral interviews and that certain discretionary considerations militated in any event against issuing the compliance order.

[32] This Court dismissed the appeal. Woods J.A. would have dismissed the appeal on the basis of the discretionary authority of the Federal Court. The majority, on the other hand, determined that the Federal Court lacked the authority to order the employees to attend the interviews. The Minister in that case, unlike the present one, relied only on paragraph 231.1(1)(a) of the ITA in

1) Quels sont les principes qui se dégagent de l'arrêt *Cameco*?

[29] Dans l'arrêt *Cameco*, dans lequel la juge Woods a rédigé des motifs concordants, le juge Rennie s'est exprimé au nom de la majorité. Au paragraphe 1 des motifs de la majorité de la Cour, le juge Rennie énonce ainsi les questions dont la Cour est saisie :

> La question en litige dans le présent appel est de savoir si le ministre du Revenu national peut exiger que des employés d'une société se présentent à des entrevues et répondent oralement à des questions posées par les vérificateurs de l'Agence du revenu du Canada (ARC). Le ministre soutient que l'alinéa 231.1(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5e suppl), ch. 1 (la Loi), lui confère le pouvoir de le faire.

[30] En ce qui concerne les faits dont la Cour était saisie dans l'arrêt *Cameco*, l'ARC avait demandé à 25 employés de Cameco et ses filiales d'assister à des entrevues et de répondre oralement à diverses catégories de questions qui, selon l'ARC, étaient pertinentes pour ses vérifications de la conformité de Cameco avec les règles en matière de prix de transfert prévues dans la LIR. Cela faisait suite à un long processus de vérification au cours duquel Cameco avait déjà fourni des renseignements détaillés à l'ARC. Cameco a indiqué à l'ARC qu'elle était disposée à répondre aux questions par écrit, mais a refusé que les employés assistent aux entrevues et répondent oralement aux questions.

[31] La Cour fédérale a rejeté la demande d'ordonnance exigeant que les employés assistent aux entrevues au titre de l'article 231.7 de la LIR, concluant que cet article ne conférait pas à la Cour le pouvoir de contraindre à des entrevues et que, de toute façon, certains facteurs d'ordre discrétionnaire militaient contre la délivrance d'une ordonnance de production.

[32] Notre Cour a rejeté l'appel. La juge Woods aurait rejeté l'appel en se fondant sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale. La majorité, par contre, a conclu que la Cour fédérale n'avait pas le pouvoir d'ordonner aux employés d'assister aux entrevues. Dans cette affaire, le ministre, à la différence de l'espèce, s'était fondé uniquement sur l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR à l'appui de la

support of the request. In the case at bar, as noted, the Minister relies on the entirety of subsection 231.1(1) in support of her authority to issue the requests at issue in this appeal.

[33] A central component of the majority's reasons in *Cameco* involved the amendments to the ITA in 1986, which removed from section 231.1 the reference to the right of the Minister to require oral answers under oath to questions and added to what is now section 231.4 to the ITA. Under section 231.4 of the ITA, the Minister may seek an order from the Tax Court for an inquiry before a hearing officer, during which evidence may be obtained under oath from any person.

[34] Prior to its amendment in 1986, subsection 231.1(1) (then subsection 231(1)) of the ITA provided:

Investigations

231. (1) Any person thereunto authorized by the Minister, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, may, at all reasonable times, enter into any premises or place where any business is carried on or any property is kept or anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(*a*) audit or examine the books and records and any account, voucher, letter, telegram or other document which relates or may relate to the information that is or should be in the books or records or the amount of tax payable under this Act,

(*b*) examine property described by an inventory or any property, process or matter an examination of which may, in his opinion, assist him in determining the accuracy of an inventory or in ascertaining the information that is or should be in the books or records or the amount of any tax payable under this Act,

(*c*) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give him all reasonable assistance with his

demande. En l'espèce, comme je l'ai fait remarquer, le ministre se fonde sur la totalité du paragraphe 231.1(1) pour justifier son pouvoir de délivrer les demandes en litige dans le présent appel.

[33] Un élément central des motifs de la majorité dans l'arrêt *Cameco* portait sur les modifications apportées à la LIR en 1986, par lesquelles la mention du droit du ministre d'exiger des réponses verbales sous serment prévue par l'article 231.1 a été retirée et ajoutée à ce qui est maintenant l'article 231.4 de la LIR. En vertu de l'article 231.4 de la LIR, le ministre peut demander à la Cour canadienne de l'impôt de rendre une ordonnance pour qu'une enquête soit tenue devant un président d'enquête, au cours de laquelle des éléments de preuve peuvent être obtenus sous serment de toute personne.

[34] Avant les modifications apportées en 1986, le paragraphe 231.1(1) (qui figurait alors au paragraphe 231(1)) de la LIR était ainsi libellé :

Enquêtes

231. (1) Toute personne qui y est autorisée par le Ministre, pour toute fin relative à l'application ou à l'exécution de la présente loi, peut, en tout temps raisonnable, pénétrer dans tous lieux ou endroits dans lesquels l'entreprise est exploitée ou des biens sont gardés, ou dans lesquels il se fait quelque chose se rapportant à des affaires quelconques, ou dans lesquels sont ou devraient être tenus des livres ou registres, et

a) vérifier ou examiner les livres et registres, et tout compte, pièce justificative, lettre, télégramme ou autre document qui se rapporte ou qui peut se rapporter aux renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de l'impôt exigible en vertu de la présente loi,

b) examiner les biens décrits dans un inventaire ou tous biens, procédés ou matière dont l'examen peut, à son avis, lui aider à déterminer l'exactitude d'un inventaire ou à contrôler les renseignements qui se trouvent ou devraient se trouver dans les livres ou registres, ou le montant de tout impôt exigible en vertu de la présente loi,

c) obliger le propriétaire ou le gérant des biens ou de l'entreprise et toute autre personne présente sur les lieux de lui prêter toute aide raisonnable dans sa

audit or examination and to answer all proper questions relating to the audit or examination either orally or, if he so requires, in writing, on oath or by statutory declaration and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with him, and

(*d*) if, during the course of an audit or examination, it appears to him that there has been a violation of this Act or a regulation, seize and take away any of the documents, books, records, papers or things that may be required as evidence as to the violation of any provision of this Act or a regulation. (Emphasis from *Cameco* [at paragraphe 32])

vérification ou son examen, et de répondre à toutes questions appropriées se rapportant à la vérification ou à l'examen, soit oralement, soit, si cette personne l'exige, par écrit, sous serment ou par déclaration exigée par la loi et, à cette fin, obliger le propriétaire ou le gérant de l'accompagner sur les lieux, et

d) si, au cours d'une vérification ou d'un examen, il lui semble qu'une infraction à la présente loi ou à un règlement a été commise, cette personne autorisée peut saisir et emporter tous documents, registres, livres, pièces ou choses qui peuvent être requis comme preuves de l'infraction à toute disposition de la présente loi ou d'un règlement. (Souligné dans l'arrêt *Cameco* [au paragraphe 32])

[35] In large part due to the disappearance of the previous requirement to answer questions under oath from what is now section 231.1 of the ITA, the majority in *Cameco* determined that, subsequent to the amendments, the Minister could not require that individuals attend the oral interviews under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA. The Court's determination that paragraph 231.1(1)(a) of the ITA did not authorize the issuance of the request at issue in *Cameco*, in turn, meant that the Federal Court was correct in declining to issue an order under section 231.7 of the ITA, which would have required the employees' attendance at oral interviews.

[35] En grande partie en raison de la disparition de l'ancienne obligation de répondre à des questions sous serment prévue dans ce qui est maintenant l'article 231.1 de la LIR, la majorité des juges dans l'arrêt *Cameco* a conclu qu'à la suite des modifications, le ministre ne pouvait pas exiger que des personnes assistent à des entrevues en vertu de l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR. La conclusion de la Cour selon laquelle l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR n'autorisait pas la délivrance de la demande en litige dans l'arrêt *Cameco*, pour sa part, signifiait que la Cour fédérale avait raison de refuser de rendre une ordonnance au titre de l'article 231.7 de la LIR, ce qui aurait contraint les employés à assister aux entrevues.

[36] As is apparent from the foregoing, the issue before the Court in *Cameco* concerned only the Minister's right to compel attendance at oral interviews to answer questions under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA. The broader statements made in *Cameco* (for example, at paragraphs 18 to 23, upon which the appellant relies) have to be understood in the context of and are limited to the issue that was before the Court in that case.

[36] Ainsi qu'il ressort de ce qui précède, la question soumise à la Cour dans l'arrêt *Cameco* était uniquement de savoir si le ministre était en droit de contraindre des personnes à assister à des entrevues pour répondre à des questions en vertu de l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR. Les énoncés plus généraux formulés dans l'arrêt *Cameco* (par exemple, aux paragraphes 18 à 23, sur lesquels l'appelant se fonde) doivent être interprétés dans le contexte de la question soumise à la Cour dans cette instance et s'y limiter.

[37] Thus, *Cameco* does not determine the result in this appeal but, rather, only held that the Minister cannot compel oral interviews under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA. Accordingly, it is necessary for this panel to determine whether the Federal Court erred in its interpretation of section 231.1 of the ITA in the case at bar.

[37] Ainsi, l'arrêt *Cameco* n'est pas déterminant pour l'issue du présent appel; notre Cour ayant simplement conclu que le ministre ne peut pas contraindre des personnes à assister à des entrevues en vertu de l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR. Par conséquent, il est nécessaire que notre formation détermine si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de l'article 231.1 de la LIR en l'espèce.

(2) Text, Context and Purpose of the Relevant Provisions in the ITA

[38] The principles governing statutory interpretation are well settled and require a court to consider the text, context and purpose of a provision to determine its meaning. As was stated in the oft-cited passage from *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10:

> It has been long established as a matter of statutory interpretation that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole.

(See also, to similar effect, *CIBC World Markets Inc. v. Canada*, 2019 FCA 147, A.C.W.S. (3d) 208, at paragraphs 27–28; and *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556, at paragraph 24).

(a) *Text*

[39] In discussing the text of the provisions at issue in the present appeal, the appropriate starting point involves consideration of the meaning of the term "document" in section 231.1 of the ITA and the related provisions that follow. Section 231 of the ITA provides that, for purposes of sections 231.1 to 231.8 of the ITA, a "***document*** includes money, a security and a record". The term therefore means much more than a record that can be physically inspected and includes funds received by a taxpayer, to which the matters ordered by the Federal Court in the case at bar all pertained.

[40] The next important point in the textual analysis of these provisions involves consideration of the meaning to be given to the term "audit" in paragraph 231.1(1)(a) of the ITA (or "*vérifier*" in the French version of the paragraph). Unlike the term "document", the provisions at issue contain no definition of what is meant by an audit.

2) Texte, contexte et objet des dispositions pertinentes de la LIR

[38] Les principes régissant l'interprétation des lois sont bien établis et exigent que le tribunal examine le texte, le contexte et l'objet d'une disposition pour en déterminer le sens. Comme on peut le lire dans le passage souvent cité de l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10 :

> Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble.

(Voir aussi, dans le même sens, *CIBC World Markets Inc. c. Canada*, 2019 CAF 147, aux paragraphes 27–28 et *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, au paragraphe 24.

a) *Texte*

[39] En analysant le texte des dispositions en cause dans le présent appel, le point de départ approprié exige de tenir compte du sens du terme « document » à l'article 231.1 de la LIR et des dispositions connexes qui suivent. L'article 231 de la LIR dispose qu'aux fins des articles 231.1 à 231.8 de la LIR, « [s]ont compris parmi les documents les registres. Y sont assimilés les titres et les espèces ». Le terme signifie donc beaucoup plus qu'un document pouvant faire l'objet d'une inspection physique, et comprend les fonds reçus par un contribuable qui portent sur toutes les questions visées par l'ordonnance rendue par la Cour fédérale en l'espèce.

[40] Le prochain point important de l'analyse textuelle de ces disposions porte sur l'examen du sens à attribuer au verbe « vérifier » à l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR (ou « *audit* » dans la version anglaise de l'alinéa). Contrairement au terme « document », les dispositions en cause ne prévoient aucune définition de ce que signifie le verbe « vérifier ».

[41] Dictionary definitions do not support the conclusion urged by the appellant, namely, that an audit precludes asking for information about the funds in a taxpayer's bank account, his lawyer's trust accounts or detailed in invoices sent to clients. To the contrary, such definitions ascribe a much broader meaning to the terms "audit" and "*vérifier*" that would include inquiries of the sort posed in the case at bar.

[42] The *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. by Katherine Barber (Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004), defines the meaning of the noun "audit" as including "a detailed examination or analysis, [especially] to assess strengths and weaknesses", and the verb "audit" as the act of conducting an audit. The *Collins English Dictionary*, 13th ed. by Ian Brookes *et al.* (Glasgow: HarperCollins Publishers, 2018), provides the broad "audit" definition of "any thoroughgoing check or examination" (emphasis added).

[43] Similarly, the meaning of the French term "*vérifier*" is not limited to the meaning urged by the appellant. The French dictionary, *Le Petit Robert*, ed. by Alain Rey & Josette Rey-Debove (Paris: Dictionnaires Le Robert — SEJER, 2022) at page 2693, defines "*vérifier*" as: "*Examiner la valeur de (qqch.), par une confrontation avec les faits ou par un contrôle de la cohérence interne*" (Examine something's value, by confronting the facts or by reviewing the internal coherence). *Le Petit Larousse illustré*, ed. by Claude Nimmo & Julie Pelpel-Moulian (Paris: Larousse, 2018), also defines the verb "*vérifier*" as "*contrôler*" and "[*s*]*oumettre à un contrôle*" (i.e., to review and examine).

[44] Thus, the terms "audit" or "*vérifier*" are broad and encompass more than the physical examination of a record in the possession of a taxpayer.

[45] At this point in the analysis, it is helpful to once more set out subsection 231.1(1) of the ITA. It provides:

[41] Les définitions des dictionnaires n'étayent pas la conclusion préconisée par l'appelant, à savoir qu'une vérification empêche de demander des renseignements sur les fonds se trouvant dans le compte bancaire d'un contribuable, les comptes en fidéicommis de son avocat ou des détails sur les factures envoyées à ses clients. Au contraire, ces définitions attribuent un sens beaucoup plus large aux termes « vérifier » et « *audit* » qui engloberaient des questions de la nature de celles qui sont soulevées en l'espèce.

[42] Le *Canadian Oxford Dictionary*, 2e éd. par Katherine Barber (Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004), définit le sens du substantif « *audit* » comme comprenant [TRADUCTION] « une analyse ou un examen détaillé [surtout] dans le but d'évaluer les forces et les faiblesses » et le verbe « *audit* » comme l'acte de procéder à une vérification. Le *Collins English Dictionary*, 13e éd. par Ian Brookes et al. (Glasgow : HarperCollins Publishers, 2018) donne une définition large du terme « *audit* » comme étant [TRADUCTION] « toute vérification ou tout examen approfondi » (nous soulignons).

[43] De même, le sens du terme français « vérifier » ne se limite pas au sens préconisé par l'appelant. *Le Petit Robert*, éd. par Alain Rey et Josette Rey-Debove (Paris : Dictionnaires Le Robert — SEJER, 2022) à la p. 2693, définit le verbe « vérifier » comme suit : « Examiner la valeur de (qqch.), par une confrontation avec les faits ou par un contrôle de la cohérence interne ». *Le Petit Larousse illustré*, éd. par Claude Nimmo et Julie Pelpel-Moulian (Paris : Larousse, 2018), définit également le verbe « vérifier » comme étant le fait de « contrôler » et de « [s]oumettre à un contrôle ».

[44] Ainsi, les termes « vérifier » ou « *audit* » sont de portée large et englobent davantage que l'examen physique d'un document en possession du contribuable.

[45] À ce stade de l'analyse, il est utile de citer encore une fois le paragraphe 231.1(1) de la LIR, qui dispose de ce qui suit :

Inspections

231.1 (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection 231.1(2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person. [Emphasis added.]

Enquêtes

231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux. [Non souligné dans l'original.]

[46] The plain wording of paragraph 231.1(1)(a) permits individuals authorized by the Minister to "audit … document[s]" (i.e., money) of the taxpayer or of third parties that relate or may relate to information that should be in the books and records of a taxpayer or that relate to any amount payable by the taxpayer under the ITA.

[46] Le libellé clair de l'alinéa 231.1(1)a) permet aux personnes autorisées par le ministre de « vérifier » les « documents » (les espèces) du contribuable ou d'autres personnes qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui devraient figurer dans les livres ou registres du contribuable, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la LIR.

[47] Given the broad statutory definition of "document" which includes money, the dictionary definitions of "audit" (or "*vérifier*"), and the recognition in paragraph 231.1(1)(a) of the ITA that what may be audited includes information that should be in the books and records of the taxpayer or that relate to amounts payable by the taxpayer under the ITA, it is my view that the plain wording of this paragraph supports the authority of the CRA to seek the sort of information sought in the case at bar.

[48] I am not alone in this view.

[49] In *Redeemer Foundation v. Canada (National Revenue)*, 2008 SCC 46, [2008] 2 S.C.R. 643 (*Redeemer*), the Supreme Court of Canada dismissed an application for judicial review that sought to set aside a request made by the CRA under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA for a registered charity to provide information about its donors. In paragraph 1 of the reasons of the Supreme Court, McLachlin C.J. and LeBel J., who wrote for the majority, noted that the issue before the Court was "whether the Minister was required under s. 231.2(2) of the [ITA] to obtain judicial authorization before asking the [appellant] for information about the identity of its donors". The Supreme Court concluded that such authorization was not required, and that "[t]he Minister was entitled to information about the identity of the donors through the combined effect of s. 230(2)(*a*) [the record-keeping obligation applicable to registered charities] and s. 231.1" (at paragraph 1).

[50] While the appellant in *Redeemer* did not make the same argument as the appellant makes in the instant case, the reasons of this Court in *Canada (Minister of National Revenue) v. Redeemer Foundation*, 2006 FCA 325, [2007] 3 F.C.R. 40, make it clear that the CRA sought information from the appellant, as opposed to merely written records, and had asked the appellant to compile a list from its donation receipts. At paragraph 37, Pelletier J.A., who wrote for this Court, stated:

[47] Compte tenu de la définition large du terme « document », qui comprend des espèces, des définitions du verbe « vérifier » (ou du terme « *audit* ») tirées des dictionnaires, ainsi que de la reconnaissance, à l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR, de ce qui peut faire l'objet d'une vérification, y compris les renseignements qui devraient figurer dans les livres et registres du contribuable ou qui se rapportent à des sommes payables par le contribuable en vertu de la LIR, je suis d'avis que le libellé clair de cet alinéa confère à l'ARC le pouvoir d'obtenir le genre de renseignements demandés en l'espèce.

[48] Je ne suis pas la seule à être de cet avis.

[49] Dans l'arrêt *Redeemer Foundation c. Canada (Revenu national)*, 2008 CSC 46, [2008] 2 R.C.S. 643 (*Redeemer*), la Cour suprême du Canada a rejeté une demande de contrôle judiciaire visant à annuler une demande de l'ARC fondée sur l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR pour qu'un organisme de bienfaisance fournisse des renseignements sur ses donateurs. Au premier paragraphe des motifs de la Cour suprême, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel, qui se sont exprimés au nom de la majorité, ont fait remarquer que la question dont la Cour était saisie était de déterminer « si [...] le ministre devait demander une autorisation judiciaire, en vertu du par. 231.2(2) de la [LIR], avant d'exiger que [l'appelante] lui remette des renseignements sur l'identité de ses donateurs ». La Cour suprême a conclu que cette autorisation n'était pas requise, et que « [l]'effet combiné de l'al. 230(2)*a*) [l'obligation en matière de tenue de registres applicable aux organismes de bienfaisance] et de l'art. 231.1 permettait au ministre d'obtenir des renseignements sur l'identité des donateurs » (au paragraphe 1).

[50] Bien que dans l'arrêt *Redeemer*, l'appelante n'ait pas présenté le même argument que l'appelant soumet en l'espèce, il ressort clairement des motifs prononcés par notre Cour dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Fondation Redeemer*, 2006 CAF 325, [2007] 3 R.C.F. 40, que l'ARC a demandé des renseignements à l'appelante, par opposition à de simples documents écrits, et a demandé à l'appelante de compiler une liste de reçus pour dons de bienfaisance. Au paragraphe 37, le

> It is not contested that, in the exercise of the audit power set out in section 231.1, the CRA auditor was entitled to examine all the books and records of the Foundation, including the duplicate receipts, and on the basis of that inspection, to prepare a list of the names and addresses of the donors to the Foundation in various taxation years. If the auditor is entitled to obtain information by means of his own examination of the Foundation's books and records, I can think of no principle which would require him to obtain a court order before asking for the Foundation's assistance in obtaining the very same information.

[51] In dismissing the appeal, the Supreme Court of Canada held in very clear terms that the Minister may obtain information under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA. In paragraph 13 of its reasons, the majority in *Redeemer*, after quoting paragraph 231.1(1)(a) of the ITA, wrote as follows:

> On its face, this section covers the situation at bar. It authorizes the Minister to examine "information that is or should be" in the Foundation's books. The information at issue regarding third party taxpayers who had contributed to the Foundation was either in the Foundation's books, or "should" have been in its books pursuant to the broad record-keeping requirements created by s. 230(2). [Emphasis added.]

[52] In paragraph 24, after discussing the purpose of section 231.1, the majority stated:

> … s. 231.1(1) is broadly worded. It allows access to "information that is or should be in the books or records of the taxpayer". It thus gives access to information about third parties that is required to be kept by the taxpayer, as well as information that may not be required to be kept but happens to be in the taxpayer's records. [Emphasis added by Supreme Court.]

[53] It appears that this holding in *Redeemer* was not sufficiently drawn to the attention of the panel in *Cameco* as the reasons in *Cameco* make no reference to it. This omission affords a further reason for reading

juge Pelletier, qui s'est exprimé au nom de notre Cour, a déclaré ce qui suit :

> Il n'est pas contesté que, dans l'exercice du pouvoir de vérification énoncé à l'article 231.1, le vérificateur de l'ARC peut examiner tous les livres et registres de la Fondation, y compris les doubles de reçu, et préparer, à la suite de cette inspection, une liste comportant les noms et adresses des donateurs pour diverses années d'imposition. Si le vérificateur peut obtenir les renseignements en examinant lui-même les livres et registres de la Fondation, je ne connais aucun principe qui l'obligerait à solliciter une ordonnance judiciaire avant de demander l'aide de la Fondation pour obtenir exactement les mêmes renseignements.

[51] En rejetant l'appel, la Cour suprême du Canada a conclu en termes très clairs que le ministre peut obtenir des renseignements visés à l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR. Au paragraphe 13 des motifs de l'arrêt *Redeemer*, après avoir cité l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR, les juges majoritaires se sont exprimés comme suit :

> Au vu même de son libellé, cette disposition vise la situation dont il est question en l'espèce. Elle autorise le ministre à examiner les « renseignements qui figurent dans les livres [de la Fondation] [...] ou qui devraient y figurer ». Les renseignements en cause concernant des tiers, savoir les contribuables donateurs de la Fondation, se trouvaient dans les livres de la Fondation ou auraient dû y figurer conformément aux vastes exigences de tenue de registres établies par le par. 230(2). [Non souligné dans l'original.]

[52] Au paragraphe 24, après avoir traité de l'objet de l'article 231.1, les juges majoritaires ont déclaré ce qui suit :

> … le par. 231.1(1) est libellé en termes généraux. Il permet l'accès « aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer ». Il donne donc accès tant aux renseignements concernant des tiers que le contribuable est tenu de conserver, qu'à ceux que le contribuable n'est pas tenu de conserver, mais qui se trouvent dans ses registres. [Soulignement ajouté par la Cour suprême.]

[53] Il appert que la conclusion tirée dans l'arrêt *Redeemer* n'a pas suffisamment été portée à l'attention de la formation saisie de l'appel dans l'affaire *Cameco* puisque les motifs prononcés dans l'arrêt *Cameco* n'en

Cameco as being narrowly confined to holding that the Minister cannot compel attendance at oral interviews under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA.

[54] In my view, the decision of the Supreme Court in *Redeemer* is a complete answer to the appellant's arguments in the present case and entirely supports the Minister's position. It holds that information that should have been contained in the appellant's books and records, but is not, may be sought in a request under paragraph 231.1(1)(a) of the ITA.

[55] In addition, my interpretation of paragraph 231.1(1)(a) of the ITA accords with the post-*Cameco* decision of this Court in *Friedman v. Canada (National Revenue)*, 2021 FCA 101, 2021 D.T.C. 5056, as the respondent rightly notes at paragraph 31 of its memorandum of fact and law. In that case, this Court upheld a compliance order of the Federal Court, requiring written answers to a CRA questionnaire that sought information similar to the information that the appellant was ordered to produce in the case at bar. There, the CRA had proceeded under paragraph 231.1(1)(a) in issuing in the requirement to answer the questionnaire.

[56] In addition to paragraph 231.1(1)(a) of the ITA, the text of paragraph 231.1(1)(b) of the ITA also supports the Minister's right to require the information the appellant was ordered to provide in the instant case. Paragraph 231.1(1)(b) of the ITA allows the person authorized by the Minister to "examine" any "matter relating to … the taxpayer" that "may assist" in "ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer" or that "may assist" in "ascertaining … any amount payable by the taxpayer". It is hard to see how this provision could be drafted more broadly.

[57] Dictionary definitions of "examine" and "*examiner*" are not limited to the physical review of items in the taxpayer's possession and include inquiries of the sort made in the case at bar. For example, the *Canadian*

font pas mention. Cette omission donne une raison supplémentaire d'interpréter l'arrêt *Cameco* comme se limitant étroitement à la conclusion selon laquelle le ministre ne peut pas contraindre des personnes à assister à des entrevues en vertu de l'alinéa 231.1(1)a).

[54] Je suis d'avis que l'arrêt *Redeemer* de la Cour suprême répond entièrement aux arguments de l'appelant en l'espèce et appuie entièrement la thèse du ministre. Il y est établi que les renseignements qui auraient dû figurer dans les livres et registres de l'appelante, mais qui n'y s'y trouvent pas, peuvent être demandés dans une demande fondée sur l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR.

[55] En outre, mon interprétation de l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR est conforme à l'arrêt de notre Cour intitulé *Friedman c. Canada (Revenu national)*, 2021 CAF 101, rendu après l'arrêt *Cameco*, comme l'intimé le fait remarquer à juste titre au paragraphe 31 de son mémoire des faits et du droit. Dans cet arrêt, la Cour a confirmé une ordonnance de production rendue par la Cour fédérale, exigeant des réponses écrites à un questionnaire de l'ARC dans lequel étaient demandés des renseignements semblables à ceux qu'il a été ordonné à l'appelant de produire en l'espèce. L'ARC s'était fondée sur l'alinéa 231.1(1)a) en établissant une obligation de remplir le questionnaire.

[56] En plus de l'alinéa 231.1(1)a) de la LIR, le libellé de l'alinéa 231.1(1)b) de la LIR appuie également le droit du ministre d'exiger les renseignements que l'appelant a été ordonné de fournir en l'espèce. L'alinéa 231.1(1)b) de la LIR permet à une personne autorisée par le ministre d'« examiner » toute « matière concernant […] [le] contribuable » qui « peut aider » à « établir l'exactitude [...] [des] renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer » ou qui « peut aider […] à établir l'exactitude de […] tout montant payable par le contribuable ». Il est difficile de voir comment cette disposition pourrait être rédigée de façon plus générale.

[57] Les définitions tirées des dictionnaires des termes « examiner » et « *examine* » ne se limitent pas à l'examen physique des éléments en possession du contribuable, et comprennent des questions de la nature qui

Oxford Dictionary defines the verb "examine" broadly as to "inquire into the nature or condition etc. of"; the *Collins English Dictionary* summarizes it as "investigate". *Le Petit Robert*, at page 966, defines "*examiner*" as "[*c*]*onsidérer avec attention, avec réflexion*" (consider with attention, with reflection), and *Le Petit Larousse illustré* provides "[*é*]*tudier attentivement, minutieusement*" (study attentively, meticulously).

[58] Similarly, the use of the words "matter" and, in French, "*toute matière*" indicates the breadth of the inquiry contemplated by Parliament.

[59] Perhaps most importantly, paragraph 231.1(1)(b) extends the scope of the examination not only to matters contained in the taxpayer's books and records but also to the matters that should be contained in them, and to any matter that would assist the authorized person in ascertaining the amount payable by the taxpayer under the ITA. I agree with the Minister that the breadth of this language supports her position. Information that should be but is not included in a taxpayer's books and records is frequently undocumented. An authorized person could only examine such information by asking for a response to questions.

[60] I thus conclude that the text of paragraphs 231.1(1)(a) and (b) of the ITA supports the authority of the Minister to have issued the requests at issue in this appeal.

(b) *Context*

[61] The relevant context includes, first, the balance of subsection 231.1(1) of the ITA.

[62] I agree with the appellant that the mid-amble of subsection 231.1(1) of the ITA limits paragraphs 231.1(1)(c) and (d) to the exercise of authority afforded under subsection 231.1(1) of the ITA preceding the mid-amble. Thus, paragraphs 231.1(1)(c) and (d) of the ITA must be read in conjunction with earlier portions of the subsection. While this may well mean that neither

se posent en l'espèce. À titre d'exemple, le *Canadian Oxford Dictionary* définit le verbe « *examine* » de façon aussi large que [TRADUCTION] « *étudier la nature ou l'état de* »; le *Collins English Dictionary* le résume comme suit : [TRADUCTION] « enquêter ». *Le Petit Robert*, à la page 966, définit le verbe « examiner » comme suit : « [c]onsidérer avec attention, avec réflexion », et *Le Petit Larousse illustré* donne la définition suivante : « [é]tudier attentivement, minutieusement ».

[58] Aussi, l'emploi des termes « toute matière » et « *matter* » indique la portée de l'enquête visée par le législateur.

[59] Peut-être plus important encore, l'alinéa 231.1(1)b) élargit la portée de l'examen non seulement aux renseignements figurant dans les livres et registres du contribuable, mais également aux renseignements qui devraient y figurer, ainsi qu'à toute matière dont l'examen aiderait la personne autorisée à établir l'exactitude du montant payable par le contribuable sous le régime de la LIR. Je suis d'accord avec le ministre pour dire que la portée de ces termes appuie sa thèse. Les renseignements qui devraient figurer dans les livres et registres du contribuable, mais qui n'y s'y trouvent pas, sont souvent non étayés par des documents. Une personne autorisée ne pourrait examiner ces renseignements qu'en obtenant une réponse à toutes questions pertinentes.

[60] Je conclus donc que, selon le libellé des alinéas 231.1(1)a) et b) de la LIR, le ministre avait le pouvoir de délivrer les demandes en question dans le présent appel.

b) *Contexte*

[61] Le contexte pertinent comprend d'abord le reste du paragraphe 231.1(1) de la LIR.

[62] Je suis d'accord avec l'appelant sur le fait que le passage intercalaire du paragraphe 231.1(1) de la LIR limite les alinéas 231.1(1)c) et d) à l'exercice du pouvoir conféré par le paragraphe 231.1(1) de la LIR précédant le passage intercalaire. Les alinéas 231.1(1)c) et d) doivent donc être lus conjointement avec les parties précédentes du paragraphe. Bien que cela puisse fort bien

paragraph 231.1(1)(c) nor paragraph 231.1(1)(d) of the ITA affords an independent source of authority in and of itself in the present case, these paragraphs cannot be ignored.

[63] For our purposes, paragraph 231.1(1)(d) of the ITA is particularly relevant. This provision in its current form was adopted in 1986, at the same time that the obligation to provide oral answers to questions, including those under oath, was removed from the section and section 231.4 was added to the ITA. The current version of paragraph 231.1(1)(d) is worded in broad terms and requires any person whom the auditor encounters, or requires to be present at the taxpayer's place of business, to provide answers to "all proper questions relating to the administration or enforcement of [the ITA]". Once again, it is hard to conceive how the provision could be more broadly drafted. I agree with the Minister that the breadth of this provision supports her interpretation of paragraphs 231.1(1)(a) and (b) of the ITA.

[64] Relevant context also includes sections 231.2, 231.6 and 232 of the ITA.

[65] Section 231.2 sets out the authority of the Minister to require that taxpayers and third parties provide information and documents. Unlike section 231.1, section 231.2 vests authority in the Minister, as opposed to individuals authorized by the Minister. In practice, the Minister delegates her authority to act under this and other provisions in the ITA to "an officer or a class of officers" pursuant to subsection 220(2.01) of the ITA. However, it is to be anticipated that delegations under subsection 220(2.01) of the ITA would be made to fewer employees of the CRA than the "persons" authorized to carry out audits.

[66] Section 231.2 also contains procedural requirements that are absent in section 231.1 of the ITA. These include the requirement to provide a notice served personally or sent by registered mail that sets out what information must be provided (subsections 231.2(1)

signifier que ni l'alinéa 231.1(1)c) ni l'alinéa 231.1(1)d) de la LIR ne confèrent une source de pouvoir indépendante à elle seule en l'espèce, on ne peut faire abstraction de ces alinéas.

[63] Pour les besoins du présent appel, l'alinéa 231.1(1)d) de la LIR est particulièrement pertinent. Cette disposition, dans sa forme actuelle, a été adoptée en 1986, au même moment que l'obligation de donner des réponses orales aux questions posées, y compris celles sous serment, a été supprimée de l'article 231.1 et que l'article 231.4 a été ajouté à la LIR. La version actuelle de l'alinéa 231.1(1)d) est libellée en termes généraux et exige de toute personne que le vérificateur rencontre ou dont la présence est exigée sur les lieux d'affaires du contribuable donne des réponses à « toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la [LIR] ». Je le répète, il est difficile de concevoir comment la disposition pourrait être rédigée de façon plus générale. Je suis d'accord avec le ministre sur le fait que la portée de cette disposition appuie son interprétation des alinéas 231.1(1)a) et b) de la LIR.

[64] Le contexte pertinent comprend également les articles 231.2, 231.6 et 232 de la LIR.

[65] L'article 231.2 précise les pouvoirs qui sont conférés au ministre d'exiger des contribuables et des tiers qu'ils fournissent des renseignements et des documents. Contrairement à l'article 231.1, l'article 231.2 confère des pouvoirs au ministre plutôt qu'aux personnes autorisées par le ministre. En pratique, le ministre délègue son pouvoir d'agir conformément à cette disposition et à d'autres dispositions de la LIR à « un fonctionnaire ou une catégorie de fonctionnaires » en application du paragraphe 220(2.01) de la LIR. On doit toutefois s'attendre à ce que les délégations prévues au paragraphe 220(2.01) de la LIR soient accordées à un nombre plus restreint d'employés de l'ARC qu'aux « personnes » autorisées à procéder à des vérifications.

[66] L'article 231.2 comprend également des exigences procédurales absentes de l'article 231.1 de la LIR. Il s'agit notamment de l'obligation d'envoyer un avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé, qui indique la nature des renseignements

and (1.1)). If the Minister were required to proceed under section 231.2 of the ITA every time information that should have been recorded in the taxpayer's books and records is required from a taxpayer, it is likely that the audit process would be significantly hindered.

[67] I also note that section 231.2 of the ITA is stated to apply "[n]otwithstanding any other provision of [the ITA]". Given this wording, it is not necessary to read section 231.2 as providing authority distinct from that set out elsewhere. Indeed, the need for this clause points to the opposite conclusion and contemplates that there is overlap between the provisions.

[68] The effect of the appellant's argument in this case is to make an assertion that sections 231.1 and 231.2 of the ITA are each a complete code, such that powers afforded under section 231.2 cannot be exercised under section 231.1. In my view, this is an untenable argument in light of the holding of the Supreme Court of Canada in *Redeemer*. That decision establishes that the various provisions at issue in this appeal are not watertight compartments, and that there is overlap between them.

[69] The existence of such overlap also forecloses the appellant's reliance on sections 231.6 and 232 of the ITA. Because overlap is possible, one cannot read section 232 as setting out the only process for obtaining documents from the appellant's solicitors or section 231.6 as setting out the only process for obtaining documents from the appellant's bank in Luxembourg.

[70] Moreover, as concerns documents held by a taxpayer's solicitors, this Court affirmed in *Revcon Oilfield Constructors Incorporated v. Canada (National Revenue)*, 2017 FCA 22, 2017 D.T.C. 5019 (*Revcon*), that the Minister may obtain an order like that issued in the case at bar, which requires the appellant to seek the documents requested from his solicitors. Stratas J.A., who wrote for this Court in *Revcon*, noted that the order in that case legitimately required the appellant to

à fournir (paragraphes 231.2(1) et (1.1)). Si le ministre était tenu de recourir à l'article 231.2 de la LIR chaque fois que des renseignements qui auraient dû être inscrits dans les livres et registres sont exigés du contribuable, le processus de vérification s'en trouverait probablement entravé de façon importante.

[67] Je remarque également que l'article 231.2 de la LIR s'applique « [m]algré les autres dispositions de [la LIR] ». Compte tenu de ce libellé, il n'est pas nécessaire d'interpréter l'article 231.2 comme conférant un pouvoir distinct de celui qui est énoncé ailleurs. En fait, la nécessité de cette disposition tend à prouver la conclusion contraire et prévoit la possibilité que les dispositions se recoupent.

[68] L'effet de l'argument avancé par l'appelant en l'espèce est d'affirmer que les articles 231.1 et 231.2 de la LIR constituent chacun un code complet, de sorte que les pouvoirs conférés par l'article 231.2 ne peuvent être exercés aux termes de l'article 231.1. Je suis d'avis que cet argument est insoutenable à la lumière de la conclusion tirée par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Redeemer*. Cet arrêt établit que les diverses dispositions en cause dans le présent appel ne sont pas des cloisons étanches et qu'elles se recoupent.

[69] L'existence d'un tel recoupement empêche également l'appelant d'invoquer les articles 231.6 et 232 de la LIR. Parce que le recoupement est possible, on ne peut interpréter l'article 232 comme énonçant qu'il s'agit du seul processus permettant d'obtenir des documents auprès des avocats de l'appelant ou l'article 231.6 comme énonçant que le seul processus d'obtention de documents est auprès de la banque de l'appelant au Luxembourg.

[70] De plus, en ce qui concerne les documents détenus par l'avocat d'un contribuable, notre Cour a confirmé dans l'arrêt *Revcon Oilfield Constructors Incorporated c. Canada (Revenu national)*, 2017 CAF 22 (*Revcon*), que le ministre peut obtenir une ordonnance comme celle prononcée en l'espèce, enjoignant à l'appelant de solliciter les documents demandés auprès de ses avocats. Le juge Stratas, qui s'exprimait au nom de notre Cour dans l'arrêt *Revcon*, a indiqué que, dans cette affaire,

disclose all documents in its possession, control or power (at paragraph 9). These included non-privileged documents the appellant was entitled to receive from its lawyers.

[71] The Federal Court has also confirmed that orders under section 231.1 of the ITA are legitimately directed at documents within the possession, control or power of a taxpayer (see, for example, *Canada (National Revenue) v. Amdocs Canadian Managed Services Inc.*, 2015 FC 1234, 2015 D.T.C. 5117, at paragraphs 33–34 and 75–76; and *Canada (National Revenue) v. Ghermezian*, 2022 FC 236, 2022 D.T.C. 5029, at paragraphs 73–78).

[72] In the instant case, the Federal Court carefully fashioned its Order to not overreach. The appellant was not ordered to produce the documents held by the appellant's solicitors, but rather to seek them and, if they were not forthcoming, to provide the correspondence received by the appellant explaining why the documents would not be disclosed by the persons holding them. Likewise, the portion of the Order regarding obtaining details of the appellant's professional income reported at line 164 of his 2016 tax return required that the appellant pursue inquiries with his accountant.

[73] Given the broad wording of paragraphs 231.1(1)(a), (b) and (d) of the ITA, the Federal Court was entitled to require that the appellant make these inquiries, which are consistent with his making reasonable efforts to comply with the Minister's requests.

[74] Similarly, the Order issued by the Federal Court in respect of the documents and information held by the appellant's bank in Switzerland does not require their production, but rather only that the appellant make the request for them and, if refused, provide the explanation the appellant was given for their refusal. In light of the way the Federal Court fashioned its Order, the decision of this Court in *eBay Canada Ltd. v. Canada (National Revenue)*, 2008 FCA 348, [2010] 1 F.C.R. 145 (*eBay*), upon which the appellant relies, actually assists the Minister in the instant case. Here, as in *eBay*, the

l'ordonnance rendue obligeait légitimement l'appelante à communiquer tous les documents en sa possession, sous son autorité ou sous sa garde (au paragraphe 9). Il s'agissait notamment de documents non privilégiés que l'appelante était en droit de recevoir de ses avocats.

[71] La Cour fédérale a également confirmé que les ordonnances rendues en application de l'article 231.1 de la LIR visent légitimement les documents en la possession, sous l'autorité ou sous la garde du contribuable (voir, par exemple, *Canada (Revenu national) c. Amdocs Canadian Managed Services Inc.*, 2015 CF 1234, aux paragraphes 33, 34, 75 et 76, et *Canada (Revenu national) c. Ghermezian*, 2022 CF 236, aux paragraphes 73–78).

[72] En l'espèce, la Cour fédérale a formulé son ordonnance avec soin visant à ne pas dépasser les bornes. Il n'a pas été ordonné à l'appelant de produire les documents détenus par ses avocats, mais plutôt de les obtenir et, advenant l'impossibilité de les obtenir, de fournir la correspondance reçue par l'appelant expliquant pourquoi les documents ne lui seraient pas communiqués par les personnes qui les ont en leur possession. Aussi, la partie de l'ordonnance portant sur l'obtention des détails du revenu professionnel de l'appelant inscrit à la ligne 164 de sa déclaration de revenus de 2016 exigeait que l'appelant fasse des recherches auprès de son comptable.

[73] Compte tenu du libellé général des alinéas 231.1(1)a), b) et d) de la LIR, la Cour fédérale était en droit d'exiger que l'appelant effectue ces recherches en conformité avec les efforts raisonnables qu'il doit déployer pour se conformer aux demandes du ministre.

[74] Dans le même ordre d'idées, l'ordonnance rendue par la Cour fédérale portant sur les documents et les renseignements détenus par la banque de l'appelant en Suisse n'exige pas leur production, mais simplement que l'appelant en fasse la demande et, advenant un refus, qu'il fournisse l'explication du refus qu'il a lui-même reçu. Compte tenu de la manière dont la Cour fédérale a formulé son ordonnance, la décision de notre Cour dans l'arrêt *eBay Canada Limited c. Canada (Revenu national)*, 2008 CAF 348, [2010] 1 R.C.F. 145 (*eBay*), sur laquelle se fonde l'appelant, vient en fait au secours du

appellant has not been ordered to produce foreign-based documents.

[75] I also believe that the decision of this Court in *BP Canada Energy Company v. Canada (National Revenue)*, 2017 FCA 61, [2017] 4 F.C.R. 355 (*BP*), which the appellant relies on, is of no assistance to him. *BP* concerned a wholly different situation. In *BP*, the CRA sought portions of the working papers prepared by a public company's auditors for purposes of the preparation of financial statements required by provincial securities legislation. The portions of the audit papers in question detailed the reasons for the reserves taken in the financial statements for possible exposure for unpaid income taxes. Such possible taxes were not the subject of the CRA's audit. This Court held that they need not be disclosed in part because it would do violence to the audit function and to the integrity of the financial reporting process required under securities legislation. In reaching this determination, Noël C.J., who wrote for this Court, stated that the "obligation to 'self-assess' [under the ITA] does not require taxpayers to tax themselves on amounts which they believe not to be taxable", and they therefore cannot be required to reveal their "soft spots" (at paragraph 82). These considerations are worlds away from the matters ordered in the case at bar, which merely concern revenues received by the appellant and the bases for their payment.

[76] Thus, the relevant context in the ITA, as well as the case law interpreting it, supports the Federal Court's authority to issue the Order under appeal in the present case.

(c) *Purpose*

[77] The provisions at issue in this appeal serve the purpose of affording a mechanism to the Minister, through the CRA, to monitor and ensure compliance with the ITA. The need for such mechanism is self-evident given the self-assessment scheme established

ministre en l'espèce. Dans le présent appel, comme dans l'arrêt *eBay*, il n'a pas été ordonné à l'appelant de produire des documents étrangers.

[75] J'estime également que l'arrêt de notre Cour intitulé *BP Canada Energy Company c. Canada (Revenu national)*, 2017 CAF 61, [2017] 4 R.C.F. 355 (*BP*) sur lequel se fonde l'appelant, ne lui est d'aucun secours. L'arrêt *BP* portait sur une situation tout à fait différente. Dans l'affaire *BP*, l'ARC a demandé d'obtenir des parties des documents de travail préparés par des vérificateurs d'une société ouverte en vue de préparer les états financiers, comme l'exige la législation provinciale en matière de valeurs mobilières. Les parties de documents de travail en question précisaient les raisons pour lesquelles des provisions avaient été prévues dans les états financiers pour pallier le risque d'impôt sur le revenu impayé. Cet impôt éventuel n'était pas visé par la vérification de l'ARC. Notre Cour a conclu qu'il n'était pas nécessaire qu'ils soient communiqués partiellement parce que cela aurait pour effet de déconsidérer la fonction de vérification et de porter atteinte à l'intégrité du processus entourant les rapports financiers exigés par les lois sur les valeurs mobilières. En parvenant à cette conclusion, le juge en chef Noël, s'exprimant au nom de notre Cour, a déclaré que l'« obligation d'auto-cotisation [exigée par la LIR] n'exige pas du contribuable qu'il assujettisse à l'impôt des sommes qu'il estime non imposables », et il ne peut donc pas être tenu de révéler ses « points faibles » (au paragraphe 82). Ces considérations sont à des années-lumière des questions ayant fait l'objet de l'ordonnance en l'espèce, qui ne concernent que les revenus reçus par l'appelant et leur mode de paiement.

[76] Par conséquent, le contexte en cause dans la LIR et la jurisprudence interprétant la LIR appuient le pouvoir de la Cour fédérale de rendre l'ordonnance portée en appel en l'espèce.

c) *Objet*

[77] Les dispositions en cause dans le présent appel servent à fournir au ministre, par l'intermédiaire de l'ARC, un mécanisme visant à veiller au respect de la LIR. La nécessité de se prévaloir d'un tel mécanisme est évidente en soi compte tenu du régime

under the ITA, as noted by the Supreme Court of Canada in *McKinlay Transport*, at pages 636–637 and 648, and *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, at paragraphs 49–51.

[78] Such purpose supports my interpretation of section 231.1 and is inconsistent with the appellant's reading of the section, which, as already noted, would hinder the CRA's ability to exercise its audit functions.

[79] I accordingly determine that the text, context and purpose of section 231.1 of the ITA lead to the conclusion that the Federal Court was correct in finding that it possessed the requisite authority to order the appellant to provide the information it did and to seek to obtain documents and information from his accountants, his solicitors, and his bank in Luxembourg.

[80] The Federal Court therefore did not err in law.

(3) Additional Errors Alleged by the Appellant

[81] I turn finally to the additional arguments raised by the appellant, which involve matters of fact and are reviewable under the deferential standard of palpable and overriding error.

[82] The appellant alleges in this regard that: (1) he has complied with the request to produce invoices, and that the scope of paragraph 1(a)(i) of the Federal Court's Order would lead to an answer that he has no such invoices; (2) he has complied with the request for a detailed schedule of the compensation received from Casala as required by paragraph 1(a)(iii) of the Federal Court's Order; and (3) he has already provided to a limited degree the information required by paragraph 1(d) of the Federal Court's Order or does not appear to have such information.

[83] In terms of the first of the foregoing issues, the Federal Court found that the appellant "ha[d] not

d'autocotisation établi sous le régime de la LIR, comme l'a mentionné la Cour suprême du Canada dans les arrêts *McKinlay Transport Ltd.*, aux pages 636, 637 et 648, et *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, aux paragraphes 49–51.

[78] Pareil objet vient étayer mon interprétation de l'article 231.1 et est incompatible avec l'interprétation que fait l'appelant de cet article, qui, comme je l'ai déjà mentionné, nuirait à la capacité de l'ARC d'exercer ses fonctions de vérification.

[79] Je détermine donc que le texte, le contexte et l'objet de l'article 231.1 de la LIR mènent à la conclusion que la Cour fédérale a eu raison de conclure qu'elle avait le pouvoir d'ordonner à l'appelant de fournir les renseignements qu'il a fournis et de chercher à obtenir les documents et les renseignements auprès de ses comptables, de ses avocats et de sa banque au Luxembourg.

[80] Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur de droit.

3) Erreurs supplémentaires alléguées par l'appelant

[81] Je me pencherai finalement sur les autres arguments invoqués par l'appelant, qui visent des questions de fait et qui sont susceptibles de contrôle selon la norme déférente de l'erreur manifeste et dominante.

[82] À cet égard, l'appelant allègue : 1) qu'il s'est conformé à la demande de production des factures, et que la portée de l'alinéa 1a)(i) de l'ordonnance de la Cour fédérale le mènerait à répondre qu'il n'est pas en possession de ces factures; 2) qu'il s'est conformé à la demande exigeant un tableau détaillé de la rémunération reçue de Casala, comme l'exige le sous-alinéa 1a)(iii) de l'ordonnance de la Cour fédérale; et 3) qu'il a déjà fourni, dans une certaine mesure, les renseignements exigés à l'alinéa 1d) de l'ordonnance de la Cour fédérale ou qu'il ne semble pas avoir en possession ces renseignements.

[83] En ce qui concerne la première des questions susmentionnées, la Cour fédérale a conclu que l'appelant

furnished the Minister with a statement that no written invoices, in any form, exist" (*Miller*, at paragraph 39). I see no error in this determination. In his replies to the requests, the appellant did not clearly state that there were no such invoices. Thus, it was open to the Federal Court to order their production. As for the response to the Order to produce the invoices issued to Casala that the Federal Court ordered be produced, the appellant is required to determine if such invoices exist and, if so, to produce them.

[84] As regards the second of the above points, the Federal Court found that the appellant's responses were "incomplete and equivocal" as the appellant had only replied that he believed he was paid by Casala via two wire transfers in the approximate amount of €20,000 and via the amounts paid to his solicitors. Given this response, the Federal Court did not err in terming it "incomplete and unequivocal", and it was accordingly open to the Federal Court to make the Order it made in paragraph 1(a)(iii) of its Order.

[85] Finally, with regard to paragraph 1(d) of the Federal Court's Order, the Federal Court found that the appellant had requested this information but had not yet received a response from his accountants due to delays associated with the COVID-19 pandemic. The evidence before the Federal Court supports this determination. I accordingly see no error in the Federal Court ordering the appellant to seek this information and, if received, to produce it.

IV. Proposed Disposition

[86] I therefore would dismiss this appeal with costs. The parties have agreed that costs should follow the event and should be fixed at $2000, which I find to be reasonable. I would therefore fix them in that amount.

MACTAVISH J.A.: I agree.

ROUSSEL J.A.: I agree.

« n'a[vait] pas fourni au ministre une déclaration selon laquelle il n'existait aucune facture écrite, sous quelque forme que ce soit » (*Miller*, au paragraphe 39). Je ne vois aucune erreur dans cette conclusion. Dans ses réponses aux demandes, l'appelant n'a pas mentionné clairement que ces factures n'existaient pas. Il était donc loisible à la Cour fédérale d'ordonner leur production. Quant à la réponse à l'ordonnance de produire les factures envoyées à Casala, dont la Cour fédérale a ordonné leur production, l'appelant est tenu de déterminer si ces factures existent et, dans l'affirmative, de les produire.

[84] Quant à la deuxième question susmentionnée, la Cour fédérale a conclu que les réponses de l'appelant étaient « incomplètes et équivoques » puisque la seule réponse que l'appelant avait donnée était qu'il croyait être payé par Casala au moyen de deux virements télégraphiques d'environ 20 000 € chacun en plus des sommes versées à ses avocats. À la lumière de cette réponse, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en apposant les termes « incomplètes et équivoques » aux réponses, et il lui était donc loisible de rendre l'ordonnance qu'elle a rendue au sous-alinéa 1a)(iii).

[85] Enfin, en ce qui concerne l'alinéa 1d) de l'ordonnance de la Cour fédérale, cette dernière a conclu que l'appelant avait demandé ces renseignements, mais qu'il n'avait pas encore reçu de réponse de ses comptables en raison de retards liés à la pandémie de COVID-19. Les éléments de preuve dont la Cour fédérale était saisie étayent cette conclusion. Par conséquent, je ne vois aucune erreur commise par la Cour fédérale lorsqu'elle a ordonné à l'appelant de chercher à obtenir ces renseignements et, s'il les recevait, de les produire.

IV. Conclusion proposée

[86] Par conséquent, je rejetterais le présent appel avec dépens. Les parties ont convenu que les dépens devraient suivre l'issue de la cause et être établis à 2 000 $, ce que je trouve raisonnable. Je les établirais donc à cette somme.

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LA JUGE ROUSSEL, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

Appendix: ITA Provisions Relevant to this Appeal

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

…

General

Records and books

230 (1) Every person carrying on business and every person who is required, by or pursuant to this Act, to pay or collect taxes or other amounts shall keep records and books of account (including an annual inventory kept in prescribed manner) at the person's place of business or residence in Canada or at such other place as may be designated by the Minister, in such form and containing such information as will enable the taxes payable under this Act or the taxes or other amounts that should have been deducted, withheld or collected to be determined.

…

Definitions

231 In sections 231.1 to 231.8,

authorized person means a person authorized by the Minister for the purposes of sections 231.1 to 231.5; (*personne autorisée*)

document includes money, a security and a record; (document)

…

judge means a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court. (juge)

…

Inspections

231.1 (1) An authorized person may, at all reasonable times, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act,

Annexe : dispositions de la LIR pertinentes dans le cadre du présent appel

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1

[…]

Généralités

Livre de comptes et registres

230 (1) Quiconque exploite une entreprise et quiconque est obligé, par ou selon la présente loi, de payer ou de percevoir des impôts ou autres montants doit tenir des registres et des livres de comptes (y compris un inventaire annuel, selon les modalités réglementaires) à son lieu d'affaires ou de résidence au Canada ou à tout autre lieu que le ministre peut désigner, dans la forme et renfermant les renseignements qui permettent d'établir le montant des impôts payables en vertu de la présente loi, ou des impôts ou autres sommes qui auraient dû être déduites, retenues ou perçues.

[…]

Définitions

231 Les définitions qui suivent s'appliquent aux articles 231.1 à 231.8.

document Sont compris parmi les documents les registres. Y sont assimilés les titres et les espèces. (*document*)

juge Juge d'une cour supérieure compétente de la province où l'affaire prend naissance ou juge de la Cour fédérale. (*judge*)

[…]

personne autorisée Personne autorisée par le ministre pour l'application des articles 231.1 à 231.5 (*authorized person*)

Enquêtes

231.1 (1) Une personne autorisée peut, à tout moment raisonnable, pour l'application et l'exécution de la présente loi, à la fois :

(a) inspect, audit or examine the books and records of a taxpayer and any document of the taxpayer or of any other person that relates or may relate to the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or to any amount payable by the taxpayer under this Act, and

(b) examine property in an inventory of a taxpayer and any property or process of, or matter relating to, the taxpayer or any other person, an examination of which may assist the authorized person in determining the accuracy of the inventory of the taxpayer or in ascertaining the information that is or should be in the books or records of the taxpayer or any amount payable by the taxpayer under this Act,

and for those purposes the authorized person may

(c) subject to subsection 231.1(2), enter into any premises or place where any business is carried on, any property is kept, anything is done in connection with any business or any books or records are or should be kept, and

(d) require the owner or manager of the property or business and any other person on the premises or place to give the authorized person all reasonable assistance and to answer all proper questions relating to the administration or enforcement of this Act and, for that purpose, require the owner or manager to attend at the premises or place with the authorized person.

…

Requirement to provide documents or information

231.2 (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act (including the collection of any amount payable under this Act by any person), of a listed international agreement or, for greater certainty, of a tax treaty with another country, by notice sent or served in accordance with subsection (1.1), require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

a) inspecter, vérifier ou examiner les livres et registres d'un contribuable ainsi que tous documents du contribuable ou d'une autre personne qui se rapportent ou peuvent se rapporter soit aux renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit à tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

b) examiner les biens à porter à l'inventaire d'un contribuable, ainsi que tout bien ou tout procédé du contribuable ou d'une autre personne ou toute matière concernant l'un ou l'autre dont l'examen peut aider la personne autorisée à établir l'exactitude de l'inventaire du contribuable ou à contrôler soit les renseignements qui figurent dans les livres ou registres du contribuable ou qui devraient y figurer, soit tout montant payable par le contribuable en vertu de la présente loi;

à ces fins, la personne autorisée peut :

c) sous réserve du paragraphe (2), pénétrer dans un lieu où est exploitée une entreprise, est gardé un bien, est faite une chose en rapport avec une entreprise ou sont tenus ou devraient l'être des livres ou registres;

d) requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, du bien ou de l'entreprise ainsi que toute autre personne présente sur les lieux de lui fournir toute l'aide raisonnable et de répondre à toutes les questions pertinentes à l'application et l'exécution de la présente loi et, à cette fin, requérir le propriétaire, ou la personne ayant la gestion, de l'accompagner sur les lieux.

[…]

Production de documents ou fourniture de renseignements

231.2 (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application ou l'exécution de la présente loi (y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi), d'un accord international désigné ou d'un traité fiscal conclu avec un autre pays, par avis signifié ou envoyé conformément au paragraphe (1.1), exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

(b) any document.

Notice

(1.1) A notice referred to in subsection (1) may be

(a) served personally;

(b) sent by registered or certified mail; or

(c) sent electronically to a bank or credit union that has provided written consent to receive notices under subsection (1) electronically.

Unnamed persons

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a "third party") a requirement under subsection 231.2(1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection 231.2(3).

Judicial authorization

(3) A judge of the Federal Court may, on application by the Minister and subject to any conditions that the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection (1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as the "group") if the judge is satisfied by information on oath that

(a) the person or group is ascertainable; and

(b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.

(c) and (d) [Repealed, 1996, c. 21, s. 58(1)]

(4) to (6) [Repealed, 2013, c. 33, s. 21]

…

Inquiry

231.4 (1) The Minister may, for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, authorize any person, whether or not the person is an officer of the Canada Revenue Agency, to make such inquiry as the

b) qu'elle produise des documents.

Avis

(1.1) L'avis visé au paragraphe (1) peut être :

a) soit signifié à personne;

b) soit envoyé par courrier recommandé ou certifié;

c) soit envoyé par voie électronique à une banque ou une caisse de crédit qui a consenti par écrit à recevoir les avis visés au paragraphe (1) par voie électronique.

Personnes non désignées nommément

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

Autorisation judiciaire

(3) Sur requête du ministre, un juge de la Cour fédérale peut, aux conditions qu'il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d'un tiers la fourniture de renseignements ou la production de documents prévues au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d'une personne non désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) et d) [Abrogés, 1996, ch. 21, art. 58(1)]

(4) à (6) [Abrogés, 2013, ch. 33, art. 21]

[…]

Enquête

231.4 (1) Le ministre peut, pour l'application et l'exécution de la présente loi, autoriser une personne, qu'il s'agisse ou non d'un fonctionnaire de l'Agence du revenu du Canada, à faire toute enquête que celle-ci estime

person may deem necessary with reference to anything relating to the administration or enforcement of this Act.

Appointment of hearing officer

(2) Where the Minister, pursuant to subsection 231.4(1), authorizes a person to make an inquiry, the Minister shall forthwith apply to the Tax Court of Canada for an order appointing a hearing officer before whom the inquiry will be held.

Powers of hearing officer

(3) For the purposes of an inquiry authorized under subsection 231.4(1), a hearing officer appointed under subsection 231.4(2) in relation thereto has all the powers conferred on a commissioner by sections 4 and 5 of the *Inquiries Act* and that may be conferred on a commissioner under section 11 thereof.

When powers to be exercised

(4) A hearing officer appointed under subsection 231.4(2) in relation to an inquiry shall exercise the powers conferred on a commissioner by section 4 of the Inquiries Act in relation to such persons as the person authorized to make the inquiry considers appropriate for the conduct thereof but the hearing officer shall not exercise the power to punish any person unless, on application by the hearing officer, a judge of a superior or county court certifies that the power may be exercised in the matter disclosed in the application and the applicant has given to the person in respect of whom the applicant proposes to exercise the power 24 hours notice of the hearing of the application or such shorter notice as the judge considers reasonable.

Rights of witness at inquiry

(5) Any person who gives evidence in an inquiry authorized under subsection 231.4(1) is entitled to be represented by counsel and, on request made by the person to the Minister, to receive a transcript of the evidence given by the person.

Rights of person whose affairs are investigated

(6) Any person whose affairs are investigated in the course of an inquiry authorized under subsection 231.4(1) is entitled to be present and to be represented by counsel throughout the inquiry unless the hearing officer appointed under subsection 231.4(2) in relation to the inquiry, on application by the Minister or a person giving evidence, orders otherwise in relation to the whole or any part of the inquiry on the ground that the presence of the person and the person's counsel, or either of them, would be prejudicial to the effective conduct of the inquiry.

nécessaire sur quoi que ce soit qui se rapporte à l'application et l'exécution de la présente loi.

Nomination d'un président d'enquête

(2) Le ministre qui, conformément au paragraphe (1), autorise une personne à faire enquête doit immédiatement demander à la Cour canadienne de l'impôt une ordonnance où soit nommé un président d'enquête.

Pouvoirs du président d'enquête

(3) Dans le cadre d'une enquête autorisée par le paragraphe (1), le président d'enquête nommé en vertu du paragraphe (2) a les pouvoirs conférés à un commissaire par les articles 4 et 5 de la *Loi sur les enquêtes* et ceux qui sont susceptibles de l'être par l'article 11 de cette loi.

Exercice des pouvoirs du président d'enquête

(4) Le président d'enquête nommé en vertu du paragraphe (2) exerce les pouvoirs conférés à un commissaire par l'article 4 de la *Loi sur les enquêtes* à l'égard des personnes que la personne autorisée à faire enquête considère comme appropriées pour la conduite de celle-si; toutefois, le président d'enquête ne peut exercer le pouvoir de punir une personne que si, à la requête de celui-ci, un juge d'une cour supérieure ou d'une cour de comté atteste que ce pouvoir peut être exercé dans l'affaire exposée dans la requête et que si le requérant donne à la personne à l'égard de laquelle il se propose d'exercer ce pouvoir avis de l'audition de la requête 24 heures avant ou dans le délai plus court que le juge estime raisonnable.

Droits des témoins à l'enquête

(5) Quiconque témoigne à une enquête autorisée par le paragraphe (1) a le droit d'être représenté par avocat et, sur demande faite au ministre, de recevoir transcription de sa déposition.

Droits des personnes dont les affaires donnent lieu à enquête

(6) Toute personne dont les affaires donnent lieu à une enquête autorisée par le paragraphe (1) a le droit d'être présente et d'être représentée par avocat tout au long de l'enquête, sauf si le président d'enquête nommé en vertu du paragraphe (2) en décide autrement, sur demande du ministre ou d'un témoin, pour tout ou partie de l'enquête, pour le motif que la présence de cette personne et de son avocat ou de l'un d'eux nuirait à la bonne conduite de l'enquête.

Copies

231.5 (1) Where any document is seized, inspected, audited, examined or provided under any of sections 231.1 to 231.4, the person by whom it is seized, inspected, audited or examined or to whom it is provided or any officer of the Canada Revenue Agency may make, or cause to be made, one or more copies thereof and, in the case of an electronic document, make or cause to be made a print-out of the electronic document, and any document purporting to be certified by the Minister or an authorized person to be a copy of the document, or to be a print-out of an electronic document, made pursuant to this section is evidence of the nature and content of the original document and has the same probative force as the original document would have if it were proven in the ordinary way.

Compliance

(2) No person shall, physically or otherwise, interfere with, hinder or molest an official (in this subsection having the meaning assigned by subsection 241(10)) doing anything that the official is authorized to do under this Act or attempt to interfere with, hinder or molest any official doing or prevent or attempt to prevent an official from doing, anything that the official is authorized to do under this Act, and every person shall, unless the person is unable to do so, do everything that the person is required to do by or under subsection (1) or sections 231.1 to 231.4.

Definition of *foreign-based information or document*

231.6 (1) For the purposes of this section, *foreign-based information or document* means any information or document that is available or located outside Canada and that may be relevant to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person.

Requirement to provide foreign-based information

(2) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, by notice sent or served in accordance with subsection (3.1), require that a person resident in Canada or a non-resident person carrying on business in Canada provide any foreign-based information or document.

Notice

(3) The notice referred to in subsection 231.6(2) shall set out

Copies

231.5 (1) Lorsque, en vertu de l'un des articles 231.1 à 231.4, des documents font l'objet d'une opération de saisie, d'inspection, de vérification ou d'examen ou sont produits, la personne qui effectue cette opération ou auprès de qui est faite cette production ou tout fonctionnaire de l'Agence du revenu du Canada peut en faire ou en faire faire des copies et, s'il s'agit de documents électroniques, les imprimer ou les faire imprimer. Les documents présentés comme documents que le ministre ou une personne autorisée atteste être des copies des documents, ou des imprimés de documents électroniques, faits conformément au présent article font preuve de la nature et du contenu des documents originaux et ont la même force probante qu'auraient ceux-ci si leur authenticité était prouvée de la façon usuelle.

Observation

(2) Nul ne peut, physiquement ou autrement, entraver, rudoyer ou contrecarrer, ou tenter d'entraver, de rudoyer ou de contrecarrer, un fonctionnaire (cette expression s'entendant, au présent paragraphe, au sens du paragraphe 241(10)) qui fait une chose qu'il est autorisé à faire en vertu de la présente loi, ni empêcher ou tenter d'empêcher un fonctionnaire de faire une telle chose. Quiconque est tenu par le paragraphe (1) ou les articles 231.1 à 231.4 de faire quelque chose doit le faire, sauf impossibilité.

Sens de *renseignement ou document étranger*

231.6 (1) Pour l'application du présent article, un renseignement ou document étranger s'entend d'un renseignement accessible, ou d'un document situé, à l'étranger, qui peut être pris en compte pour l'application ou l'exécution de la présente loi, y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi.

Obligation de fournir des renseignements ou documents étrangers

(2) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, par avis signifié ou envoyé conformément au paragraphe (3.1), exiger d'une personne résidant au Canada ou d'une personne n'y résidant pas mais y exploitant une entreprise de fournir des renseignements ou documents étrangers.

Contenu de l'avis

(3) L'avis doit :

(a) a reasonable period of time of not less than 90 days for the production of the information or document;

(b) a description of the information or document being sought; and

(c) the consequences under subsection 231.6(8) to the person of the failure to provide the information or documents being sought within the period of time set out in the notice.

Notice

(3.1) A notice referred to in subsection (2) may be

(a) served personally;

(b) sent by registered or certified mail; or

(c) sent electronically to a bank or credit union that has provided written consent to receive notices under subsection (2) electronically.

Review of foreign information requirement

(4) The person who is sent or served with a notice of a requirement under subsection (2) may, within 90 days after the notice is sent or served, apply to a judge for a review of the requirement.

Powers on review

(5) On hearing an application under subsection 231.6(4) in respect of a requirement, a judge may

(a) confirm the requirement;

(b) vary the requirement as the judge considers appropriate in the circumstances; or

(c) set aside the requirement if the judge is satisfied that the requirement is unreasonable.

Unreasonableness

(6) For the purposes of paragraph (5)(c), the requirement to provide the information or document shall not be considered to be unreasonable because the information or document is under the control of or available to a non-resident person that is not controlled by the person who is sent or served with the notice of the requirement under subsection (2) if that person is related to the non-resident person.

a) indiquer le délai raisonnable, d'au moins 90 jours, dans lequel les renseignements ou documents étrangers doivent être fournis;

b) décrire les renseignements ou documents étrangers recherchés;

c) préciser les conséquences prévues au paragraphe (8) du défaut de fournir les renseignements ou documents étrangers recherchés dans le délai ci-dessus.

Avis

(3.1) L'avis visé au paragraphe (2) peut être :

a) soit signifié à personne;

b) soit envoyé par courrier recommandé ou certifié;

c) soit envoyé par voie électronique à une banque ou une caisse de crédit qui a consenti par écrit à recevoir les avis visés au paragraphe (2) par voie électronique.

Révision par un juge

(4) La personne à qui l'avis est signifié ou envoyé peut, dans les 90 jours suivant la date de signification ou d'envoi, contester, par requête à un juge, la mise en demeure du ministre.

Pouvoirs de révision

(5) À l'audition de la requête, le juge peut :

a) confirmer la mise en demeure;

b) modifier la mise en demeure de la façon qu'il estime indiquée dans les circonstances;

c) déclarer sans effet la mise en demeure s'il est convaincu que celle-ci est déraisonnable.

Précision

(6) Pour l'application de l'alinéa (5)c), le fait que des renseignements ou documents étrangers soient accessibles ou situés chez une personne non-résidente qui n'est pas contrôlée par la personne à qui l'avis est signifié ou envoyé, ou soient sous la garde de cette personne non-résidente, ne rend pas déraisonnable la mise en demeure de fournir ces renseignements ou documents, si ces deux personnes sont liées.

…

Compliance order

231.7 (1) On summary application by the Minister, a judge may, notwithstanding subsection 238(2), order a person to provide any access, assistance, information or document sought by the Minister under section 231.1 or 231.2 if the judge is satisfied that

(a) the person was required under section 231.1 or 231.2 to provide the access, assistance, information or document and did not do so; and

(b) in the case of information or a document, the information or document is not protected from disclosure by solicitor-client privilege (within the meaning of subsection 232(1)).

…

Judge may impose conditions

(3) A judge making an order under subsection (1) may impose any conditions in respect of the order that the judge considers appropriate.

…

Definitions

232 (1) In this section,

…

lawyer means, in the province of Quebec, an advocate or notary and, in any other province, a barrister or solicitor; (*avocat*)

officer means a person acting under the authority conferred by or under sections 231.1 to 231.5; (*fonctionnaire*)

solicitor-client privilege means the right, if any, that a person has in a superior court in the province where the matter arises to refuse to disclose an oral or documentary communication on the ground that the communication is one passing between the person and the person's lawyer in professional confidence, except that for the purposes of this section an accounting record of a lawyer, including any supporting voucher or cheque, shall be deemed not to be such a communication. (*privilège des communications entre client et avocat*)

[…]

Ordonnance

231.7 (1) Sur demande sommaire du ministre, un juge peut, malgré le paragraphe 238(2), ordonner à une personne de fournir l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents que le ministre cherche à obtenir en vertu des articles 231.1 ou 231.2 s'il est convaincu de ce qui suit :

a) la personne n'a pas fourni l'accès, l'aide, les renseignements ou les documents bien qu'elle en soit tenue par les articles 231.1 ou 231.2;

b) s'agissant de renseignements ou de documents, le privilège des communications entre client et avocat, au sens du paragraphe 232(1), ne peut être invoqué à leur égard.

[…]

Conditions

(3) Le juge peut imposer, à l'égard de l'ordonnance, les conditions qu'il estime indiquées.

[…]

Définitions

232 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

avocat Dans la province de Québec, un avocat ou notaire et, dans toute autre province, un barrister ou un solicitor. (*lawyer*)

fonctionnaire Personne qui exerce les pouvoirs conférés par les articles 231.1 à 231.5 (*officer*)

[…]

privilège des communications entre client et avocat Droit qu'une personne peut posséder, devant une cour supérieure de la province où la question a pris naissance, de refuser de divulguer une communication orale ou documentaire pour le motif que celle-ci est une communication entre elle et son avocat en confidence professionnelle sauf que, pour l'application du présent article, un relevé comptable d'un avocat, y compris toute pièce justificative ou tout chèque, ne peut être considéré comme une communication de cette nature. (*solicitor-client privilege*)

Solicitor-client privilege defence

(2) Where a lawyer is prosecuted for failure to comply with a requirement under section 231.2 with respect to information or a document, the lawyer shall be acquitted if the lawyer establishes to the satisfaction of the court

(a) that the lawyer, on reasonable grounds, believed that a client of the lawyer had a solicitor-client privilege in respect of the information or document; and

(b) that the lawyer communicated to the Minister, or some person duly authorized to act for the Minister, the lawyer's refusal to comply with the requirement together with a claim that a named client of the lawyer had a solicitor-client privilege in respect of the information or document.

Seizure of certain documents where privilege claimed

(3) Where, pursuant to section 231.3, an officer is about to seize a document in the possession of a lawyer and the lawyer claims that a named client of the lawyer has a solicitor-client privilege in respect of that document, the officer shall, without inspecting, examining or making copies of the document,

(a) seize the document and place it, together with any other document in respect of which the lawyer at the same time makes the same claim on behalf of the same client, in a package and suitably seal and identify the package; and

(b) place the package in the custody of the sheriff of the district or county in which the seizure was made or, if the officer and the lawyer agree in writing on a person to act as custodian, in the custody of that person.

Examination of certain documents where privilege claimed

(3.1) Where, pursuant to section 231.1, an officer is about to inspect or examine a document in the possession of a lawyer or where, pursuant to section 231.2, the Minister has required provision of a document by a lawyer, and the lawyer claims that a named client or former client of the lawyer has a solicitor-client privilege in respect of the document, no officer shall inspect or examine the document and the lawyer shall

Secret professionnel invoqué en défense

(2) L'avocat poursuivi pour n'avoir pas obtempéré à une exigence de fourniture d'un renseignement ou de production d'un document prévue par l'article 231.2 doit être acquitté s'il démontre, à la satisfaction du tribunal, ce qui suit :

a) pour des motifs raisonnables, il croyait qu'un de ses clients bénéficiait du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le renseignement ou le document;

b) il a indiqué au ministre ou à une personne régulièrement autorisée à agir pour celui-ci son refus d'obtempérer à cette exigence et a invoqué devant l'un ou l'autre le privilège des communications entre client et avocat dont bénéficiait un des ses client nommément désigné en ce qui concerne le renseignement ou le document.

Secret professionnel invoqué lors de la saisie de documents

(3) Le fonctionnaire qui, conformément à l'article 231.3, est sur le point de saisir un document en la possession d'un avocat qui invoque le privilège des communications entre client et avocat au nom d'un de ses clients nommément désigné en ce qui concerne ce document doit, sans inspecter ou examiner celui-ci ni en faire de copies :

a) d'une part, le saisir, ainsi que tout autre document pour lequel l'avocat invoque, en même temps, le même privilège au nom du même client, en faire un colis qu'il doit bien sceller et bien marquer;

b) d'autre part, confier le colis à la garde soit du shérif du district ou du comté où la saisie a été opérée, soit de la personne que le fonctionnaire et l'avocat conviennent par écrit de désigner comme gardien.

Secret professionnel invoqué lors de l'examen de documents

(3.1) Lorsque, conformément à l'article 231.1, un fonctionnaire est sur le point d'inspecter ou d'examiner un document en la possession d'un avocat ou que, conformément à l'article 231.2, le ministre exige la fourniture ou la production d'un document, et que l'avocat invoque le privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document au nom d'un de ses client ou anciens clients nommément désigné, aucun fonctionnaire ne peut inspecter ou examiner le document et l'avocat doit :

(a) place the document, together with any other document in respect of which the lawyer at the same time makes the same claim on behalf of the same client, in a package and suitably seal and identify the package or, if the officer and the lawyer agree, allow the pages of the document to be initialed and numbered or otherwise suitably identified; and

(b) retain it and ensure that it is preserved until it is produced to a judge as required under this section and an order is issued under this section in respect of the document.

Application to judge

(4) Where a document has been seized and placed in custody under subsection 232(3) or is being retained under subsection 232(3.1), the client, or the lawyer on behalf of the client, may

(a) within 14 days after the day the document was so placed in custody or commenced to be so retained apply, on three clear days notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, to a judge for an order

(i) fixing a day, not later than 21 days after the date of the order, and place for the determination of the question whether the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, and

…

Disposition of application

(5) An application under paragraph 232(4)(c) shall be heard *in camera*, and on the application

(a) the judge may, if the judge considers it necessary to determine the question, inspect the document and, if the judge does so, the judge shall ensure that it is repackaged and resealed; and

(b) the judge shall decide the matter summarily and,

(i) if the judge is of the opinion that the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order the release of the document to the lawyer, and

a) d'une part, faire un colis du document ainsi que de tout autre document pour lequel il invoque, en même temps, le même privilège au nom du même client, bien sceller ce colis et bien le marquer, ou, si le fonctionnaire et l'avocat en conviennent, faire en sorte que les pages du document soient paraphées et numérotées ou autrement bien marquées;

b) d'autre part, retenir le document et s'assurer de sa conservation jusqu'à ce que, conformément au présent article, le document soit produit devant un juge et une ordonnance rendue concernant le document.

Requête présentée par l'avocat ou son client

(4) En cas de saisie et mise sous garde d'un document en vertu du paragraphe (3) ou de rétention d'un document en vertu du paragraphe (3.1), le client ou l'avocat au nom de celui-ci peut :

a) dans les 14 jours suivant la date où le document a ainsi été mis sous garde ou a ainsi commencé à être retenu, après avis au sous-procureur général du Canada au moins trois jours francs avant qu'il soit procédé à cette requête, demander à un juge de rendre une ordonnance qui :

(i) d'une part, fixe la date — tombant au plus 21 jours après la date de l'ordonnance — et le lieu où il sera statué sur la question de savoir si le client bénéficie du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document,

[…]

Ordonnance sur requête de l'avocat ou de son client

(5) Une requête présentée en vertu de l'alinéa (4)c) doit être entendue à huis clos. Le juge qui en est saisi :

a) peut, s'il l'estime nécessaire pour statuer sur la question, examiner le document et, dans ce cas, s'assure ensuite qu'un colis du document soit refait et que ce colis soit rescellé;

b) statue sur la question de façon sommaire :

(i) s'il est d'avis que le client bénéficie du privilège des communications entre client et avocat en ce qui concerne le document, il ordonne la restitution du document à l'avocat ou libère l'avocat de son obligation de le retenir, selon le cas,

(ii) if the judge is of the opinion that the client does not have a solicitor-client privilege in respect of the document, shall order

(A) that the custodian deliver the document to the officer or some other person designated by the Commissioner of Revenue, in the case of a document that was seized and placed in custody under subsection 232(3), or

(B) that the lawyer make the document available for inspection or examination by the officer or other person designated by the Commissioner of Revenue, in the case of a document that was retained under subsection 232(3.1),

and the judge shall, at the same time, deliver concise reasons in which the judge shall identify the document without divulging the details thereof.

…

Idem

(12) No officer shall inspect, examine or seize a document in the possession of a lawyer without giving the lawyer a reasonable opportunity of making a claim under this section.

(ii) s'il est de l'avis contraire, il ordonne :

(A) au gardien de remettre le document au fonctionnaire ou à quelque autre personne désignée par le commissaire du revenu, en cas de saisie et mise sous garde du document en vertu du paragraphe (3),

(B) à l'avocat de permettre au fonctionnaire ou à l'autre personne désignée par le commissaire du revenu d'inspecter ou examiner le document, en cas de rétention de celui-ci en vertu du paragraphe (3.1).

Le juge motive brièvement sa décision en indiquant de quel document il s'agit sans en révéler les détails.

[…]

Idem

(12) Aucun fonctionnaire ne peut inspecter, examiner ou saisir un document en la possession d'un avocat sans donner à celui-ci une occasion raisonnable d'invoquer le privilège des communications entre client et avocat en vertu de présent article.

IMM-1366-20
2022 FC 65

Rajni Rajput, Anirudra Rajput, Ayush Rajput (*Applicants*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Indexed as: Rajput v. Canada (Citizenship and Immigration)

Federal Court, Gascon J.—By videoconference, September 15, 2021; Ottawa, January 19, 2022.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision rejecting applicants' application to reinstate withdrawn refugee claims — Application to reinstate failed to meet requirements of Refugee Protection Division Rules (RPD Rules), r. 60 — Applicants fled India due to harassment, attacks, threats from local police — Applicant Ms. Rajni Rajput accused of being terrorist, detained, raped, tortured by local police — Refugee protection claims of applicants referred to RPD in June 2019 — Claims later withdrawn by Ms. Rajput upon learning that local police willing to settle conflict — However, Ms. Rajput applied to RPD to reinstate refugee claims after learning police asking for bribe — RPD noted that Ms. Rajput did not allege breach of natural justice in her case — Characterized application for reinstatement as being "strategic decision" — Ms. Rajput contended that it was clearly in "interests of justice" to grant application, that RPD unreasonably applied notion of "interests of justice" contemplated in RPD Rules, r. 60(3) — Whether RPD decision reasonable — RPD's application of "interests of justice" requirement, analysis of evidence not meeting standard of reasonableness — First, RPD failed to reasonably consider "interests of justice" contemplated by r. 60(3) — RPD obligated to consider "interests of justice" at stake regardless of whether applicant making submissions — Therefore RPD had duty to assess, determine whether in interests of justice to allow Ms. Rajput's application for reinstatement — RPD had to take holistic, contextual approach — Terms "interests of justice" broad, requiring decision makers to consider basic notions of fairness, common sense — Concept of "interests of justice" having to encompass flexible approach — Necessitating certain mindset, approach, disposition on part of RPD, dictating certain path

IMM-1366-20
2022 CF 65

Rajni Rajput, Anirudra Rajput, Ayush Rajput (*demandeurs*)

c.

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

Répertorié: Rajput c. Canada (Citoyenneté et Immigration)

Cour fédérale, juge Gascon—Par vidéoconférence, 15 septembre 2021; Ottawa, 19 janvier 2022.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté la demande de rétablissement des demandeurs des demandes d'asile qu'ils avaient retirées — La demande de rétablissement ne satisfaisait pas aux critères énoncés à la règle 60 des Règles de la Section de la protection des réfugiés (les Règles de la SPR)— Les demandeurs ont fui l'Inde afin d'échapper au harcèlement, aux attaques et aux menaces de la police locale — La demanderesse Mme Rajni Rajput a été accusée de terrorisme et a par la suite été détenue, violée à maintes reprises et torturée par la police locale — Les demandes d'asile des demandeurs ont été transmises à la SPR en juin 2019 — Mme Rajput a par la suite retiré les demandes d'asile après avoir appris que la police locale en Inde semblait disposée à régler le conflit — Cependant, Mme Rajput a présenté une demande de rétablissement des demandes d'asile lorsqu'elle a appris plus tard que la police exigeait le versement d'une somme élevée en guise de pot-de-vin — La SPR a fait remarquer que Mme Rajput n'a pas allégué qu'il y avait eu manquement à un principe de justice naturelle en ce qui la concernait — Elle a qualifié la demande de rétablissement de « décision stratégique » — Mme Rajput a prétendu qu'il était clairement dans « l'intérêt de la justice » d'accueillir sa demande, et que la SPR a appliqué la notion de « l'intérêt de la justice » prévue au paragraphe 60(3) des Règles de la SPR de façon déraisonnable — Il s'agissait de déterminer si la décision de la SPR était raisonnable — La façon dont la SPR a appliqué le critère de « l'intérêt de la justice » et l'analyse qu'elle a effectuée des éléments de preuve ne respectaient la norme de la décision raisonnable — En premier lieu, la SPR a omis de dûment prendre en compte « l'intérêt de la justice » prévu au paragraphe 60(3) — La SPR a l'obligation

to be followed in its analysis of evidence — This not what transpired herein — Second, RPD did not have regard to all of evidence before it — RPD ignored context of Ms. Rajput's asylum claim and that of her children — No evidence to support RPD's conclusion that withdrawal of refugee claims "strategic decision" — Third, reasons provided by RPD not allowing for understanding of how decision could be justified — RPD's summary analysis not constituting sufficient reasons — RPD's decision not exhibiting requisite degree of justification, intelligibility, transparency — Here, consequences of refusing request for reinstatement severe, harsh for applicants — RPD not explaining why its decision best reflected legislature's intention — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision rendered by the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board rejecting the applicants' application to reinstate the refugee claims they had withdrawn in 2019. The RPD rejected the applicants' application on the basis that it failed to meet the requirements of rule 60 of the *Refugee Protection Division Rules* (RPD Rules).

The applicants, Ms. Rajni Rajput and her two minor children, are citizens of India who filed refugee protection claims upon their arrival in Canada. Ms. Rajput claimed that she has been wrongfully accused of being a terrorist and that she has been subsequently detained, raped multiple times and tortured by the local police. She maintained that her entire family has been subject to persecution. The refugee protection claims of the applicants were referred to the RPD in June 2019. Ms. Rajput alleged that she was informed by her brother that the local police in India was apparently willing to settle the conflict between the police and her family. In light of that information, Ms. Rajput, who was not represented by counsel, submitted a notice of withdrawal of her refugee claims to the RPD. However, she later learned that the local police was asking for a significant bribe to settle the matter. Unable to provide

expresse de prendre en compte « l'intérêt de la justice » qui est en jeu, que le demandeur ait présenté des observations sur la question ou qu'il ne l'ait pas fait — Il incombait par conséquent à la SPR d'apprécier et d'établir s'il était dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande de rétablissement présentée par M^me^ Rajput — La SPR devait adopter une approche globale et contextuelle — L'expression « l'intérêt de la justice » a un sens large et elle exige que les décideurs prennent en compte des notions fondamentales d'équité et de bon sens — La notion de « l'intérêt de la justice » doit englober une approche souple — Elle exige une certaine ouverture d'esprit et une certaine disposition de la part de la SPR et impose une certaine voie à suivre dans son analyse de la preuve — Ce n'est pas ce qui ressortait en l'espèce — En deuxième lieu, la SPR n'a pas tenu compte de la totalité des éléments de preuve qui lui ont été soumis — La SPR n'a pas tenu compte du contexte des demandes d'asile de M^me^ Rajput et de ses enfants — Il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion de la SPR selon laquelle le retrait des demandes d'asile était une « décision stratégique » — En troisième lieu, les motifs que la SPR a donnés dans sa décision ne permettaient pas de comprendre en quoi la décision se justifiait — L'analyse sommaire de la SPR ne constituait pas des motifs suffisants — La décision de la SPR ne présentait pas le degré de justification, d'intelligibilité et de transparence requis — En l'espèce, les conséquences du rejet de la demande de rétablissement étaient particulièrement sévères et graves pour les demandeurs — La SPR n'a pas expliqué pourquoi sa décision reflétait le mieux l'intention du législateur — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision rendue par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté la demande de rétablissement des demandeurs des demandes d'asile qu'ils avaient retirées en 2019. La SPR a rejeté la demande présentée par les demandeurs au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux critères énoncés à la règle 60 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés* (les Règles de la SPR).

Les demandeurs, M^me^ Rajni Rajput et ses deux enfants mineurs, sont des citoyens de l'Inde qui ont demandé l'asile à leur arrivée au Canada. M^me^ Rajput a prétendu qu'elle a été faussement accusée de terrorisme et qu'elle a été par la suite détenue, violée à maintes reprises et torturée par la police locale. Elle a soutenu que toute sa famille a subi de la persécution. Les demandes d'asile des demandeurs ont été transmises à la SPR en juin 2019. M^me^ Rajput a prétendu que son frère l'avait alors contactée pour lui faire savoir que la police locale en Inde semblait disposée à régler le conflit l'opposant à sa famille. Forte de cette information, M^me^ Rajput, qui n'était pas représentée par un avocat, a présenté un avis de retrait de ses demandes d'asile à la SPR. Cependant, elle a appris plus tard que la police exigeait le versement d'une somme élevée en guise de pot-de-vin pour régler le litige. Comme elle n'avait pas les

the requested sum, Ms. Rajput applied to the RPD to reinstate her refugee claims two weeks after her withdrawal. The RPD stated that, further to rule 60, the right to obtain a reinstatement is limited to two situations: when there was a failure to observe natural justice, or when it is otherwise in the interests of justice to allow the application. The RPD noted that Ms. Rajput did not allege that there was a breach of natural justice in her case. The RPD characterized Ms. Rajput's application for reinstatement as being a "strategic decision" based on information obtained from her brother.

Ms. Rajput submitted that she made a "mistake" in withdrawing her claims for refugee protection, and that her application for reinstatement should have been assessed by the RPD. She claimed that the RPD decision was based on a rigorist approach to procedural requirements, which failed to account for her particular circumstances and for the consequences that her "mistake" will have on her life and that of her children. Ms. Rajput contended that it was clearly in the "interests of justice" to grant her application, and that the RPD unreasonably applied the notion of "interests of justice" contemplated in subsection 60(3) of the RPD Rules.

At issue was whether the RPD decision to reject the application to reinstate the refugee claims was reasonable.

Held, the application should be allowed.

The RPD's application of the "interests of justice" requirement and its analysis of the evidence did not meet the standard of reasonableness for three reasons. First, the RPD failed to reasonably consider the "interests of justice" contemplated by subsection 60(3). The provision requires the RPD to determine if "it is otherwise in the interests of justice" to allow the reinstatement application. The different wording used by Parliament in subsection 60(3) vests the RPD with a specific obligation to consider, on its own and in light of the particular circumstances of each case, the "interests of justice" at stake, whether or not specific submissions on the issue have been made by an applicant. It was therefore the RPD's duty, as a decision maker, to assess and determine whether it was in the interests of justice to allow Ms. Rajput's application for reinstatement, considering all the relevant factors and the evidence before the panel. In conducting this assessment, the RPD had to take a holistic and contextual approach, considering all of the circumstances before it. The panel could not simply ask itself whether Ms. Rajput had provided evidence and made submissions on the interests of justice at play. The terms "interests of justice" are broad words and they require the decision makers to consider basic notions of fairness and common sense, and to have a general concern and interest that justice be done. If the

moyens de verser une telle somme, M^me^ Rajput s'est empressée de présenter une demande de rétablissement de ses demandes d'asile deux semaines après leur retrait. La SPR a souligné que, outre la règle 60, le droit d'obtenir le rétablissement se limite à deux situations : lorsqu'il y a eu manquement à un principe de justice naturelle ou s'il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande. La SPR a fait remarquer que M^me^ Rajput n'a pas allégué qu'il y avait eu manquement à un principe de justice naturelle en ce qui la concernait. La SPR a qualifié la demande de rétablissement présentée par M^me^ Rajput de « décision stratégique », fondée sur de l'information obtenue de son frère.

M^me^ Rajput a affirmé qu'elle a commis une [TRADUCTION] « erreur » quand elle a retiré ses demandes d'asile et que la SPR aurait dû apprécier sa demande de rétablissement. Elle a soutenu que la décision de la SPR reposait sur une approche rigoriste eu égard aux exigences procédurales, qui omettait de tenir compte de sa situation particulière et des conséquences que son [TRADUCTION] « erreur » auront sur sa vie et sur celle de ses enfants. M^me^ Rajput a prétendu qu'il était clairement dans « l'intérêt de la justice » d'accueillir sa demande, et que la SPR a appliqué la notion de « l'intérêt de la justice » prévue au paragraphe 60(3) des Règles de la SPR de façon déraisonnable.

Il s'agissait de déterminer si la décision de la SPR de rejeter la demande de rétablissement des demandes d'asile était raisonnable.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La façon dont la SPR a appliqué le critère de « l'intérêt de la justice » et l'analyse qu'elle a effectuée des éléments de preuve ne respectaient pas la norme de la décision raisonnable pour trois raisons. En premier lieu, la SPR a omis de dûment prendre en compte « l'intérêt de la justice » prévu au paragraphe 60(3). La disposition exige que la SPR établisse s'« il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice » d'accueillir la demande de rétablissement. La formulation différente employée par le législateur dans la disposition confère à la SPR l'obligation expresse de prendre en compte, en lui-même et à la lumière des circonstances propres à chaque cas, « l'intérêt de la justice » qui est en jeu, que le demandeur ait présenté des observations sur la question ou qu'il ne l'ait pas fait. Il incombait par conséquent à la SPR, en tant que décideur, d'apprécier et d'établir s'il était dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande de rétablissement présentée par M^me^ Rajput, à la lumière de tous les facteurs pertinents et des éléments de preuve dont elle disposait. Pour effectuer cette appréciation, la SPR devait adopter une approche globale et contextuelle, ce qui supposait la prise en compte de l'ensemble des circonstances qui lui ont été exposées. Le tribunal ne pouvait pas tout simplement se demander si M^me^ Rajput avait présenté des éléments de preuve et formulé des observations sur l'intérêt de la justice qui était

concept of "interests of justice" is to have any meaning in subsection 60(3), it certainly must encompass a flexible approach aimed at protecting the interest of a just, fair and efficient resolution of an application for reinstatement, while remaining alert and sensitive to the particular factual circumstances of each case. The "interests of justice" language necessitates a certain mindset, approach and disposition on the part of the RPD, and it dictates a certain path to be followed in its analysis of the evidence in order to echo the overarching objective of fairness contained in the provision. This is not what transpired from the RPD's consideration of the interests of justice in Ms. Rajput's case. Second, the RPD did not have regard to all of the evidence before it. The RPD appears to have remained blind to the underlying refugee claims that had been submitted by Ms. Rajput and her children, and did not deal with the particular circumstances of their case. The context of Ms. Rajput's asylum claim certainly formed part of the reinstatement request. Ms. Rajput's narrative before the RPD referred to her history of abuse at the hands of the local police, which includes abuse of her family members, illegal detention and rape by police officers. Ms. Rajput had also provided evidence stating that her decision to withdraw her and her family's refugee claims was a mistake, and indicating that her mental state did not allow her to make an informed decision on the withdrawal. The RPD appeared to have ignored that context, and the particular circumstances of Ms. Rajput, in its assessment of the interests of justice at stake in her application for reinstatement. There was no evidence to support the RPD's conclusion that the withdrawal of Ms. Rajput's refugee claims was a "strategic decision" that did not turn out as she had expected. In short, the RPD did little beyond examining the narrow circumstances under which Ms. Rajput decided to withdraw her refugee claims. Third, the RPD's unreasonable assessment of the "interests of justice" was compounded by the fact that the reasons provided in its decision did not allow for an understanding of how the decision could be justified. The RPD's summary analysis did not constitute sufficient reasons. While an administrative decision maker's reasons do not need to be comprehensive or perfect, they still need to be comprehensible and justified. It could not be said that the RPD's decision exhibited the requisite degree of justification, intelligibility and transparency. Here, the consequences of refusing the request for reinstatement were particularly severe and harsh for the applicants and their refugee claims, and such a situation called for the RPD to "explain why its decision best reflects the legislature's intention", and to demonstrate how, in the context of subsection 60(3) and the "interests of justice," its decision was just and fair. In the particular circumstances of this case, the RPD did not do so. The decision was returned to the RPD for redetermination by a differently constituted panel.

en jeu. L'expression « l'intérêt de la justice » a un sens large et elle exige que les décideurs prennent en compte des notions fondamentales d'équité et de bon sens et qu'ils manifestent une préoccupation et un intérêt généraux à ce que justice soit rendue. Pour avoir un sens aux termes du paragraphe 60(3), la notion de « l'intérêt de la justice » doit manifestement englober une approche souple visant à assurer le traitement juste, équitable et efficace d'une demande de rétablissement tout en étant attentive et réceptive aux circonstances factuelles propres à chaque cas. L'expression « l'intérêt de la justice » exige une certaine ouverture d'esprit et une certaine disposition de la part de la SPR et impose une certaine voie à suivre pour que l'analyse de la preuve effectuée par celle-ci tienne compte de l'objectif fondamental d'équité prévu dans la disposition. Ce n'est pas ce qui ressortait de la prise en compte, par la SPR, de l'intérêt de la justice dans le cas de M^me^ Rajput. En deuxième lieu, la SPR n'a pas tenu compte de la totalité des éléments de preuve qui lui ont été soumis. La SPR semble n'avoir tenu aucun compte des demandes d'asile sous-jacentes présentées par M^me^ Rajput et ses enfants et n'a pas traité les circonstances particulières les concernant. Le contexte de la demande d'asile de M^me^ Rajput s'inscrivait manifestement dans la demande de rétablissement. L'exposé de M^me^ Rajput devant la SPR faisait état de ses antécédents de violence subie aux mains de la police locale, ce qui comprend les violences infligées aux membres de sa famille, sa détention illégale et les viols commis par des policiers. M^me^ Rajput a également présenté des éléments de preuve selon lesquels sa décision de retirer sa demande d'asile et celles de sa famille était une erreur, et a souligné que son état mental ne lui avait pas permis de prendre une décision éclairée quant au retrait. La SPR semble ne pas avoir tenu compte de ce contexte, et de la situation particulière de M^me^ Rajput, quand elle a apprécié l'intérêt de la justice qui était en jeu dans sa demande de rétablissement. Il n'y avait aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion de la SPR selon laquelle le retrait des demandes d'asile de M^me^ Rajput était une « décision stratégique » qui n'avait peut-être pas eu les effets escomptés. En somme, la SPR s'est contentée d'examiner les circonstances limitées ayant mené M^me^ Rajput à décider de retirer ses demandes d'asile. En troisième lieu, l'appréciation déraisonnable de « l'intérêt de la justice » par la SPR était exacerbée par le fait que les motifs que celle-ci a donnés dans la décision ne permettaient pas de comprendre en quoi la décision se justifiait. L'analyse sommaire de la SPR ne constituait pas des motifs suffisants. Si les motifs d'un décideur administratif n'ont pas à être exhaustifs ou parfaits, ils n'en doivent pas moins être intelligibles et se justifier. Il ne pouvait être affirmé que la décision de la SPR présentait le degré de justification, d'intelligibilité et de transparence requis. En l'espèce, les conséquences du rejet de la demande de rétablissement étaient particulièrement sévères et graves pour les demandeurs et leurs demandes d'asile, et une telle situation commandait que la SPR « explique pourquoi sa décision refl[était] le mieux l'intention du législateur » et montre en quoi, dans le contexte du paragraphe 60(3) et de

« l'intérêt de la justice », la décision était juste et équitable. Dans les circonstances propres à la présente affaire, la SPR ne l'a pas fait. L'affaire a été renvoyé à un tribunal différemment constitué de la SPR pour que celui-ci rende une nouvelle décision.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

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

Refugee Protection Division Rules, SOR/2012-256, rr. 60, 61(3), 62(6).

CASES CITED

APPLIED:

Ohanyan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FC 1078; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, [2019] 4 S.C.R. 900.

CONSIDERED:

Huseen v. Canada (Citizenship and Immigration), 2015 FC 845, 36 Imm. L.R. (4th) 173.

REFERRED TO:

Dadashpourlangeroudi v. Canada (Citizenship and Immigration), 2020 FC 424; *Dabo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 269; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Crudu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 834; *Orsa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1163; *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *De Lourdes Diaz Ordaz Castillo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1185; *Kanagendren v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 86, [2016] 1 F.C.R. 428; *Florea v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 598 (QL) (C.A.); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35, 1998 CanLII 8667, [1999] 1 F.C. D-53 (T.D.); *Ozdemir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 331, 282 N.R. 394, [2002] 1 F.C. D-21.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.

Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2012-256, règles 60, 61(3), 62(6).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ohanyan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 1078; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et des travailleuses des postes*, 2019 CSC 67, [2019] 4 R.C.S. 900.

DÉCISION EXAMINÉE :

Huseen c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2015 CF 845.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Dadashpourlangeroudi c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2020 CF 424; *Dabo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 269; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Crudu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 834; *Orsa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1163; *Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *De Lourdes Diaz Ordaz Castillo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1185; *Kanagendren c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 86, [2016] 1 R.C.F. 428; *Florea c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. nº 598 (QL) (C.A.); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667, [1999] 1 C.F. F-66 (1re inst.); *Ozdemir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CAF 331, [2002] 1 C.F. F-21.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2020 CanLII 122685) rendered by the Refugee Protection Division of the Immigration and Refugee Board rejecting the applicants' application to reinstate the refugee claims they had withdrawn. Application allowed.

APPEARANCES

Stewart Istvanffy for applicants.
Simone Truong for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Étude Légale Stewart Istvanffy, Montréal, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

GASCON J.:

I. Overview

[1] The applicants, Ms. Rajni Rajput and her two minor children Anirudra Rajput and Ayush Rajput, are seeking judicial review of a decision rendered in January 2020 by the Refugee Protection Division (RPD) [*X (Re)*, 2020 CanLII 122685] of the Immigration and Refugee Board of Canada (Decision). In the Decision, the RPD rejected their application to reinstate the refugee claims they had withdrawn on November 13, 2019. Ms. Rajput's application for reinstatement was submitted on November 28, 2019. The RPD rejected Ms. Rajput's application on the basis that it failed to meet the requirements of rule 60 of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2012-256 (RPD Rules).

[2] Ms. Rajput asks the Court to quash the Decision and to refer her case back for redetermination by a differently constituted panel. She argues that the Decision is unreasonable due to an erroneous application of subsection 60(3) of the RPD Rules and to an absence of sufficient reasons.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision (*X (Re)*, 2000 CanLII 122685) rendue par la Section de la protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié qui a rejeté la demande de rétablissement des demandeurs des demandes d'asile qu'ils avaient retirées. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Stewart Istvanffy pour les demandeurs.
Simone Truong pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Étude Légale Stewart Istvanffy, Montréal, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE GASCON :

I. Aperçu

[1] Les demandeurs, M^me^ Rajni Rajput et ses deux enfants mineurs, Anirudra Rajput et Ayush Rajput, sollicitent le contrôle judiciaire de la décision (la décision) rendue en janvier 2020 par la Section de la protection des réfugiés (la SPR) [*X (Re)*, 2020 CanLII 122685]. Dans la décision, la SPR a rejeté leur demande de rétablissement des demandes d'asile qu'ils ont retirées le 13 novembre 2019. M^me^ Rajput a présenté la demande de rétablissement le 28 novembre 2019. La SPR a rejeté la demande présentée par M^me^ Rajput au motif qu'elle ne satisfaisait pas aux critères énoncés à la règle 60 des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2012-256, (les Règles de la SPR).

[2] M^me^ Rajput demande à la Cour d'annuler la décision et de renvoyer l'affaire à un tribunal différemment constitué pour qu'il rende une nouvelle décision. Elle soutient que la décision est déraisonnable parce que la commissaire a incorrectement appliqué le paragraphe 60(3) des Règles de la SPR et qu'elle n'a pas présenté de motifs suffisants.

[3] For the following reasons, Ms. Rajput's application for judicial review will be granted. Having considered the evidence before the RPD and the applicable law, I am not satisfied that the RPD's refusal to reinstate the refugee claims of Ms. Rajput and her two children meets the standard of reasonableness. In my view, the Decision failed to reasonably consider the "interests of justice" requirement expressly contemplated by subsection 60(3) of the RPD Rules. Moreover, the Decision does not explain how the RPD's conclusion is justified in light of the evidence before the panel, and the reasons do not allow me to understand the rational basis for the refusal. This justifies this Court's intervention. I must therefore send the matter back for redetermination.

II. Background

A. *The factual context*

[4] Ms. Rajput and her two minor children are a family from India who arrived in Canada in June 2019. They filed refugee protection claims upon their arrival.

[5] The Rajputs allege to have fled India due to the harassment, attacks and threats they experienced at the hands of the local police. Ms. Rajput claims that she has been wrongfully accused of being a terrorist and that she has been subsequently detained, raped multiple times and tortured by the local police. Ms. Rajput maintains that her entire family has been subject to persecution, including her sister-in-law. She believes she has been targeted by the local Indian police after she sought justice for the detention and mistreatment of her sister-in-law.

[6] The refugee protection claims of Ms. Rajput and her two minor children were referred to the RPD on June 20, 2019. Ms. Rajput alleges that her brother then contacted her to inform her that the local police in India was apparently willing to settle the conflict between the police and her family. In light of that information, Ms. Rajput, who was not represented by counsel, submitted a notice of withdrawal of her refugee claims to the RPD on November 13, 2019. The withdrawal was

[3] Pour les motifs qui suivent, la demande de M^me^ Rajput sera accueillie. Après avoir examiné la preuve dont disposait la SPR et les dispositions législatives qui s'appliquent, je ne suis pas convaincu que le refus de la SPR de rétablir les demandes d'asile de M^me^ Rajput et de ses deux enfants est conforme à la norme de la décision raisonnable. J'estime que la décision ne tenait pas compte de façon raisonnable de « l'intérêt de la justice » comme l'exige le paragraphe 60(3) des Règles de la SPR. De plus, la décision n'explique pas en quoi la conclusion de la SPR est justifiée à la lumière de la preuve dont disposait le tribunal, et les motifs donnés ne me permettent pas de comprendre le fondement rationnel du refus. Le tout justifie l'intervention de la Cour. Par conséquent, je dois renvoyer l'affaire pour que soit rendue une nouvelle décision.

II. Contexte

A. *Le contexte factuel*

[4] M^me^ Rajput et ses deux enfants mineurs composent une famille originaire de l'Inde qui est entrée au Canada en juin 2019. Ils ont demandé l'asile à leur arrivée.

[5] Les demandeurs allèguent qu'ils ont fui l'Inde en raison du harcèlement, des agressions et des menaces dont ils ont été victimes de la part de la police locale. M^me^ Rajput prétend qu'elle a été faussement accusée de terrorisme et qu'elle a été par la suite détenue, violée à maintes reprises et torturée par la police locale. Elle soutient que toute sa famille a subi de la persécution, y compris sa belle-sœur. Elle croit que la police indienne locale l'a prise pour cible après qu'elle eut demandé réparation pour la détention de sa belle-sœur et les mauvais traitements subis par celle-ci.

[6] Les demandes d'asile de M^me^ Rajput et de ses deux enfants mineurs ont été transmises à la SPR le 20 juin 2019. M^me^ Rajput prétend que son frère l'a alors contactée pour lui faire savoir que la police locale en Inde semblait disposée à régler le conflit l'opposant à sa famille. Forte de cette information, M^me^ Rajput, qui n'était pas représentée par un avocat, a présenté un avis de retrait de ses demandes d'asile à la SPR le 13 novembre 2019. La SPR a confirmé le retrait des

confirmed by the RPD on November 18, 2019. However, Ms. Rajput later learned that the local police was asking for a significant bribe to settle the matter. Unable to provide the requested sum, Ms. Rajput quickly applied to the RPD to reinstate her refugee claims. She made that request on November 28, 2019, two weeks after her withdrawal.

[7] The RPD dismissed the application for reinstatement on January 31, 2020.

B. *The RPD Decision*

[8] The RPD Decision is short and only contains 11 paragraphs. The RPD started its analysis of Ms. Rajput's application by stating that rule 60 of the RPD Rules provides the framework to allow a reinstatement application to proceed. Further to that provision, said the RPD, the right to obtain a reinstatement is limited to two situations: when there was a failure to observe natural justice, or when it is otherwise in the interests of justice to allow the application.

[9] The RPD recognized that Ms. Rajput had made her application to reinstate her refugee claims within two weeks of the withdrawal of her claims, which is a reasonable delay. The RPD however noted that Ms. Rajput did not allege that there was a breach of natural justice in her case, and that she appeared to have simply changed her mind about the withdrawal, due to new circumstances. The RPD characterized Ms. Rajput's application for reinstatement as being a "strategic decision" based on information obtained from her brother.

[10] Turning to the interests of justice, the RPD referred to this Court's decision in *Ohanyan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1078 (*Ohanyan*) and observed that Ms. Rajput had not included submissions about whether there were interests of justice weighing in favour of reinstating her refugee claim and those of her children. The RPD again found that, based on the evidence before the panel, Ms. Rajput had simply changed her mind and made a "strategic decision" that

demandes le 18 novembre 2019. Cependant, M^me^ Rajput a appris plus tard que la police exigeait le versement d'une somme élevée en guise de pot-de-vin pour régler le litige. Comme elle n'avait pas les moyens de verser une telle somme, M^me^ Rajput s'est empressée de présenter une demande de rétablissement de ses demandes d'asile à la SPR. Elle a déposé sa demande le 28 novembre 2019, soit deux semaines après le retrait des demandes.

[7] La SPR a rejeté la demande de rétablissement le 31 janvier 2020.

B. *La décision de la SPR*

[8] La décision de la SPR est brève et ne contient que 11 paragraphes. La SPR a débuté son analyse de la demande de M^me^ Rajput en soulignant que la règle 60 des Règles de la SPR établit le cadre permettant l'instruction des demandes de rétablissement. Outre cette disposition, la SPR a souligné que le droit d'obtenir le rétablissement se limite à deux situations : lorsqu'il y a eu manquement à un principe de justice naturelle ou s'il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande.

[9] La SPR a reconnu que M^me^ Rajput avait présenté sa demande de rétablissement des demandes d'asile dans les deux semaines suivant leur retrait, ce qui constitue un délai raisonnable. Elle a toutefois fait remarquer que M^me^ Rajput n'a pas allégué qu'il y avait eu manquement à un principe de justice naturelle en ce qui la concernait et qu'elle semblait avoir tout simplement changé d'avis au sujet du retrait, en raison de faits nouveaux. La SPR a qualifié la demande de rétablissement présentée par M^me^ Rajput de « décision stratégique », fondée sur de l'information obtenue de son frère.

[10] En ce qui concerne l'intérêt de la justice, la SPR a renvoyé à la décision *Ohanyan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1078 (*Ohanyan*) et a fait remarquer que M^me^ Rajput n'avait pas présenté d'observations sur la question de savoir si l'intérêt de la justice militait en faveur du rétablissement de sa demande d'asile et de celles de ses enfants. La SPR a encore conclu, selon les éléments de preuve dont elle disposait, que M^me^ Rajput avait simplement changé d'idée et qu'elle

did not work out to her advantage. In light of all the circumstances, the RPD determined that there were no interests of justice weighing in favour of a reinstatement.

C. *The relevant provisions*

[11] The relevant statutory provision is rule 60 of the RPD Rules. It reads as follows:

Application to reinstate withdrawn claim

60 (1) A person may make an application to the Division to reinstate a claim that was made by the person and was withdrawn.

Form and content of application

(2) The person must make the application in accordance with rule 50, include in the application their contact information and, if represented by counsel, their counsel's contact information and any limitations on counsel's retainer, and provide a copy of the application to the Minister.

Factors

(3) The Division must not allow the application unless it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice or it is otherwise in the interests of justice to allow the application.

Factors

(4) In deciding the application, the Division must consider any relevant factors, including whether the application was made in a timely manner and the justification for any delay.

Subsequent application

(5) If the person made a previous application to reinstate that was denied, the Division must consider the reasons for the denial and must not allow the subsequent application unless there are exceptional circumstances supported by new evidence.

D. *The standard of review*

[12] The parties agree that the presumptive standard of reasonableness applies to this case (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraph 25). There is no reason to conclude otherwise, as the circumstances

avait pris une « décision stratégique » qui n'avait peut-être pas été avantageuse pour elle. Compte tenu de toutes les circonstances, la SPR a établi qu'il n'était pas dans l'intérêt de la justice de rétablir les demandes d'asile.

C. *Les dispositions pertinentes*

[11] La disposition législative qui s'applique est la règle 60 des Règles de la SPR. Elle est ainsi libellée :

Demande de rétablissement d'une demande d'asile retirée

60 (1) Toute personne peut demander à la Section de rétablir une demande d'asile qu'elle a faite et ensuite retirée.

Forme et contenu de la demande

(2) La personne fait sa demande conformément à la règle 50, elle y indique ses coordonnées et, si elle est représentée par un conseil, les coordonnées de celui-ci et toute restriction à son mandat et en transmet une copie au ministre.

Éléments à considérer

(3) La Section ne peut accueillir la demande que si un manquement à un principe de justice naturelle est établi ou qu'il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice de le faire.

Éléments à considérer

(4) Pour statuer sur la demande, la Section prend en considération tout élément pertinent, notamment le fait que la demande a été faite en temps opportun et, le cas échéant, la justification du retard.

Demande subséquente

(5) Si la personne a déjà présenté une demande de rétablissement qui a été refusée, la Section prend en considération les motifs du refus et ne peut accueillir la demande subséquente, sauf en cas de circonstances exceptionnelles fondées sur l'existence de nouveaux éléments de preuve.

D. *La norme de contrôle*

[12] Les parties conviennent que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle présumée s'appliquer en l'espèce (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), au paragraphe 25). Il n'y a aucune

do not lend themselves to the application of any of the exceptions to the presumption of reasonableness identified by the Supreme Court of Canada (*Vavilov*, at paragraph 17). Additionally, the standard of reasonableness has already been applied by this Court in cases where applicants were seeking judicial review of RPD decisions denying the reinstatement of withdrawn refugee claims (*Dadashpourlangeroudi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 424, at paragraphs 25–26; *Dabo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 269, at paragraph 14).

[13] When applying the standard of reasonableness, the Court must consider the outcome of the decision maker's reasoning process in order to ensure that the decision as a whole is transparent, intelligible and justified (*Vavilov*, at paragraphs 15, 95 and 136). The Court should refrain from supplementing its own reasons to justify the outcome of a decision when the reasons contain a "fundamental gap" or "an unreasonable chain of analysis" (*Vavilov*, at paragraphs 87 and 96). The Court may therefore not "disregard the flawed basis for a decision and substitute its own justification for the outcome" (*Vavilov*, at paragraph 96; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at paragraphs 26–28).

[14] Regarding the actual content of the reasonableness standard, the *Vavilov* framework does not represent a marked departure from the Supreme Court's previous approach, as set out in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 and its progeny, which was based on the "hallmarks of reasonableness," namely, justification, transparency and intelligibility (*Vavilov*, at paragraph 99). The reviewing court must consider "the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker's reasoning process and the outcome", to determine whether the decision is "based on an internally coherent and rational chain of analysis" and is "justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker" (*Vavilov*, at paragraphs 83 and 85; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, 2019 SCC 67, [2019] 4 S.C.R. 900 (*Canada Post*), at paragraphs 2 and 31).

raison de tirer une autre conclusion car les circonstances ne se prêtent à l'application d'aucune des exceptions à la présomption de la décision raisonnable établie par la Cour suprême du Canada (*Vavilov*, au paragraphe 17). De plus, la Cour a déjà appliqué la norme de la décision raisonnable dans des affaires où les demandeurs sollicitaient le contrôle judiciaire de décisions de la SPR refusant le rétablissement de demandes d'asile ayant été retirées (*Dadashpourlangeroudi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 424, aux paragraphes 25–26; *Dabo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 269, au paragraphe 14).

[13] Au moment d'appliquer la norme de la décision raisonnable, la Cour doit tenir compte du résultat du fil du raisonnement du décideur afin de s'assurer que la décision dans son ensemble est transparente, intelligible et justifiée (*Vavilov*, aux paragraphes 15, 95 et 136). La Cour doit s'abstenir d'ajouter ses propres motifs pour justifier la décision lorsque les motifs comportent une « lacune fondamentale » ou « révèlent une analyse déraisonnable » (*Vavilov*, aux paragraphes 87 et 96). Il n'est donc pas loisible à la Cour de « faire abstraction du fondement erroné de la décision et d'y substituer sa propre justification du résultat » (*Vavilov*, au paragraphe 96; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, aux paragraphes 26–28).

[14] En ce qui concerne la réelle teneur de la norme de la décision raisonnable, le cadre établi dans l'arrêt *Vavilov* ne représente pas un écart marqué par rapport à l'approche antérieure de la Cour suprême, telle qu'elle est énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 et dans des décisions subséquentes, qui était fondée sur les « caractéristiques d'une décision raisonnable », soit la justification, la transparence et l'intelligibilité (*Vavilov*, au paragraphe 99). La cour de révision doit porter son attention à « la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision » pour déterminer si la décision est « fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et est justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujetti » (*Vavilov*, aux paragraphes 83 et 85); *Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et des travailleuses des*

[15] *Vavilov*'s revised framework for reasonableness requires the reviewing court to take a "'reasons first'" approach to judicial review (*Canada Post*, at paragraph 26). Where a decision maker has provided reasons, the reviewing court must begin its inquiry into the reasonableness of the decision "by examining the reasons provided with 'respectful attention' and seeking to understand the reasoning process followed by the decision maker to arrive at its conclusion" (*Vavilov*, at paragraph 84). The reasons must be read holistically and contextually in light of the record as a whole and with due sensitivity to the administrative setting in which they were given (*Vavilov*, at paragraphs 91–94 and 97). However, "it is not enough for the outcome of a decision to be *justifiable* …., the decision must also be *justified*" (emphasis in original) (*Vavilov*, at paragraph 86). Before a decision can be set aside on the basis that it is unreasonable, 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).

III. Analysis

[16] Ms. Rajput submits that she made a "mistake" in withdrawing her claims for refugee protection, and that her application for reinstatement should have been assessed by the RPD using a contextual approach. Ms. Rajput claims that the Decision is based on a rigorist approach to procedural requirements, which fails to account for her particular circumstances and for the consequences that her "mistake" will have on her life and that of her children. In other words, the fundamental rights at stake are more important than the procedural error she committed. Ms. Rajput contends that, when all the circumstances and evidence are properly taken into account, it was clearly in the "interests of justice" to grant her application, and that the RPD unreasonably applied the notion of "interests of justice" contemplated in subsection 60(3) of the RPD Rules. Ms. Rajput relies notably on *Crudu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 834 and *Huseen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 845,

postes, 2019 CSC 67, [2019] 4 R.C.S. 900 (*Société canadienne des postes*), aux paragraphes 2 et 31).

[15] Le cadre d'analyse révisé établi dans l'arrêt *Vavilov* pour la norme de la décision raisonnable exige que la cour de révision adopte une approche du contrôle judiciaire qui « s'intéresse avant tout aux motifs » de la décision (*Société canadienne des postes*, au paragraphe 26). Lorsque le décideur a fourni des motifs écrits, la cour de révision doit, pour savoir si la décision est raisonnable, « d'abord examiner les motifs donnés avec "une attention respectueuse", et chercher à comprendre le fil du raisonnement suivi par le décideur pour en arriver à sa conclusion » (*Vavilov*, au paragraphe 84). Les motifs devraient être interprétés de façon globale et contextuelle à la lumière du dossier en tenant dûment compte du contexte administratif dans lequel ils sont fournis (*Vavilov*, aux paragraphes 91–94 et 97). Toutefois, « il ne suffit pas que la décision soit *justifiable* [...], [elle doit aussi être] *justifi[ée]* » (en italique dans l'original) (*Vavilov*, au paragraphe 86). Avant 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).

III. Analyse

[16] M[me] Rajput affirme qu'elle a commis une [TRADUCTION] « erreur » quand elle a retiré ses demandes d'asile et que la SPR aurait dû apprécier sa demande de rétablissement suivant une approche contextuelle. Elle soutient que la décision repose sur une approche rigoriste eu égard aux exigences procédurales, qui omet de tenir compte de sa situation particulière et des conséquences que son [TRADUCTION] « erreur » auront sur sa vie et sur celle de ses enfants. Autrement dit, les droits fondamentaux qui sont en cause sont plus importants que l'erreur procédurale qu'elle a commise. M[me] Rajput prétend que, lorsque les circonstances et les éléments de preuve dans leur ensemble sont dûment pris en compte, il était clairement dans « l'intérêt de la justice » d'accueillir sa demande, et que la SPR a appliqué la notion de « l'intérêt de la justice » prévue au paragraphe 60(3) des Règles de la SPR de façon déraisonnable. Elle invoque en particulier les décisions *Crudu c. Canada (Citoyenneté et*

36 Imm. L.R. (4th) 173 (*Huseen*) to support her position. Ms. Rajput further argues that the RPD offered insufficient reasons to explain and justify its Decision.

[17] I agree with Ms. Rajput on both fronts.

[18] I do not dispute that the reinstatement of a withdrawn refugee claim is the exception rather than the norm (*Ohanyan*, at paragraph 13). As is expressly set out in subsection 60(3) of the RPD Rules, the RPD must not allow such an application for reinstatement of a refugee claim to proceed unless: (i) there was a failure to observe a principle of natural justice; or (ii) it is otherwise in the interests of justice to allow the application (*Orsa v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1163, at paragraph 31). I also accept that the standard set by subsection 60(3) of the RPD Rules is high and "highly prescriptive" (*Huseen*, at paragraph 14). I further adopt the approach set out by the Court in *Ohanyan* with respect to the concept of "interests of justice" used in subsection 60(3) of the RPD Rules: "[t]he term [*sic*] 'otherwise in the interests of justice' are broad words giving the Board a wide discretion to reinstate but which requires the Board to weigh all the circumstances of a case — not just from the vantage point of an applicant's interests" (*Ohanyan*, at paragraph 13). Indeed, subsection 60(4) of the RPD Rules expressly directs the RPD to "consider any relevant factors."

[19] In the Decision, the RPD mentioned that it had analyzed the evidence provided by Ms. Rajput and was not convinced that it gave rise to a situation making it otherwise in the interests of justice to allow the application. The RPD claimed that, in the absence of specific submissions of Ms. Rajput on the "interests of justice," it nonetheless took into account the evidence on file and concluded that Ms. Rajput had simply changed her mind about her decision to withdraw her refugee claim and those of her two minor children. Twice, the RPD referred to Ms. Rajput having made a "strategic decision" with

Immigration), 2019 CF 834 et *Huseen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 845 (*Huseen*) à l'appui de sa position. De plus, elle affirme que la SPR a présenté des motifs insuffisants pour expliquer et justifier sa décision.

[17] Je suis d'accord avec M^me^ Rajput au sujet de ces deux éléments.

[18] Je ne conteste pas le fait que le rétablissement d'une demande d'asile qui a été retirée est l'exception plutôt que la norme (*Ohanyan*, au paragraphe 13). Comme il est expressément énoncé au paragraphe 60(3) des Règles de la SPR, celle-ci ne peut accueillir une demande de rétablissement d'une demande d'asile que dans les cas suivants : il y a eu manquement à un principe de justice naturelle; il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice de le faire (*Orsa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1163, au paragraphe 31). J'admets aussi que le critère établi par le paragraphe 60(3) des Règles de la SPR est élevé et « très normati[f] » (*Huseen*, au paragraphe 14). De plus, je fais mienne l'approche énoncée par la Cour dans la décision *Ohanyan* au sujet de la notion de « l'intérêt de la justice» dont il est fait mention au paragraphe 60(3) des Règles de la SPR : « L'expression "par ailleurs dans l'intérêt de la justice" a un sens large et donne à la Commission un pouvoir discrétionnaire étendu pour rétablir une demande, mais cela exige de sa part qu'elle pèse toutes les circonstances d'une affaire, et non pas uniquement sous l'angle des intérêts d'un demandeur » (*Ohanyan*, au paragraphe 13). En fait, le paragraphe 60(4) des Règles de la SPR donne expressément instruction à la SPR de « prend[re] en considération tout élément pertinent ».

[19] Dans la décision, la SPR a mentionné qu'elle avait analysé les éléments de preuve présentés par M^me^ Rajput et qu'elle n'était pas convaincue que ceux-ci faisaient en sorte qu'il était par ailleurs dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande. La SPR a soutenu que, M^me^ Rajput n'ayant pas présenté d'observations sur « l'intérêt de la justice », elle a tout de même tenu compte des éléments de preuve figurant dans le dossier et elle a conclu que M^me^ Rajput avait simplement changé d'idée quant à sa décision de retirer sa demande d'asile et celles de ses deux enfants mineurs. La SPR a

respect to the withdrawal. The RPD [at paragraph 9] also referred to a medical letter provided by Ms. Rajput which, according to the RPD, did not demonstrate that the withdrawal of the refugee claims was made "due to duress, lack of information or a mistake."

[20] With respect, I am not convinced that, in this case, the RPD's application of the "interests of justice" requirement and its analysis of the evidence meets the standard of reasonableness. Three main reasons lead me to that conclusion.

[21] First, I find that the RPD failed to reasonably consider the "interests of justice" contemplated by subsection 60(3) of the RPD Rules. I point out that subsection 60(3) of the RPD Rules provides that the RPD must not allow an application for reinstatement "unless it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice" or unless "it is otherwise in the interests of justice to allow the application" (« *si un manquement à un principe de justice naturelle est établi ou qu'il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice de le faire* ») [emphasis added]. I pause to note that this provision relating to the reinstatement of "withdrawn" refugee claims differs from applications to reopen a refugee claim that has been "decided" or "declared abandoned." For those types of applications, subsection 62(6) of the RPD Rules only provides that the application must not be allowed unless "it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice." Contrary to applications to reinstate withdrawn refugee claims, the RPD is not required to consider whether it is "in the interests of justice" to allow an application to reopen a refugee claim that has been declared abandoned.

[22] Given the principle of statutory interpretation that Parliament avoids superfluous or meaningless words (*Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, at paragraph 61; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170, at

mentionné deux fois que M^me^ Rajput avait pris une « décision stratégique » au sujet du retrait des demandes. Elle a aussi mentionné une lettre d'un médecin produite par M^me^ Rajput qui, d'après elle, ne démontrait pas que la décision de retirer les demandes d'asile avait été prise « sous la contrainte ou en raison d'un manque d'information ou d'une erreur » [au paragraphe 9].

[20] Avec égards, je ne suis pas convaincu qu'en l'espèce, la façon dont la SPR a appliqué le critère de « l'intérêt de la justice » et l'analyse qu'elle a effectuée des éléments de preuve respectent la norme de la décision raisonnable. Trois raisons principales m'amènent à tirer cette conclusion.

[21] En premier lieu, j'estime que la SPR a omis de dûment prendre en compte « l'intérêt de la justice » prévu au paragraphe 60(3) des Règles de la SPR. Je fais remarquer que le paragraphe 60(3) des Règles de la SPR prévoit que la SPR ne peut accueillir une demande de rétablissement que « si un manquement à un principe de justice naturelle est établi » ou « qu'il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice de le faire » (en anglais : "*unless it is established that there was a failure to observe a principle of natural justice or it is otherwise in the interests of justice to allow the application*") [non souligné dans l'original]. Je m'arrête ici pour souligner que cette disposition concernant le rétablissement des demandes d'asile qui ont été « retirées » est différente de celle concernant la réouverture des demandes d'asile « qui ont fait l'objet d'une décision » ou « dont le désistement a été prononcé ». Pour ce type de demandes, le paragraphe 62(6) des Règles de la SPR prévoit seulement que la SPR ne peut accueillir la demande que si « un manquement à un principe de justice naturelle est établi ». Contrairement aux demandes de rétablissement des demandes d'asile qui ont été retirées, la SPR n'est pas tenue de prendre en compte la question de savoir s'il est « dans l'intérêt de la justice » d'accueillir une demande de réouverture d'une demande d'asile dont le désistement a été prononcé.

[22] Suivant le principe d'interprétation législative selon lequel le législateur évite les mots superflus ou dénués de sens (*Canada (Procureur général) c. Ward*, [1993] 2 R.C.S. 689, au paragraphe 61; *R. c. Kelly*, [1992] 2

page 188), it is obvious that subsection 60(3) of the RPD Rules requires a separate consideration of each specific ground referred to in the provision, namely, a failure to observe a principle of natural justice and the interests of justice. Moreover, with respect to the "interests of justice," subsection 60(3) of the RPD Rules does not use the language "unless it is established" that applies to a failure to observe a principle of natural justice. The provision rather requires the RPD to determine if "it is otherwise in the interests of justice" to allow the reinstatement application. In my view, the different wording used by Parliament in the provision vests the RPD with a specific obligation to consider, on its own and in light of the particular circumstances of each case, the "interests of justice" at stake, whether or not specific submissions on the issue have been made by an applicant.

[23] It was therefore the RPD's duty, as a decision maker, to assess and determine whether it was in the interests of justice to allow Ms. Rajput's application for reinstatement, considering all the relevant factors and the evidence before the panel. I agree with Ms. Rajput that, in conducting this assessment, the RPD had to take a holistic and contextual approach, considering all of the circumstances before it, and that the panel could not simply ask itself whether Ms. Rajput had provided evidence and made submissions on the interests of justice at play.

[24] The terms "interests of justice" are not defined in the RPD Rules and, with one exception at subsection 61(3) of the Rules in cases where the Minister is seeking an application to reinstate a withdrawn application to vacate or cease refugee protection, it appears that they are not used elsewhere in the RPD Rules or in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27. Be that as it may, the terms "interests of justice" are broad words (*Ohanyan*, at paragraph 13) and, in my view, they require the decision makers to consider basic notions of fairness and common sense, and to have a general concern and interest that justice be done. If the concept of "interests of justice" is to have any meaning in subsection 60(3) of the RPD Rules, it certainly must encompass a flexible approach aimed at protecting the

R.C.S. 170, à la page 188), il est manifeste que le paragraphe 60(3) des Règles de la SPR suppose la prise en compte de chacun des motifs mentionnés dans la disposition, soit un manquement à un principe de justice naturelle et l'intérêt de la justice. De plus, en ce qui concerne « l'intérêt de la justice », le paragraphe 60(3) des Règles de la SPR n'emploie pas l'expression « sauf s'il est établi » qui s'applique à un manquement à un principe de justice naturelle. La disposition exige plutôt que la SPR établisse s'« il est par ailleurs dans l'intérêt de la justice » d'accueillir la demande de rétablissement. J'estime que la formulation différente employée par le législateur dans la disposition confère à la SPR l'obligation expresse de prendre en compte, en lui-même et à la lumière des circonstances propres à chaque cas, « l'intérêt de la justice » qui est en jeu, que le demandeur ait présenté des observations sur la question ou qu'il ne l'ait pas fait.

[23] Il incombait par conséquent à la SPR, en tant que décideur, d'apprécier et d'établir s'il était dans l'intérêt de la justice d'accueillir la demande de rétablissement présentée par M^me^ Rajput, à la lumière de tous les facteurs pertinents et des éléments de preuve dont elle disposait. Je conviens avec M^me^ Rajput que, pour effectuer cette appréciation, la SPR devait adopter une approche globale et contextuelle, ce qui supposait la prise en compte de l'ensemble des circonstances qui lui ont été exposées, et que le tribunal ne pouvait pas tout simplement se demander si M^me^ Rajput avait présenté des éléments de preuve et formulé des observations sur l'intérêt de la justice qui était en jeu.

[24] L'expression « l'intérêt de la justice » n'est pas définie dans les Règles de la SPR et, hormis l'exception prévue au paragraphe 61(3) des Règles pour les cas où le ministre demande le rétablissement d'une demande d'annulation ou de constat de perte de l'asile ayant été retirée, il semble qu'elle ne revient nulle part dans les Règles de la SPR ou dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27. Quoi qu'il en soit, l'expression « l'intérêt de la justice » a un sens large (*Ohanyan*, au paragraphe 13) et j'estime qu'elle exige que les décideurs prennent en compte des notions fondamentales d'équité et de bon sens et qu'ils manifestent une préoccupation et un intérêt généraux à ce que justice soit rendue. Pour avoir un sens aux termes du paragraphe 60(3) des Règles de la SPR, la notion de « l'intérêt de la justice »

interest of a just, fair and efficient resolution of an application for reinstatement, while remaining alert and sensitive to the particular factual circumstances of each case. Of course, the "interests of justice" language used at subsection 60(3) does not call for a given result. But, at a minimum, it necessitates a certain mindset, approach and disposition on the part of the RPD, and it dictates a certain path to be followed in its analysis of the evidence in order to echo the overarching objective of fairness contained in the provision. In my view, this is not what transpires from the RPD's consideration of the interests of justice in Ms. Rajput's case, and I am not satisfied that this concern for fairness which is inherent to the notion of "interests of justice" is reflected in the decision maker's reasons.

[25] Second, as was the case in *De Lourdes Diaz Ordaz Castillo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1185, I am not persuaded that the RPD had regard to all of the evidence before it. I agree with the Minister that, in general, the RPD is presumed to have weighed and considered all of the evidence, and has no obligation to refer to every document in the record (*Kanagendren v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 86, [2016] 1 F.C.R. 428, at paragraph 36; *Florea v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] F.C.J. No. 598 (QL) (C.A.), at paragraph 1). A failure to mention a particular piece of evidence in a decision does not mean that it was ignored (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 16). However, conversely, it is not always sufficient to refer baldly to all the evidence submitted, and contradictory evidence should not be overlooked. This is particularly the case with respect to key elements relied upon by a decision maker to reach his or her conclusion (*Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 35, 1998 CanLII 8667, [1999] 1 F.C. D-53 (T.D.) (*Cepeda-Gutierrez*), at paragraphs 16–17). When an administrative decision maker is silent on evidence squarely contradicting his or her findings of fact, the Court may intervene and infer that the decision maker ignored the contradictory evidence when making the decision (*Ozdemir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCA 331, 282 N.R. 394, [2002] 1 F.C. D-21, at paragraphs 9–10; *Cepeda-Gutierrez*, at paragraph 17). When

doit manifestement englober une approche souple visant à assurer le traitement juste, équitable et efficace d'une demande de rétablissement tout en étant attentive et réceptive aux circonstances factuelles propres à chaque cas. Bien entendu, l'expression « l'intérêt de la justice » employée au paragraphe 60(3) ne commande pas un résultat donné. Elle exige toutefois, à tout le moins, une certaine ouverture d'esprit et une certaine disposition de la part de la SPR et impose une certaine voie à suivre pour que l'analyse de la preuve effectuée par celle-ci tienne compte de l'objectif fondamental d'équité prévu dans la disposition. J'estime que ce n'est pas ce qui ressort de la prise en compte, par la SPR, de l'intérêt de la justice dans le cas de M^me^ Rajput, et je ne suis pas convaincu que ce souci d'équité inhérent à la notion de « l'intérêt de la justice » se reflète dans les motifs du décideur.

[25] En deuxième lieu, comme c'était le cas dans la décision *De Lourdes Diaz Ordaz Castillo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1185, je ne suis pas convaincu que la SPR a tenu compte de la totalité des éléments de preuve qui lui ont été soumis. Je partage l'avis du ministre selon qui, en général, la SPR est censée avoir examiné et pris en compte tous les éléments de preuve dont elle disposait, et n'est pas tenue de faire référence à chaque document figurant dans le dossier (*Kanagendren c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 86, [2016] 1 R.C.F. 428, au paragraphe 36; *Florea c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n^o^ 598 (QL) (C.A.), au paragraphe 1). Le fait de ne pas mentionner un élément de preuve particulier ne signifie pas qu'il a été écarté (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 16). À l'inverse, il ne suffit pas toujours de renvoyer simplement à la totalité des éléments de preuve qui ont été présentés, et il ne faut pas négliger la preuve contradictoire. Cela est particulièrement vrai pour les éléments clés sur lesquels le décideur s'est fondé pour rendre sa décision (*Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8667, [1999] 1 C.F. F-66 (1^re^ inst.) (*Cepeda-Gutierrez*), aux paragraphes 16–17). Quand le décideur administratif omet de s'exprimer sur les éléments de preuve qui contredisent carrément ses conclusions de fait, la Cour peut intervenir et en déduire que le décideur a fait l'impasse sur la preuve contradictoire pour rendre sa décision (*Ozdemir c. Canada (Ministre de*

omitted evidence is relevant to the disputed facts and contradicts some key findings of facts, the burden that lies upon the decision maker to explain why it was omitted increases. In such cases, a mere blanket statement by the decision maker that all evidence was considered cannot suffice (*Cepeda-Gutierrez*, at paragraph 17).

[26] In this case, the RPD appears to have remained blind to the underlying refugee claims that had been submitted by Ms. Rajput and her children, and did not deal with the particular circumstances of their case. I understand that the whole refugee protection claim may not have been technically part of Ms. Rajput's application for reinstatement before the RPD, but the context of Ms. Rajput's asylum claim certainly formed part of the reinstatement request. According to the materials that were in the Certified Tribunal Record, the RPD had before it a medical expertise stating that Ms. Rajput experienced problems with the Indian police as a result of false allegations against her husband and her family, that she had filed a complaint against the police in India, and that she was molested by the local police. The record also contained Ms. Rajput's Basis of Claim Form and her narrative. In those documents, Ms. Rajput alleged that she had been detained for two days, tortured and raped, that she fears being detained, abused or killed if returned to India, that she feels unsafe in India due to her gender, and that she is traumatized and depressed. Her narrative further referred to her history of abuse at the hands of the local police, which includes abuse of her family members, illegal detention and rape by police officers. Ms. Rajput had also provided evidence stating that her decision to withdraw her and her family's refugee claims was a mistake, and indicating that her mental state did not allow her to make an informed decision on the withdrawal.

[27] Further to my review of the Decision, I am left with the impression that the RPD ignored that context,

la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CAF 331, [2002] 1 C.F. F-21, aux paragraphes 9–10; *Cepeda-Gutierrez*, au paragraphe 17). Quand une preuve omise est pertinente eu égard aux faits contestés et qu'elle contredit certaines conclusions de fait importantes, le fardeau qu'a le décideur d'expliquer pourquoi cette preuve a été omise s'alourdit. Dans de tels cas, une simple déclaration générale de la part du décideur selon laquelle la totalité des éléments de preuve ont été pris en considération n'est pas suffisante (*Cepeda-Gutierrez*, au paragraphe 17).

[26] En l'espèce, la SPR semble n'avoir tenu aucun compte des demandes d'asile sous-jacentes présentées par M^me^ Rajput et ses enfants et n'a pas traité les circonstances particulières les concernant. J'en conclus que la demande d'asile dans son entièreté pouvait, en théorie, ne pas faire partie de la demande de rétablissement présentée que M^me^ Rajput a présentée à la SPR, mais le contexte de sa demande d'asile s'inscrivait manifestement dans la demande de rétablissement. Selon les documents figurant dans le dossier certifié du tribunal, la SPR disposait d'un rapport médical selon lequel M^me^ Rajput avait eu des problèmes avec la police indienne en raison de fausses allégations formulées contre son époux et sa famille, qu'elle avait porté plainte contre la police en Inde, et qu'elle avait été molestée par la police locale. Le formulaire Fondement de la demande d'asile et l'exposé circonstancié de M^me^ Rajput figuraient également dans le dossier. Dans ces documents, M^me^ Rajput a allégué qu'elle avait été détenue pendant deux jours, torturée et violée, qu'elle craignait d'être détenue, de subir de mauvais traitements et d'être tuée si elle retournait en Inde, qu'elle ne croit pas être en sécurité en Inde en raison de son sexe, et qu'elle souffre de traumatismes et de dépression. De plus, son exposé faisait état de ses antécédents de violence subie aux mains de la police locale, ce qui comprend les violences infligées aux membres de sa famille, sa détention illégale et les viols commis par des policiers. M^me^ Rajput a également présenté des éléments de preuve selon lesquels sa décision de retirer sa demande d'asile et celles de sa famille était une erreur, et a souligné que son état mental ne lui avait pas permis de prendre une décision éclairée quant au retrait.

[27] À la suite de mon examen de la décision, j'ai l'impression que la SPR n'a pas tenu compte de ce contexte,

and the particular circumstances of Ms. Rajput, in its assessment of the interests of justice at stake in her application for reinstatement.

[28] More specifically, I can find no evidence to support the RPD's conclusion (which was repeated twice) that the withdrawal of Ms. Rajput's refugee claims was a "strategic decision" that did not turn out as she had expected. I fail to see on what basis the RPD could have qualified the withdrawal as a strategic one orchestrated by Ms. Rajput, who was self-represented and made the decision quickly based on discussions she had with her brother. It appears that the RPD simply borrowed the "strategic" language from the *Ohanyan* case, where the facts were fairly different and where the applicant was represented by counsel throughout the refugee claim process.

[29] I further note that, in one of the letters she submitted to the RPD in support of her application for a reinstatement, Ms. Rajput expressly stated that she had committed a "mistake" in withdrawing the refugee protection claims. This important piece of evidence was apparently ignored by the RPD, which instead went on to observe that, based on the medical letter, Ms. Rajput's decision to withdraw the refugee claims was not made "due to duress, lack of information or a mistake" [Decision, at paragraph 9].

[30] In my view, the RPD did not properly consider the positive and negative aspects of reinstating Ms. Rajput's refugee protection claims, in a context where the Minister did not oppose Ms. Rajput's application for reinstatement. In short, the RPD did little beyond examining the narrow circumstances under which Ms. Rajput decided to withdraw her refugee claims. There was no analysis of the other "relevant factors" that the RPD had to consider under the RPD Rules, which clearly had an impact on considerations of fairness inherent to the "interests of justice," and which could have weighed in favour of allowing Ms. Rajput's application to reinstate her refugee claims.

et de la situation particulière de M^me^ Rajput, quand elle a apprécié l'intérêt de la justice qui était en jeu dans sa demande de rétablissement.

[28] Plus précisément, je ne relève aucun élément de preuve à l'appui de la conclusion de la SPR (énoncée deux fois) selon laquelle le retrait des demandes d'asile de M^me^ Rajput était une « décision stratégique » qui n'avait peut-être pas eu les effets escomptés. Je ne vois pas en quoi la SPR aurait pu qualifier le retrait des demandes d'asile comme une mesure stratégique prise par M^me^ Rajput, qui se représentait elle-même et qui a pris la décision rapidement sur la foi de conversations qu'elle avait eues avec son frère. Il semble que la SPR a tout simplement repris le terme « stratégique » employé dans la décision *Ohanyan*, affaire dans laquelle les faits étaient relativement différents de ceux de l'espèce et dans laquelle le demandeur était représenté par un avocat dans tout le processus de demande d'asile.

[29] De plus, je constate que dans l'une des lettres qu'elle a présentées à la SPR à l'appui de sa demande de rétablissement, M^me^ Rajput avait expressément affirmé qu'elle avait commis une [TRADUCTION] « erreur » en retirant les demandes d'asile. Il semblerait que la SPR n'a pas tenu compte de cet important élément de preuve, et qu'elle aurait plutôt fait remarquer que, selon la lettre médicale, la décision prise par M^me^ Rajput de retirer les demandes d'asile n'avait pas été prise « sous la contrainte ou en raison d'un manque d'information ou d'une erreur » [au paragraphe 9 de la décision].

[30] J'estime que la SPR n'a pas dûment pesé le pour et le contre en ce qui concernait le rétablissement des demandes d'asile présentées par M^me^ Rajput, dans un contexte où le ministre ne s'opposait pas à la demande de rétablissement. En somme, la SPR s'est contentée d'examiner les circonstances limitées ayant mené M^me^ Rajput à décider de retirer ses demandes d'asile. Il n'y avait pas d'analyse de tout autre « élément pertinent » que la SPR devait prendre en considération conformément aux Règles de la SPR, ce qui a clairement eu une incidence sur les considérations d'équité inhérentes à « l'intérêt de la justice » et aurait pu militer en faveur de l'accueil de la demande de rétablissement des demandes d'asile présentée par M^me^ Rajput.

[31] Third, the RPD's unreasonable assessment of the "interests of justice" is compounded by the fact that the reasons provided in the Decision do not allow me to understand how the Decision can be justified. I am mindful of the fact that a reviewing court should show significant deference to administrative decision makers when the standard of reasonableness applies, and that the Court should only intervene when a decision does not bear the hallmarks of reasonableness, which are justification, transparency and intelligibility (*Vavilov*, at paragraph 99). "Respectful attention" is to be paid to decision makers' reasons due to their institutional expertise (*Vavilov*, at paragraph 93). However, administrative decisions need to be justified, and the reasons must be sufficient to allow the reviewing court to understand how the decision was reached.

[31] En troisième lieu, l'appréciation déraisonnable de « l'intérêt de la justice » par la SPR est exacerbée par le fait que les motifs que celle-ci a donnés dans la décision ne me permettent pas de comprendre en quoi la décision se justifie. Je suis conscient que les cours de révision doivent faire montre d'une grande déférence envers les décideurs administratifs lorsque la norme de la décision raisonnable s'applique, et que la Cour ne devrait intervenir que lorsqu'une décision ne possède pas les caractéristiques d'une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité (*Vavilov*, au paragraphe 99). Il convient d'accorder une « attention respectueuse » aux motifs du décideur en raison de l'expertise institutionnelle que possède celui-ci (*Vavilov*, au paragraphe 93). Les décisions administratives doivent toutefois être justifiées, et les motifs doivent être suffisants de manière à permettre à la cour de révision de comprendre comment la décision a été prise.

[32] In this case, the RPD's analysis of the "interests of justice" is limited to two short paragraphs at the end of the Decision, which essentially borrow the language used by this Court in *Ohanyan* regarding the meaning of these words in rule 60 of the RPD Rules. While the RPD generally refers to "the evidence before me," it provides no detail to support its statement that Ms. Rajput's change of mind about her refugee claims was "a strategic decision which may not have worked out to her advantage."

[32] En l'espèce, l'analyse effectuée par la SPR de « l'intérêt de la justice » se limitait à deux courts paragraphes figurant à la fin de la décision, qui reprennent essentiellement les termes employés par la Cour dans la décision *Ohanyan* au sujet de la signification de cette expression mentionnée à la règle 60 des Règles de la SPR. En dépit du fait que la SPR renvoie généralement à « la preuve dont [elle] dispose », elle ne fournit aucune précision quant à son affirmation selon laquelle le fait que M^me^ Rajput avait changé d'idée au sujet des demandes d'asile était « une décision stratégique qui n'a peut-être pas été avantageuse pour elle ».

[33] In my view, the RPD's summary analysis does not constitute sufficient reasons. I recognize that the written reasons given by an administrative body must not be assessed against a standard of perfection (*Vavilov*, at paragraph 91). An administrative decision maker's reasons do not need to be comprehensive or perfect. However, they still need to be comprehensible and justified. The failure to meaningfully grapple with key issues or central arguments raised by a party may call into question whether the decision maker was actually alert and sensitive to matters before it and whether the decision exhibits the required degree of justification, transparency and intelligibility (*Vavilov*, at paragraphs 127–128). Here, we have a situation where the RPD's shortcomings on the refusal of Ms. Rajput's request are sufficiently

[33] J'estime que l'analyse sommaire de la SPR ne constitue pas des motifs suffisants. Je reconnais que les motifs écrits fournis par un organisme administratif ne doivent pas être jugés au regard d'une norme de perfection (*Vavilov*, au paragraphe 91). Si les motifs d'un décideur administratif n'ont pas à être exhaustifs ou parfaits, ils n'en doivent pas moins être intelligibles et se justifier. 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 et si la décision satisfait aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité (*Vavilov*, aux paragraphes 127–128). En l'espèce, les lacunes de la SPR quant à son rejet de

central or significant to render the Decision unreasonable (*Vavilov*, at paragraphs 96–97 and 100). In other words, it cannot be said that the Decision exhibits the requisite degree of justification, intelligibility and transparency. Even reading the reasons holistically and contextually, I fail to understand how the RPD reached its conclusion that the interests of justice did not support the reinstatement of Ms. Rajput's refugee claims, and that her withdrawal amounted to a "strategic decision." The reasons provided by the RPD are unable to convince me that the Decision on Ms. Rajput's application for reinstatement was based on an internally coherent and rational chain of analysis, and that it is conform to the relevant legal and factual constraints that bear on the RPD and the issue at hand (*Canada Post*, at paragraph 30; *Vavilov*, at paragraphs 105–107).

[34] An administrative decision maker has a responsibility "to justify to the affected party, in a manner that is transparent and intelligible, the basis on which it arrived at a particular conclusion" (*Vavilov*, at paragraph 96). A decision will not be reasonable if the reasons read in conjunction with the record do not make it possible to understand the decision maker's reasoning on a critical point (*Vavilov*, at paragraph 103). This is especially true where a decision has particularly harsh consequences for the affected individual, such as "decisions with consequences that threaten an individual's life, liberty, dignity or livelihood" (*Vavilov*, at paragraph 133). Here, the consequences of refusing the request for reinstatement are particularly severe and harsh for Ms. Rajput, her children and their refugee claims, and such a situation called for the RPD to "explain why its decision best reflects the legislature's intention" (*Vavilov*, at paragraph 133), and to demonstrate how, in the context of subsection 60(3) of the RPD Rules and the "interests of justice," the Decision was a just and fair one. I find that, in the particular circumstances of this case, the RPD has not done so. To echo the language of the Supreme Court in *Vavilov*, the omitted aspects of the analysis on the refusal of Ms. Rajput's request cause me "to lose confidence in the outcome reached" by the RPD (*Vavilov*, at paragraph 122; *Canada Post*, at paragraphs 52–53).

la demande de M^me^ Rajput sont suffisamment capitales ou importantes pour rendre la décision déraisonnable (*Vavilov*, aux paragraphes 96–97 et 100). Autrement dit, on ne pourrait affirmer que la décision présente le degré de justification, d'intelligibilité et de transparence requis. Même en interprétant les motifs de façon globale et contextuelle, il m'est impossible de comprendre comment la SPR a pu conclure que l'intérêt de la justice ne militait pas en faveur du rétablissement des demandes d'asile de M^me^ Rajput et que le retrait de celles-ci correspondait à une « décision stratégique ». Les motifs fournis par la SPR ne m'ont pas convaincu que la décision quant à la demande de rétablissement présentée par M^me^ Rajput reposait sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et qu'elle était conforme aux contraintes juridiques et factuelles pertinentes ayant une incidence sur elle et sur la question en litige (*Société canadienne des postes*, au paragraphe 30; *Vavilov*, aux paragraphes 105–107).

[34] Le décideur administratif est tenu « de justifier, de manière transparente et intelligible pour la personne visée, le fondement pour lequel il est parvenu à une conclusion donnée » (*Vavilov*, au paragraphe 96). Une décision sera déraisonnable si, lorsqu'on lit les motifs en corrélation avec le dossier, il est impossible de comprendre le raisonnement du décideur sur un point central (*Vavilov*, au paragraphe 103). Cela est particulièrement vrai lorsque la décision sous examen est susceptible d'avoir des répercussions importantes pour la personne concernée, comme les « décisions dont les conséquences menacent la vie, la liberté, la dignité ou les moyens de subsistance d'un individu » (*Vavilov*, au paragraphe 133). En l'espèce, les conséquences du rejet de la demande de rétablissement sont particulièrement sévères et graves pour M^me^ Rajput, ses enfants et leurs demandes d'asile, et une telle situation commandait que la SPR « explique pourquoi sa décision refl[était] le mieux l'intention du législateur » (*Vavilov*, au paragraphe 133) et montre en quoi, dans le contexte du paragraphe 60(3) des Règles de la SPR et de « l'intérêt de la justice », la décision était juste et équitable. J'estime que, dans les circonstances propres à la présente affaire, la SPR ne l'a pas fait. Pour faire écho aux termes employés par la Cour suprême dans l'arrêt *Vavilov*, les omissions dans l'analyse quant au rejet de la demande présentée par M^me^ Rajput m'amènent à « perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé[e] »

IV. Conclusion

[35] For the reasons stated above, the application for judicial review of Ms. Rajput and her two children is granted. Under the reasonableness standard, the reasons detailed in the Decision had to demonstrate that the RPD's conclusion was based on an internally coherent and rational chain of analysis and that it was justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker. This is not the case here. Therefore, I must allow the application for judicial review and return the Decision to the RPD for redetermination by a differently constituted panel, in accordance with the Court's reasons.

[36] Neither party has proposed a question of general importance for me to certify. I agree there is none.

JUDGMENT in IMM-1366-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted, without costs.

2. The January 31, 2020 decision of the Refugee Protection Division rejecting the application to reinstate the refugee claims of Ms. Rajni Rajput and her two minor children Anirudra Rajput and Ayush Rajput is set aside.

3. The matter is referred back to the Refugee Protection Division for redetermination by a differently constituted panel.

4. No question of general importance is certified.

la SPR (*Vavilov*, au paragraphe 122; *Société canadienne des postes*, aux paragraphes 52–53).

IV. Conclusion

[35] Pour les motifs mentionnés précédemment, la demande de contrôle judiciaire présentée par M^me^ Rajput et ses deux enfants est accueillie. Suivant la norme de la décision raisonnable, les motifs détaillés dans la décision devaient démontrer que la conclusion de la SPR reposait sur une analyse rationnelle et intrinsèquement cohérente et qu'elle était justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur était assujetti. Ce n'est pas le cas en l'espèce. Par conséquent, je dois accueillir la demande de contrôle judiciaire et renvoyer l'affaire à un tribunal différemment constitué de la SPR pour que celui-ci rende une nouvelle décision conformément aux motifs de la Cour.

[36] Aucune partie n'a proposé de question d'importance générale à certifier, et je conviens que l'affaire n'en soulève aucune.

JUGEMENT dans le dossier IMM-1366-20

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, sans dépens.

2. La décision du 31 janvier 2020 par laquelle la Section de la protection des réfugiés rejetait la demande de rétablissement des demandes d'asile présentées par M^me^ Rajput et ses deux enfants mineurs Anirudra Rajput et Ayush Rajput est annulée.

3. L'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué de la Section de la protection des réfugiés pour qu'il rende une nouvelle décision.

4. Aucune question de portée générale n'est certifiée.

2022 FC 1310
T-1094-21

Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Appellant*)

v.

The Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (*Respondent*)

T-1104-21

Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Applicant*)

v.

The Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (*Respondent*)

Indexed as: Canada v. Canada (Ship-source Oil Pollution Fund)

Federal Court, Strickland J.—By videoconference, July 13; Ottawa, September 21, 2022.

Maritime Law — Torts — Oil pollution — Statutory appeals brought pursuant to Marine Liability Act (Act) s. 106(2), applications for judicial review, all arising from two decisions of Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (SOPF) (respondent) disallowing claims made by Canadian Coast Guard (CCG) — CCG claims made to respondent pursuant to Act, s. 103(1), sought compensation for costs, expenses incurred by CCG to prevent anticipated oil pollution damage from incidents involving two vessels: Miss Terri, Stelie II — Respondent found that claims were made outside of limitation period established by Act, s. 103(2)(a) — In respect of each vessel, applicant/appellant (appellant) brought two appeals, pursuant to Act, s. 106(2), also two applications for judicial review challenging respondent's decisions — Both appeals, applications for judicial review were consolidated — Both vessels had damages; were docked at harbours; threatened polluting waters for various reasons — Both vessels removed from waters since being risk to marine environment, eventually deconstructed — Regarding Miss Terri claim, respondent stated that although materials submitted with claim by CCG not directly documenting discharge

2022 CF 1310
T-1094-21

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*appelante*)

c.

L'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causés par les navires (*intimé*)

T-1104-21

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*demanderesse*)

c.

L'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causés par les navires (*défendeur*)

Répertorié : Canada c. Canada (Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires)

Cour fédérale, juge Strickland—Par vidéoconférence, 13 juillet; Ottawa, 21 septembre 2022.

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Pollution par les hydrocarbures — Appels interjetés en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (la Loi) et demandes de contrôle judiciaire, découlant tous de deux décisions par lesquelles l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (la CIDPHN) (l'intimé) a rejeté des demandes en recouvrement de créance faites par la Garde côtière du Canada (la GCC) — Les demandes de la GCC ont été présentées en vertu du paragraphe 103(1) de la Loi et visaient à obtenir une indemnisation pour les frais qu'avait engagés la GCC en vue de prévenir des dommages prévus dus à la pollution par les hydrocarbures à la suite d'incidents impliquant deux navires: le Miss Terri et le Stelie II — L'intimé a conclu que les demandes de recouvrement de créance avaient été faites en dehors du délai prescrit à l'alinéa 103(2)a) de la Loi — La demanderesse-appelante (l'appelante) a interjeté deux appels, un pour chaque navire, conformément au paragraphe 106(2) de la Loi, et elle a également déposé deux demandes de contrôle judiciaire pour contester les décisions de l'intimé — Les deux appels

of oil from vessel, careful review of evidence suggested that discharge had occurred; therefore, that given probable determination, claim was likely submitted to respondent after applicable prescription date, should therefore be rejected — As for Stelie II, respondent of view that vessel in fact caused discharge of oils; that while evidence not expressly recording such discharge, this might reasonably be inferred — Believed that discharge of contaminated waters would probably have resulted in oil pollution damage, which would engage two-year limitation period, which period would have already expired — Whether challenges to respondent's decisions disallowing claims, based on limitation periods in Act, s. 103(2) properly taken as applications for judicial review or as statutory appeals under Act, s. 106(2) — Whether respondent committed reviewable error in finding that Act, s. 103(2)(a) limitation period applied, that CCG was out of time to file claim pursuant to s. 103(1) with respect to either or both of Miss Terri or Stelie II claims — Act, s. 106(2) providing that claimant may appeal, in particular, disallowance of claim but, in appeal from disallowance of claim, Court may consider only matters described in ss. 105(3)(a),(b) — Act, s. 106(2) giving rise to ambiguity which pertained to whether s. 103(2), which contains limitation periods applicable to claims made under s. 103(1), is integral to, or included within or modifies reference to "loss, damage, costs or expenses in s. 103(1)"; whether this is to be assessed as aspect of s. 103 claim — No explicit provision within ss. 103 to 106 as to how, when s. 103(2) limitation periods to be assessed with respect to s. 103(1) claim — Only connection to limitation periods is reference to s. 103(1) contained in s. 105(3)(a) — This, other factors suggested that respondent's determination of whether claim falling outside of limitation period is to be made when investigating, assessing claim, not outside of that process — Act, s. 103(2) was thus correctly interpreted such that respondent is to consider limitation period as part of claim — Therefore, limitation periods in s. 103(2) falling under respondent's scope of authority in s. 105(3); thus under Court's scope of review in s. 106(2) — Accordingly, matters in this case had to proceed as appeal pursuant to Act, s. 106(2) — With respect to reviewable errors, limitation periods found in s. 103(2) examined — Distinction between application of either of two s. 103(2) limitation periods (five years; two years) was purely factual distinction; that is, whether or not oil pollution damage occurred — Here, parties agreed that if any oil entered water, then oil pollution damage could be assumed — Therefore, whether or not oil pollution entered marine environment was factual determination that was to be made by respondent — Determination of that question dictated which of two s. 103(2) limitation periods applied — Standard of proof respondent entitled to use in making findings of fact such as dealing with claims under s. 103(1) is balance of probabilities — Respondent correctly identified balance of probabilities as being applicable standard of proof when making its factual determinations — Respondent also entitled to make factual inferences based on evidence before it — In present matter, while discharge of oil may not have been directly observed, respondent entitled to consider other evidence before it

ont été réunis en un seul, tout comme les deux demandes de contrôle judiciaire — Les deux navires ont subi des dommages; étaient amarrés dans des ports; représentaient une menace de pollution des eaux pour diverses raisons — Les deux navires ont été retirés de l'eau puisqu'ils présentaient un risque pour le milieu marin, et ont éventuellement été déconstruits — Pour ce qui est de la demande concernant le Miss Terri, l'intimé a déclaré que même si les documents que la GCC avait présentés ne faisaient pas directement état du rejet d'hydrocarbures venant du navire, un examen détaillé de la preuve donnait à penser qu'un rejet avait bel et bien eu lieu; donc, en raison de cette conclusion probable, la demande en recouvrement de créance a vraisemblablement été faite à l'intimé après le délai de prescription applicable et il convenait donc de la rejeter — Pour ce qui est du Stelie II, l'intimé était d'avis que ce navire avait bel et bien causé un rejet d'hydrocarbures; que même si la preuve ne faisait pas expressément état d'un tel rejet, il était possible de tirer raisonnablement cette inférence — L'intimé était d'avis que le rejet d'eau contaminée aurait probablement causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, ce qui aurait déclenché le délai de prescription de deux ans, lequel aurait déjà pris fin — Il s'agissait de savoir si les contestations relatives aux décisions par lesquelles l'intimé a rejeté les demandes en recouvrement de créance, en se fondant sur les délais de prescription prévus au paragraphe 103(2) de la Loi, étaient considérées à juste titre comme des demandes de contrôle judiciaire ou comme des appels prescrits par la loi en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi — Il s'agissait également de savoir si l'intimé a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) de la Loi s'appliquait et que, pour la GCC, il était trop tard pour déposer une demande en recouvrement de créance en vertu du paragraphe 103(1), relativement à l'une ou l'autre des demandes concernant le Miss Terri ou le Stelie II, ou les deux — Le paragraphe 106(2) de la Loi prévoit qu'un demandeur peut interjeter appel, en particulier, du rejet de la demande, mais, dans le cas d'un appel du rejet de la demande, la Cour ne prend en considération que les faits mentionnés aux alinéas 105(3)a) et b) — Le paragraphe 106(2) soulève une ambiguïté qui a trait à la question de savoir si le paragraphe 103(2) qui contient les délais de prescription applicables aux demandes présentées en vertu du paragraphe 103(1), fait partie intégrante de la référence faite à « la créance [...] visée par le paragraphe 103(1) », s'il y est inclus ou s'il la modifie; s'il est nécessaire de l'évaluer en tant qu'aspect d'une demande en recouvrement de créance présentée en vertu de l'article 103 — Rien n'est dit explicitement aux articles 103 à 106 quant à la façon de savoir comment et quand les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) doivent être évalués dans le cas d'une demande présentée en vertu du paragraphe 103(1) — Le seul lien qu'il y a avec les délais de prescription est la référence au paragraphe 103(1) qui est faite à l'alinéa 105(3)a) — Ces facteurs ainsi que d'autres donnaient à penser que la décision de l'intimé à propos du fait de savoir si une demande en recouvrement de créance se situe en dehors d'un délai de prescription doit être

to assess whether more likely than not that oil was discharged without being observed — Respondent also entitled to make inferences of fact based on evidence before it, not erring by taking that approach — As to whether respondent committed reviewable errors in finding that CCG's s. 103(1) claims not eligible for compensation because made outside limitation period, with respect to both Miss Terri, Stelie II, respondent not committing palpable, overriding error — Respondent considered all evidence with respect to containers of oil on deck, made inferences, on balance of probabilities, that some of that oil was discharged — Appellant not demonstrating respondent made palpable, overriding error in making those inferences — In conclusion, respondent not erring in its determination that discharges of oil pollution occurred — Therefore, limitation period under Act, s. 103(2)(a) applied, had expired prior to submission of CCG's claims for each vessel — In result, CCG's s. 103(1) claims for compensation were precluded since they were made outside applicable limitation period — Appeals dismissed.

prise lorsqu'il enquête sur la créance et l'évalue, et non en dehors de ce processus — La bonne manière d'interpréter le paragraphe 103(2) de la Loi était donc la suivante: l'intimé doit considérer que le délai de prescription fait partie de la demande en recouvrement de créance — Par conséquent, les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) entrent dans les limites des pouvoirs que le paragraphe 105(3) confère à l'intimé; de ce fait, dans les limites de l'examen que la Cour peut effectuer en vertu du paragraphe 106(2) — Donc, les affaires dont il était question devaient être entendues sous la forme d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi — En ce qui concerne des erreurs susceptibles de contrôle, un examen des délais de prescription visés au paragraphe 103(2) a été fait — La distinction entre l'application de l'un ou l'autre des deux délais de prescription que prévoit le paragraphe 103(2) (cinq ans et deux ans) était de nature purement factuelle; c'est-à-dire, des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont-ils produits ou pas? — En l'espèce, les parties ont convenu que si des hydrocarbures étaient entrés dans l'eau, on pouvait présumer que cela avait causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures — De ce fait, la question de savoir si de la pollution par les hydrocarbures était entrée dans le milieu marin était une conclusion factuelle qu'il revenait à l'intimé de tirer — La réponse à cette question dictait lequel des deux délais de prescription visés au paragraphe 103(2) s'appliquait — La norme de preuve que l'intimé est en droit d'utiliser pour tirer des conclusions de fait comme pour le traitement de demandes en vertu du paragraphe 103(1) est la prépondérance des probabilités — L'intimé a considéré avec raison que la prépondérance des probabilités était la norme de preuve à appliquer pour tirer ses conclusions factuelles — L'intimé était également en droit de tirer des inférences de fait à partir de la preuve qui lui était soumise — Dans cette affaire, même si l'on n'avait peut-être pas directement observé un rejet d'hydrocarbures, l'intimé était en droit de prendre en compte d'autres éléments de preuve qu'il avait en main pour évaluer si, selon toute vraisemblance, des hydrocarbures avaient néanmoins été rejetés sans qu'on les ait observés — L'intimé était également en droit de tirer des inférences de fait à partir des éléments de preuve qu'il avait en main, et il n'a pas commis d'erreur en abordant ces éléments de cette façon — À la question de savoir si l'intimé a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que les demandes présentées par la GCC en vertu du paragraphe 103(1) ne pouvaient pas donner droit à une indemnisation parce qu'elles avaient été présentées en dehors du délai de prescription, relativement au Miss Terri et au Stelie II, l'intimé n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante — L'intimé a pris en considération la totalité des éléments de preuve concernant les contenants d'huile qui se trouvaient sur le pont et il a inféré, selon la prépondérance des probabilités, qu'une partie de cette huile avait fui — L'appelante n'a pas établi que l'intimé a commis une erreur manifeste et dominante en tirant ces inférences — En conclusion, l'intimé n'a pas commis d'erreur en concluant que des rejets de pollution par les hydrocarbures se sont produits — Par conséquent, le délai de

prescription visé à l'alinéa 103(2)a) de la Loi s'appliquait et avait expiré avant que la GCC présente des demandes en recouvrement de créance pour les deux navires — En fin de compte, les demandes en recouvrement de créance que la GCC a présentées en vertu du paragraphe 103(1) ont été rejetées, car elles ont été faites en dehors du délai de prescription applicable — Appels rejetés.

Administrative Law — Statutory Appeals — Statutory appeals brought pursuant to Marine Liability Act (Act) s. 106(2), applications for judicial review, all arising from two decisions of Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (SOPF) (respondent) disallowing claims made by Canadian Coast Guard (CCG) — CCG claims made to respondent pursuant to Act, s. 103(1), sought compensation for costs, expenses incurred by CCG to prevent anticipated oil pollution damage from incidents involving two vessels: Miss Terri, Stelie II — Respondent found that claims were made outside of limitation period established by Act, s. 103(2)(a) — In respect of each vessel, applicant/appellant (appellant) brought two appeals, pursuant to Act, s. 106(2), also two applications for judicial review challenging respondent's decisions — Both appeals, applications for judicial review were consolidated — Both vessels had damages; were docked at harbours; threatened polluting waters for various reasons — Were challenges herein properly taken as applications for judicial review or as statutory appeals under Act, s. 106(2)? — What was applicable standard of review? — Limitation periods in Act, s. 103(2) fall under respondent's scope of authority in Act, s. 105(3), and therefore under Court's scope of review in Act, s. 106(2) — Accordingly, challenges had to proceed as appeal pursuant to Act, s. 106(2) — Since challenges had to be heard as statutory appeal, appellate standards of review applied — Where legislature has provided statutory appeal mechanism from administrative decision to court, this signals legislature's intent that appellate standards apply when court reviews decision — This meant that applicable standard was to be determined with reference to nature of question, to Court's case law on appellate standards of review — On appeal, questions of law are reviewable on correctness standard while findings of fact, findings of mixed fact, law without extricable legal question are reviewable on standard of palpable, overriding error.

Droit administratif — Appels prévus par la loi — Appels interjetés en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (la Loi) et demandes de contrôle judiciaire, découlant tous de deux décisions par lesquelles l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (la CIDPHN) (l'intimé) a rejeté des demandes en recouvrement de créance faites par la Garde côtière du Canada (la GCC) — Les demandes de la GCC ont été présentées en vertu du paragraphe 103(1) de la Loi et visaient à obtenir une indemnisation pour les frais qu'avait engagés la GCC en vue de prévenir des dommages prévus dus à la pollution par les hydrocarbures à la suite d'incidents impliquant deux navires: le Miss Terri et le Stelie II — L'intimé a conclu que les demandes de recouvrement de créance avaient été faites en dehors du délai prescrit à l'alinéa 103(2)a) de la Loi — La demanderesse-appelante (l'appelante) a interjeté deux appels, un pour chaque navire, conformément au paragraphe 106(2) de la Loi, et elle a également déposé deux demandes de contrôle judiciaire pour contester les décisions de l'intimé — Les deux appels ont été réunis en un seul, tout comme les deux demandes de contrôle judiciaire — Les deux navires ont subi des dommages; étaient amarrés dans des ports; représentaient une menace de pollution des eaux pour diverses raisons — Les contestations relatives aux décisions ont-elles été considérées à juste titre comme des demandes de contrôle judiciaire ou comme des appels prescrits par la loi en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi? — Quelle était la norme de contrôle applicable? — Les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) entrent dans les limites des pouvoirs que le paragraphe 105(3) confère à l'intimé et, de ce fait, dans les limites de l'examen que la Cour peut effectuer en vertu du paragraphe 106(2) — Donc, les contestations devaient être entendues sous la forme d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi — Comme les contestations devaient être entendues sous la forme d'appels prévus par la loi, ce sont les normes de contrôle en matière d'appel qui s'appliquaient — Si le législateur a prévu un mécanisme d'appel contre une décision administrative d'une cour de justice, cela dénote son intention que ce sont les normes en matière d'appel qui s'appliquent lorsqu'une cour de justice contrôle la décision — Ainsi, la norme de contrôle applicable devait être déterminée eu égard à la nature de la question et à la jurisprudence de la Cour en matière de normes de contrôle — Dans le cas d'un appel, les questions de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, et les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit, en l'absence d'un

principe juridique isolable, sont susceptibles de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

These proceedings involved statutory appeals brought pursuant to subsection 106(2) of the *Marine Liability Act* (Act) and applications for judicial review, all arising from two decisions of the Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund (SOPF) (respondent) disallowing claims made by the Canadian Coast Guard (CCG). The CCG claims were made pursuant to subsection 103(1) of the Act and sought compensation for costs and expenses incurred by the CCG to prevent anticipated oil pollution damage from incidents involving two vessels: the *Miss Terri* and the *Stelie II*. The respondent found that the claims were made outside of the limitation period established by paragraph 103(2)(a) of the Act and disallowed them. In respect of each vessel, the applicant/appellant (appellant) brought two appeals, pursuant to subsection 106(2) of the Act, and also two applications for judicial review challenging the respondent's decisions. Both appeals and applications for judicial review were consolidated. According to the claim submission of the CCG to the respondent, on February 23, 2018, the Harbour Master for a harbour in British Columbia, reported that the *Miss Terri*'s bilge pump was operating continuously due to an ingress of water. Initial efforts to contact the vessel owner were not successful and the Harbour Master continued to maintain a watch on the vessel. The vessel owner was contacted but he failed to provide any mitigation plan. On September 11, 2018, a CCG Environmental Response (CCG ER) crew was on site to observe the bilge pumps of the *Miss Terri* running at high intensity. The vessel owner was again advised of the situation but did not respond. On September 18, 2018, the Harbour Master reported that the bilge pumps were continuously pumping water and he could not continue to monitor the vessel and maintain the pumps. Due to the imminent threat of the *Miss Terri* sinking and polluting the marine environment, the CCG ER retained a marine towing service which towed the *Miss Terri* to a facility on September 19, 2018. The CCG ER also retained a marine surveyor to attend on the vessel. Further efforts to have the vessel owner take measures to mitigate the threat of marine pollution were unsuccessful. On November 6, 2018, the marine towing company retained by CCG removed the *Miss Terri* from the marine environment. On removal, the vessel was found to have significant hull damage below the waterline. The *Miss Terri* was deconstructed between November 29, 2018, and December 14, 2018, at the CCG's expense. The CCG made a claim to the respondent, by letter dated August 27, 2020, in the amount of $88,576.24. The submission's supporting materials included invoices and a survey report. By letter dated February 23, 2021, the respondent wrote to the CCG informing it that the subject matter of the claim involved a novel issue of mixed fact and law. The respondent stated that although the materials submitted by the CCG did not directly document the discharge of oil from the vessel, a careful review of the

La présente instance portait sur des appels interjetés en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (la Loi) et sur des demandes de contrôle judiciaire, lesquels découlaient tous de deux décisions par lesquelles l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causés par les navires (la CIDPHN) (l'intimé) a rejeté des demandes en recouvrement de créance faites par la Garde côtière du Canada (la GCC). Les demandes de la GCC ont été présentées en vertu du paragraphe 103(1) de la Loi et visaient à obtenir une indemnisation pour les frais qu'avait engagés la GCC en vue de prévenir des dommages prévus dus à la pollution par les hydrocarbures à la suite d'incidents impliquant deux navires: le *Miss Terri* et le *Stelie II*. L'intimé a conclu que les demandes de recouvrement de créance avaient été faites en dehors du délai prescrit à l'alinéa 103(2)*a*) de la Loi et il les a rejetées. La demanderesse-appelante (l'appelante) a interjeté deux appels, un pour chaque navire, conformément au paragraphe 106(2) de la Loi, et elle a également déposé deux demandes de contrôle judiciaire pour contester les décisions de l'intimé. Les deux appels ont été réunis en un seul, tout comme les deux demandes de contrôle judiciaire. Selon la demande en recouvrement de créance que la GCC a faite à l'intimé le 23 février 2018, le directeur d'un port en Colombie-Britannique a signalé que la pompe de cale du *Miss Terri* fonctionnait sans interruption à cause d'une infiltration d'eau. Les premiers efforts faits pour entrer en contact avec le propriétaire du navire ont été vains et le directeur du port a continué de surveiller le navire. On est parvenu à entrer en contact avec le propriétaire du navire, mais il n'a fourni aucun plan d'atténuation. Le 11 septembre 2018, une équipe d'intervention environnementale de la GCC (IE GCC) était présente sur place et a remarqué que les pompes de cale du *Miss Terri* fonctionnaient à intensité élevée. Le propriétaire du navire a de nouveau été avisé de la situation, mais il n'a pas répondu. Le 18 septembre 2018, le directeur du port a signalé que les pompes de cale pompaient de l'eau sans interruption et qu'il ne pouvait pas continuer de surveiller le navire et le fonctionnement des pompes. En raison de la menace imminente que le *Miss Terri* coule et pollue le milieu marin, l'équipe d'IE GCC a retenu les services d'un service de remorquage maritime qui a remorqué le *Miss Terri* jusqu'à une installation le 19 septembre 2018. L'équipe d'IE GCC a également retenu les services d'un expert maritime pour s'occuper du navire. D'autres efforts faits pour que le propriétaire du navire prenne des mesures destinées à atténuer la menace de pollution du milieu marin se sont révélés vains. Le 6 novembre 2018, le service de remorquage maritime retenu par la GCC a retiré le *Miss Terri* du milieu marin. Il a été découvert à ce moment-là que la coque du navire était sérieusement endommagée sous la ligne de flottaison. Le *Miss Terri* a été déconstruit entre le 29 novembre 2018 et le 14 décembre 2018,

evidence suggested that a discharge had occurred. As a result of that probable determination, the claim was likely submitted to the respondent after the applicable prescription date and should therefore be rejected. The respondent issued a "Letter of Disallowance" on May 17, 2021 with respect to the CCG's *Miss Terri* claim.

As for the *Stelie II*, according to the claim submission of the CCG to the respondent, on March 23, 2016, Transport Canada (TC) was informed that the *Stelie II* had broken free of its mooring facility in Port Saunders, Newfoundland and Labrador, during high winds and was starting to sink in the ice. The vessel was resting against an adjacent dock causing damage and a concern had also been raised about pollutants on board. TC contacted the CCG ER to inform it of the pollution potential. CCG ER determined that the vessel posed an immediate potential pollution threat. Various efforts to have the vessel owner take measures to mitigate the threat of marine pollution and assume responsibility for the vessel were unsuccessful. CCG corresponded with the respondent in March and April 2016, alerting it to the situation. On March 8, 2018, the respondent wrote to the CCG advising, based on the CCG's representations that the *Stelie II* was not the source of a discharge of pollutants and the actions taken by the CCG were taken in regard to a threat of pollution, that the applicable limitation period before which the CCG could bring a claim to SOPF was five years from the date of the occurrence, being March 24, 2016. Accordingly, the CCG's claim would be admissible until March 25, 2021. The *Stelie II* remained in storage for some time. Eventually a company was retained to conduct a vessel survey and a report was prepared. Afterwards, the CCG deemed the vessel to be an unacceptable risk to the marine environment. The *Stelie II* was thus deconstructed in August 2019 at the CCG's expense. The CCG made a claim to the respondent in respect of its costs and expenses incurred with respect to the *Stelie II* in the amount of $114,897.43 on October 7, 2020. The respondent was of the view that the *Stelie II* did in fact cause a discharge of oils at some point in late March 2016 and that while the evidence did not expressly record any such discharge, it might be reasonably inferred. The respondent also believed that some or all of the contaminated water ended up in the waters of the harbour and that this discharge would probably have resulted in oil pollution damage,

aux frais de la GCC. La GCC a présenté une demande en recouvrement de créance à l'intimé, par la voie d'une lettre datée du 27 août 2020, soit un montant de 88 576,24 $. Les documents à l'appui de cette demande comprenaient des factures et un rapport d'expertise. Par une lettre datée du 23 février 2021, l'intimé a écrit à la GCC pour l'informer que l'objet de sa demande en recouvrement de créance portait sur une nouvelle question mixte de fait et de droit. L'intimé a déclaré que même si les documents que la GCC avait présentés ne faisaient pas directement état du rejet d'hydrocarbures venant du navire, un examen détaillé de la preuve donnait à penser qu'un rejet avait bel et bien eu lieu. En raison de cette conclusion probable, la demande en recouvrement de créance avait vraisemblablement été faite à l'intimé après le délai de prescription applicable et il convenait donc de la rejeter. L'intimé a envoyé une « lettre de rejet » le 17 mai 2021 au sujet de la demande en recouvrement de créance de la GCC concernant le *Miss Terri*.

Pour ce qui est du *Stelie II*, selon la demande en recouvrement de créance que la GCC avait faite à l'intimé le 23 mars 2016, Transports Canada (TC) avait été avisé que le *Stelie II* s'était libéré par grand vent de son point d'amarrage à Port Saunders (Terre-Neuve-et-Labrador) et qu'il commençait à s'enfoncer dans la glace. Le navire, accoté contre un quai adjacent, causait des dommages et on disait craindre aussi qu'il y ait des polluants à bord. TC est entré en contact avec l'équipe d'IE GCC pour l'informer du risque de pollution. L'équipe d'IE GCC a jugé que le navire constituait une menace immédiate de pollution potentielle. Divers efforts destinés à faire en sorte que le propriétaire du navire intervienne pour atténuer la menace de pollution marine et assume les responsabilités financières et d'autre nature concernant le navire ont été infructueux. Au mois de mars et avril 2016, la GCC a correspondu avec l'intimé, l'avertissant de la situation. Le 8 mars 2018, l'intimé a écrit à la GCC pour l'informer que, d'après les observations de la GCC selon lesquelles le *Stelie II* n'était pas la source d'un rejet de polluants et que les mesures prises par la GCC concernaient une menace de pollution, le délai de prescription applicable avant lequel la GCC pouvait présenter une demande en recouvrement de créance à la CIDPHN était de cinq ans à compter de la date de l'événement, soit le 24 mars 2016. La demande de la GCC serait donc admissible jusqu'au 25 mars 2021. Le *Stelie II* est resté en remisage pendant un certain temps. Éventuellement, les services d'une entreprise ont été retenus pour procéder à une inspection du navire et un rapport a été établi. Cela étant, la GCC a considéré que le navire constituait un risque inacceptable pour le milieu marin. Le *Stelie II* a donc été déconstruit en août 2019 aux frais de la GCC. Le 7 octobre 2020, la GCC a présenté à l'intimé une demande en recouvrement de créance pour les frais qu'elle avait engagés à l'égard du *Stelie II*, soit un montant de 114 897,43 $. L'intimé était d'avis que le *Stelie II* avait bel et bien causé un rejet d'hydrocarbures à un certain moment à la fin du mois de mars 2016 et que même si la preuve ne faisait pas expressément état d'un

which would engage the two-year limitation period, which period would have expired in late March 2018. A letter of disallowance with respect to the CCG's *Stelie II* claim was issued by the respondent in May 2021.

The issues were (1) whether the challenges to the decisions of the respondent disallowing the claims, based on the limitation periods in subsection 103(2) of the Act, were properly taken as applications for judicial review or as statutory appeals under subsection 106(2) of the Act; (2) what was the applicable standard of review; and (3) whether the respondent committed a reviewable error in finding that the paragraph 103(2)(a) limitation period of the Act applied and that the CCG was out of time to file a claim pursuant to subsection 103(1) with respect to either or both of the *Miss Terri* or the *Stelie II* claims.

Held, the appeals should be dismissed.

Subsection 106(2) of the Act provides that a claimant may appeal the adequacy of a settlement offer or the disallowance of a claim but, in an appeal from the disallowance of a claim, the Court "may consider only the matters described in paragraphs 105(3)(a) and (b)". Section 105 concerns the respondent's duties when a claim for compensation is received under subsection 103(1) of the Act. Under subsection 105(1) the respondent must do two things: investigate and assess the claim; and make an offer of compensation to the claimant for whatever portion of the claim the respondent finds to be established. The respondent is explicitly limited by subsection 105(3) in what factors or matters it may consider when doing so. Subsection 106(2), viewed in the context of related provisions in subsections 105(3) and 103(1) and (2), gives rise to latent ambiguity. That is, the "matters" referred to in subsection 106(2) are explicitly only those described in paragraphs 105(3)(a) and (b). The ambiguity pertains to whether subsection 103(2), which contains the limitation periods applicable to claims made under subsection 103(1), is integral to, or included within or modifies the reference to "loss, damage, costs or expenses in subsection 103(1)" and is to be assessed as an aspect of a section 103 claim. Sections 103 to 106 provide claimants with an avenue by which claims can be quickly and directly resolved by the respondent, which is reflected in subsection 105(3). The respondent's investigation and assessment are undertaken as the first procedural step on receipt of a claim. However, there is no explicit provision within sections 103

tel rejet, il était possible de tirer raisonnablement cette inférence. L'intimé était également d'avis que l'eau contaminée, en tout ou en partie, avait fini par se retrouver dans les eaux du port et que ce rejet aurait probablement causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, ce qui déclencherait le délai de prescription de deux ans, lequel aurait pris fin à la fin de mars 2018. En mai 2021, l'intimé a envoyé une lettre de rejet à propos de la demande en recouvrement de créance de la GCC concernant le *Stelie II*.

Il s'agissait de savoir 1) si les contestations relatives aux décisions par lesquelles l'intimé a rejeté les demandes en recouvrement de créance, en se fondant sur les délais de prescription prévus au paragraphe 103(2) de la Loi étaient considérées à juste titre comme des demandes de contrôle judiciaire ou comme des appels prescrits par la loi en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi; 2) quelle était la norme de contrôle applicable; 3) si l'intimé a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) de la Loi s'appliquait et que, pour la GCC, il était trop tard pour déposer une demande en recouvrement de créance en vertu du paragraphe 103(1), relativement à l'une ou l'autre des demandes concernant le *Miss Terri* ou le *Stelie II,* ou les deux.

Jugement: les appels doivent être rejetés.

Le paragraphe 106(2) de la Loi prévoit que le demandeur peut interjeter appel du caractère approprié de l'offre d'indemnité ou de l'avis de rejet de sa demande, mais, dans le cas d'un appel du rejet de la demande, la Cour « ne prend en considération que les faits mentionnés aux alinéas 105(3)a) et b) ». L'article 105 porte sur les fonctions de l'intimé lorsqu'une demande en recouvrement de créance est présentée en vertu du paragraphe 103(1) de la Loi. Aux termes du paragraphe 105(1), l'intimé est tenu de faire deux choses: faire enquête sur la créance et l'évaluer; et faire une offre d'indemnité pour la partie de la demande que l'intimé juge recevable. Le paragraphe 105(3) limite explicitement les facteurs ou les questions que peut prendre en considération l'intimé à ce moment-là. Le paragraphe 106(2), considéré dans le contexte des dispositions connexes que comportent les paragraphes 105(3) et 103(1) et (2), soulève une ambiguïté latente. C'est-à-dire que les « faits » auxquels il est fait référence au paragraphe 106(2) sont explicitement ceux qui sont décrits aux alinéas 105(3)a) et b). L'ambiguïté concerne le fait de savoir si le paragraphe 103(2), qui contient les délais de prescription applicables aux demandes présentées en vertu du paragraphe 103(1), fait partie intégrante de la référence faite à « la créance [...] visée par le paragraphe 103(1) », s'il y est inclus ou s'il la modifie, et s'il est nécessaire de l'évaluer en tant qu'aspect d'une demande en recouvrement de créance présentée en vertu de l'article 103. Les articles 103 à 106 procurent aux demandeurs un moyen de faire régler rapidement et directement par l'intimé les

to 106 as to how and when the subsection 103(2) limitation periods are to be assessed with respect to a subsection 103(1) claim. The only connection to the limitation periods is the reference to subsection 103(1) contained in paragraph 105(3)(a). This and other factors suggested that the respondent's determination of whether a claim falls outside of a limitation period is to be made "when investigating and assessing a claim", and not outside of that process. As the respondent submitted, the subsection 103(2) limitation period provisions had to be interpreted as "modifying" subsection 103(1)—that is modifying *when* the losses set out in subsection 103(1) are eligible for compensation, and *when* they are outside of the scope of subsection 103(1) claims. Subsection 103(2) was thus correctly interpreted such that the respondent considers the limitation period *as part of the claim*. On that interpretation, the limitation periods in subsection 103(2) fall under the respondent's scope of authority in subsection 105(3) and therefore under the Court's scope of review in subsection 106(2). Accordingly, these matters had to proceed as an appeal pursuant to subsection 106(2) of the Act.

As to the standard of review, since the matters had to be heard as a statutory appeal, appellate standards of review applied. Where the legislature has provided a statutory appeal mechanism from an administrative decision to a court, this signals the legislature's intent that appellate standards apply when a court reviews the decision. This means that the applicable standard is to be determined with reference to the nature of the question and to the Court's case law on appellate standards of review. On appeal, questions of law are reviewable on the correctness standard while findings of fact and findings of mixed fact and law without an extricable legal question are reviewable on the standard of palpable and overriding error.

With respect to whether the respondent committed reviewable errors on the limitation periods, a review of the limitation periods found in subsection 103(2) of the Act was made. It was clear that the distinction between the application of either of the two subsection 103(2) limitation periods was a purely factual distinction. That is, whether or not oil pollution damage

demandes en recouvrement de créance, ce qui est illustré au paragraphe 105(3). L'enquête et l'évaluation qu'effectue l'intimé sont la première mesure procédurale qui est prise à la réception d'une demande en recouvrement de créance. Cependant, rien n'est dit explicitement aux articles 103 à 106 quant à la façon de savoir comment et quand les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) doivent être évalués dans le cas d'une demande présentée en vertu du paragraphe 103(1). Le seul lien qu'il y a avec les délais de prescription est la référence au paragraphe 103(1) qui est faite à l'alinéa 105(3)a). Ces facteurs ainsi que d'autres donnaient à penser que la décision de l'intimé à savoir si une demande en recouvrement de créance se situe en dehors d'un délai de prescription doit être prise lorsqu'il « enquête sur la créance et l'évalue », et non en dehors de ce processus. Comme l'intimé l'a indiqué, les dispositions en matière de délai de prescription du paragraphe 103(2) devaient être considérées comme « modifiant » le paragraphe 103(1) — c'est-à-dire modifiant le *moment* où les pertes mentionnées au paragraphe 103(1) donnent droit à une indemnisation, et le *moment* où elles débordent le cadre des demandes en recouvrement de créance présentées en vertu du paragraphe 103(1). La bonne manière d'interpréter le paragraphe 103(2) était la suivante: l'intimé considère que le délai de prescription *fait partie de la demande en recouvrement de créance.* Selon cette interprétation, les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) entrent dans les limites des pouvoirs que le paragraphe 105(3) confère à l'intimé et, de ce fait, dans les limites de l'examen que la Cour peut effectuer en vertu du paragraphe 106(2). Donc, les affaires dont il était question devaient être entendues sous la forme d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 106(2) de la Loi.

En ce qui concerne la norme de contrôle applicable, comme les présentes affaires devaient être entendues sous la forme d'appels prévus par la loi, ce sont les normes de contrôle en matière d'appel qui s'appliquaient. Si le législateur a prévu un mécanisme d'appel contre une décision administrative d'une cour de justice, cela dénote son intention que ce soient les normes en matière d'appel qui s'appliquent lorsqu'une cour de justice contrôle la décision. Ainsi, la norme de contrôle applicable doit être déterminée eu égard à la nature de la question et à la jurisprudence de la Cour en la matière. Dans le cas d'un appel, les questions de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, et les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit, en l'absence d'un principe juridique isolable, sont susceptibles de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

En ce qui concerne la question de savoir si l'intimé a commis une erreur susceptible de contrôle en matière de délais de prescription, un examen des délais de prescription visés au paragraphe 103(2) de la Loi a été fait. Il était évident que la distinction entre l'application de l'un ou l'autre des deux délais de prescription que prévoit le paragraphe 103(2) était de

occurred. Here, the parties agreed that if any oil entered the water, then oil pollution damage could be assumed. Therefore, whether or not oil pollution entered the marine environment was a factual determination that was to be made by the respondent. It was the determination of that question that would dictate which of the two subsection 103(2) limitation periods applied.

Some of the points raised by the appellant in its statutory interpretation analysis were addressed. The most significant of these was the standard of proof the respondent is entitled to utilize when determining if a discharge of oil pollution occurred. When it is tasked with making findings of fact, as it is required to do in determining whether the claim is for loss, damage, costs or expenses referred to in subsection 103(1), including which limitation period applies pursuant to subsection 103(2), the respondent must do so on the balance of probabilities. Even in a non-adversarial proceeding, such as the determination of a claim under subsection 103(1) of the Act, the evidence must still be assessed. This is demonstrated by the requirement of subsection 105(1) that the respondent investigate and assess such claims considering the factors set out in subsection 105(3), as well as subsection 105(2), which outlines the powers of the respondent when investigating and assessing a claim. In addition to assessing the evidence to determine what it establishes directly, the respondent, as an administrative decision maker, is also entitled to make factual inferences based on the evidence before it. Furthermore, case law confirms that indirect or circumstantial evidence can properly support the making of a factual inference, which should generally be treated by reviewing courts in the same way as a direct factual finding. This is especially true, and especially necessary, where there is an evidentiary gap. Thus, in this case, although a discharge of oil may not have been directly observed, the respondent was entitled to consider other evidence that was before it to assess whether it was more likely than not that oil was nevertheless discharged without being observed. Therefore, the respondent correctly identified the balance of probabilities as being the applicable standard of proof when making its factual determinations. The respondent was also entitled to make inferences of fact based on the evidence before it and did not err by taking that approach to the evidence. While the appellant submitted that there was no "actual evidence" upon which the respondent could make a factual finding as to whether a discharge of oil occurred, i.e. direct observation of a discharge, the respondent had before it other evidence such as survey reports and the CCG's narrative of events. The respondent was entitled to make findings of fact and to make factual inferences based on that evidence. Such inferences can be determinative.

nature purement factuelle. C'est-à-dire, des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont-ils produits ou pas? En l'espèce, les parties ont convenu que si des hydrocarbures étaient entrés dans l'eau, on pouvait donc présumer que cela avait causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. De ce fait, la question de savoir si de la pollution par les hydrocarbures était entrée dans le milieu marin était une conclusion factuelle qu'il revenait à l'intimé de tirer. C'était la réponse à cette question qui devait dicter lequel des deux délais de prescription visés au paragraphe 103(2) s'appliquait.

Certains des points qui découlaient de l'analyse d'interprétation législative qu'a faite l'appelante ont été examinés. Le point le plus important était la norme de preuve que l'intimé est en droit d'utiliser pour décider s'il s'est produit un rejet de pollution par les hydrocarbures. Lorsqu'il a pour tâche de tirer des conclusions de fait, ainsi qu'il est tenu de le faire pour décider si la demande en recouvrement de créance s'applique aux pertes, aux dommages ou aux frais visés au paragraphe 103(1), et cela inclut le choix du délai de prescription qui s'applique conformément au paragraphe 103(2), l'intimé se doit de le faire selon la prépondérance des probabilités. Même dans une instance non contradictoire, comme la détermination d'une demande en recouvrement de créance présentée en vertu du paragraphe 103(1) de la Loi, il faut quand même évaluer la preuve. C'est ce que démontre le paragraphe 105(1), qui exige que l'intimé enquête sur la créance et l'évalue en prenant en considération les facteurs énoncés au paragraphe 105(3), ainsi qu'au paragraphe 105(2), qui déterminent les pouvoirs de l'intimé lorsqu'il fait enquête sur une créance et qu'il l'évalue. En plus d'évaluer la preuve pour déterminer ce qu'elle établit directement, l'intimé, à titre de décideur administratif, est également en droit de tirer des inférences de fait à partir de la preuve qui lui est soumise. De plus, la jurisprudence confirme qu'une preuve indirecte ou circonstancielle peut légitimement étayer la formulation d'une inférence factuelle, que les cours de révision devraient traiter en général de la même façon qu'une conclusion factuelle directe. Cela est particulièrement vrai, et particulièrement nécessaire, quand la preuve comporte des lacunes. Ainsi, dans cette affaire, même si l'on n'a peut-être pas directement observé un rejet d'hydrocarbures, l'intimé était en droit de prendre en compte d'autres éléments de preuve qu'il avait en main pour évaluer si, selon toute vraisemblance, des hydrocarbures avaient néanmoins été rejetés sans qu'on les ait observés. C'est donc dire que l'intimé a considéré avec raison que la prépondérance des probabilités était la norme de preuve à appliquer pour tirer ses conclusions factuelles. L'intimé était également en droit de tirer des inférences de fait à partir des éléments de preuve qu'il avait en main, et il n'a pas commis d'erreur en abordant ces éléments de cette façon. L'appelante a soutenu qu'il n'y avait aucune « preuve réelle » qui permettait à l'intimé de tirer une conclusion factuelle quant à la question de savoir s'il s'était produit un rejet d'hydrocarbures, c'est-à-dire une observation directe d'un rejet, mais l'intimé disposait

Concerning the main issue of whether the respondent made a reviewable error in finding that discharges of oil had occurred and, therefore, the CCG's subsection 103(1) claims were ineligible for compensation since they were made outside the applicable limitation period, with respect to the *Miss Terri*, the respondent did not commit a palpable and overriding error. It found that the *Miss Terri* probably discharged oil prior to September 4, 2018 and, therefore, that the paragraph 103(2)(a) limitation period applied. The respondent referred to the *Miss Terri* Survey Report, submitted by the CCG, in reaching the conclusion that it was more probable than not that a discharge, or more likely multiple discharges, occurred prior to September 4, 2018, as a result of rain water entering the vessel, becoming contaminated with oil and then pumped overboard. The evidence submitted supported the respondent's inference on that point. Although the respondent did not specify the date on which it became more likely than not that a discharge occurred, it was not merely speculating or relying on a "floating" date in order to deny the claim as the appellant asserted. The respondent did not need to make a specific finding on whether the discharge(s) occurred on September 3, 2018 or at some point prior to that since it was not consequential for the success of the CCG's claim and would not impact the result. The respondent was required to, and did, base its inferred findings of fact as to the timeline of the discharge(s) on the evidence before it.

In conclusion, the respondent assessed and weighed the available evidence as to the condition of the vessel and the environmental conditions at the relevant times in determining whether a discharge occurred. This was not reliance on "speculation" or on "no evidence". There was no reviewable error in this approach, and the appellant did not demonstrate that the respondent made a palpable and overriding error when inferring that a discharge of oil pollution occurred prior to September 4, 2018.

The respondent also did not commit a palpable and overriding error in determining, with respect to the *Stelie II,* that a discharge of oil likely occurred between March 23, 2016 and March 26, 2016. The respondent pointed to two potential sources of discharge of oil. The first being the possibility of

d'autres éléments de preuve, comme des rapports d'inspection et le récit, fait par la GCC, des événements. L'intimé était en droit de tirer des conclusions de fait et de formuler des inférences de fait à partir de ces éléments de preuve. De telles inférences peuvent être déterminantes.

En ce qui concerne la principale question en litige, soit celle de savoir si l'intimé a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que des rejets d'hydrocarbures s'étaient produits et, de ce fait, que les demandes présentées par la GCC en vertu du paragraphe 103(1) ne pouvaient pas donner droit à une indemnisation parce qu'elles avaient été présentées en dehors du délai de prescription applicable, pour ce qui est du *Miss Terri*, l'intimé n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante. Il a conclu que le *Miss Terri* avait probablement rejeté des hydrocarbures avant le 4 septembre 2018 et que, de ce fait, le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)a) s'appliquait. L'intimé a fait référence au Rapport d'inspection du *Miss Terri*, présenté par la GCC, pour arriver à la conclusion que, selon toute vraisemblance, un rejet, ou, fort probablement, de multiples rejets, s'étaient produits avant le 4 septembre 2018 parce que de l'eau de pluie s'était infiltrée dans le navire, elle avait été contaminée par des hydrocarbures et elle avait ensuite été pompée par-dessus bord. Les éléments de preuve présentés étayaient l'inférence de l'intimé à cet égard. Bien que l'intimé n'ait pas précisé la date à laquelle, selon toute vraisemblance, un rejet s'est produit, il ne faisait pas que conjecturer ou se fonder sur une date « flottante » pour rejeter la demande en recouvrement de créance, comme l'affirmait l'appelante. L'intimé n'avait pas besoin de tirer une conclusion précise sur le fait de savoir si le ou les rejets s'étaient produits le 3 septembre 2018 ou à une date antérieure, puisque cela était sans conséquence pour le succès de la demande en recouvrement de créance de la GCC et n'aurait pas eu d'incidence sur le résultat. L'intimé était tenu de fonder les conclusions de fait qu'il inférait quant au moment où le ou les rejets s'étaient produits sur les éléments de preuve dont il disposait, et il l'a effectivement fait.

En conclusion, l'intimé a évalué et soupesé les éléments de preuve disponibles au sujet de l'état du navire et des conditions environnementales aux dates pertinentes pour déterminer s'il s'était produit un rejet ou non. Cela n'était pas se fonder sur des « conjectures » ou sur une « absence de preuve ». Il n'y avait aucune erreur susceptible de contrôle dans cette démarche et l'appelante n'a pas établi que l'intimé a commis une erreur manifeste et dominante en inférant qu'un rejet de pollution par les hydrocarbures s'était produit avant le 4 septembre 2018.

L'intimé n'a pas commis non plus d'erreur manifeste et dominante en concluant, au sujet du *Stelie II*, qu'il y avait vraisemblablement eu un rejet d'hydrocarbures entre le 23 mars 2016 et le 26 mars 2016. L'intimé a fait état de deux sources possibles de rejet hydrocarbures: la première étant la possibilité

discharge out of the open containers and trays of oil on the vessel's deck when the vessel listed, drifted across the dock facility, and impacted the dock on the opposite side. The second being the discharge of oily water during the dewatering operation on March 25–26, 2016. The information as to the state of the vessel came from the CCG's narrative filed in support of its claim, advising that the *Stelie II* had broken its moorings during high winds, had a substantial list and was resting against an adjacent dock. The respondent found, on a balance of probabilities, that some of the oil observed in open containers on deck escaped based on information provided about the vessel and photographs. The onus was on the CCG to support its claim for compensation. Here, the respondent considered all of the evidence with respect to the containers of oil on deck and made an inference, on the balance of probabilities, that some of that oil escaped. Moreover, the CCG offered no explanation as to how any spilled oil would find its way into a contained area of the vessel rather than into the harbour. The appellant did not demonstrate that the respondent made a palpable and overriding error in making the inference, based on the evidence before it, that on a balance of probabilities, oil would likely be displaced from open containers on the deck of the vessel, as a result of the storm and/or the vessel's substantial list, and found its way into the marine environment. Nevertheless, the respondent's further inference that pumping water from the engine room of the *Stelie II* directly into the harbour was likely to have discharged some oil was not as clear. Ultimately, the respondent concluded that regardless of the CCG's position as to the placement of the intake hose, given the large volume of water pumped and the contaminated state of the *Stelie II*, that a discharge had occurred during the pumping operation. While the respondent's reasons lacked clarity in regard to the role of the oiled timbers, considering the evidence that the respondent assessed and weighed in whole, the respondent did not make a palpable and overriding error in determining that a discharge of oil occurred during the dewatering process. The respondent's reasons demonstrated that it assessed the available evidence, inferred from the evidence that a discharge had occurred, and found the responding submissions insufficient to lead it to a different conclusion. Regardless, its finding that a discharge had occurred from the open containers of oil on deck would have been sufficient to ground the application of the paragraph 103(2)(a) limitation period.

In conclusion, the respondent did not err in its determination that discharges of oil pollution occurred and, therefore, the limitation period under paragraph 103(2)(a) of the Act applied and had expired prior to the submission of the CCG's claims for

de rejets dus aux contenants et aux plateaux d'huile ouverts sur le pont du navire, quand ce dernier avait gîté, avait dérivé à travers le bassin et avait heurté le quai situé du côté opposé, la seconde étant le rejet d'eau huileuse pendant l'opération d'assèchement exécutée les 25 et 26 mars 2016. Les renseignements concernant l'état du navire provenaient de l'exposé circonstancié que la GCC avait déposé à l'appui de sa demande en recouvrement de créance, indiquant que le *Stelie II* avait rompu ses amarres par grand vent, qu'il gîtait considérablement et qu'il était appuyé contre un quai adjacent. L'intimé a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'une partie des hydrocarbures observés dans des contenants ouverts sur le pont avaient fui, sur le fondement d'informations et de photographies obtenues au sujet du navire. Il incombait à la GCC d'étayer sa demande en recouvrement de créance. En l'espèce, l'intimé a pris en considération la totalité des éléments de preuve concernant les contenants d'huile qui se trouvaient sur le pont et il a inféré, selon la prépondérance des probabilités, qu'une partie de cette huile avait fui. De plus, la GCC n'a nullement expliqué comment de l'huile déversée se retrouverait dans un compartiment confiné du navire plutôt que dans le port. L'appelante n'a pas établi que l'intimé a commis une erreur manifeste et dominante en inférant, à partir des éléments de preuve dont il disposait, que, selon la prépondérance des probabilités, de l'huile aurait vraisemblablement été déversée de contenants ouverts se trouvant sur le pont du navire, à cause de l'orage ou de la forte gîte du navire, et qu'elle se serait retrouvée dans le milieu marin. Néanmoins, l'inférence supplémentaire de l'intimé, à savoir que le fait d'avoir pompé de l'eau se trouvant dans la salle des machines du *Stelie II* directement dans le port était susceptible d'avoir rejeté de l'huile, n'était pas claire. En fin de compte, l'intimé a conclu que, indépendamment de la position de la GCC au sujet de l'emplacement du boyau d'aspiration, vu la grande quantité d'eau pompée et l'état contaminé du *Stelie II*, un rejet s'est produit lors de l'opération de pompage. Même si les motifs de l'intimé manquaient de clarté au sujet du rôle de la charpente imbibée d'hydrocarbures, compte tenu de la preuve que l'intimé a évaluée et soupesée dans son ensemble, l'intimé n'a pas commis une erreur manifeste et dominante en concluant qu'un rejet d'hydrocarbures s'était produit au cours du processus d'assèchement. Il ressortait des motifs de l'intimé qu'il a évalué les éléments de preuve disponibles, qu'il a inféré à partir de ces derniers qu'il y a eu un rejet et qu'il a conclu que les observations fournies en réponse étaient insuffisantes pour donner lieu à une conclusion différente. Quand même, sa conclusion selon laquelle un rejet avait eu lieu depuis les contenants d'huile ouverts sur le pont aurait été suffisante pour justifier l'application du délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)a).

En conclusion, l'intimé n'a pas commis d'erreur en concluant que des rejets de pollution par les hydrocarbures se sont produits et, par conséquent, que le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)a) de la Loi s'appliquait et qu'il avait

each of the vessels, *Miss Terri* and the *Stelie II*. In the result, the CCG's subsection 103(1) claims for compensation were precluded as they were made outside the applicable limitation period.

expiré avant que la GCC présente des demandes en recouvrement de créance pour les navires *Miss Terri* et *Stelie II.* En fin de compte, les demandes en recouvrement de créance que la GCC a présentées en vertu du paragraphe 103(1) ont été rejetées, car elles ont été faites en dehors du délai de prescription applicable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9, ss. 667(1), 677(1),(10), 710, 711(2).
Canada Shipping Act, 2001, S.C. 2001, c. 26, s. 180.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 400(1),(3),(4).
Inquiries Act, R.S.C., 1985, c. I-11, Part 1.
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, ss. 51, 71, 77, 91(1), 101, 103, 104, 105, 106, 109.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada, L.C. 2001, ch. 26, art. 180.
Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9, art. 667(1), 677(1),(10), 710, 711(2).
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 51, 71, 77, 91(1), 101, 103, 104, 105, 106, 109.
Loi sur les enquêtes, L.R.C. (1985), ch. I-11, partie 1.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 400(1), (3),(4).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001, 23 March 2001, Art. 3, being Schedule 8 to the *Marine Liability* Act, S.C. 2001, c. 6.
International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992, 27 November 1992, Art. 3, as amended by the Resolution of 2000, being Schedule 5 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6.
International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, December 18, 1971, [1989] Can. T.S. No. 47.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, 27 novembre 1992, art. 3, modifiée par la résolution de 2000, qui constitue l'annexe 5 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6.
Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute, 23 mars 2001, art. 3, qui constitue l'annexe 8 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6.
Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, 18 décembre 1971, [1989] R.T. Can. nº 47.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, 1998 CanLII 837; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *'Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149; *Magonza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 14, [2019] 2 F.C.R. D-6; *R v. McIvor*, 2021 MBCA 55 (CanLII).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada,* 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Première nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149; *Magonza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 14, [2019] 2 R.C.F. F-8; *R v. McIvor*, 2021 MBCA 55 (CanLII).

CONSIDERED:

McLean v. British Columbia (Securities Commission), 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *R. v. J.D. Irving Ltd.*, [1999] 2 F.C. 346 (T.D.).

REFERRED TO:

CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General), [1999] 1 S.C.R. 743, 171 D.L.R. (4th) 733; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Cholmondeley (Marquis) v. Clinton (Lord)* (1820), 2 Jac & W 1, 37 E.R. 527 (Ch.); *M.(K.) v. M.(H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, [1992] S.C.J. No. 85 (QL); *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Deng v. Canada*, 2019 FCA 312; *Canada (Attorney General) v. Kattenburg*, 2021 FCA 86, [2021] 3 F.C.R. 410; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright),* 2012 FCA 22; *Hoang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness),* 2017 FC 1133; *Bernard v. Canada (Revenue Agency),* 2015 FCA 263; *Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.*, 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572, revg in part 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221; *Stetler v. Ontario (Agriculture, Food & Rural Affairs Appeal Tribunal)*, [2005] O.J. No. 2817 (QL), 141 A.C.W.S. (3d) 157 (WL Can.) (Ont. C.A.); *Pacasum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 822; *Teva Canada Limited v. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 526; *K.K. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 78; *Moffat v. Edmonton (City) Police Service*, 2021 ABCA 183 (CanLII); *Yee v. Chartered Professional Accountants of Alberta*, 2020 ABCA 98, 9 Alta. L.R. (7th) 10; *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688.

AUTHORS CITED

Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 7th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2022.

Brown, Donald J. M. and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Thomson Reuters Canada, 2022.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEALS brought pursuant to subsection 106(2) of the *Marine Liability Act* and applications for judicial review, all arising from two decisions of the Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund disallowing claims made by the Canadian Coast Guard

DÉCISIONS EXAMINÉES:

McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission), 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *R. c. J.D. Irving Ltd.*, [1999] 2 C.F. 346 (1re inst.).

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général), [1999] 1 R.C.S. 743; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Cholmondeley (Marquis) c. Clinton (Lord)* (1820), 2 Jac & W 1, 37 E.R. 527 (Ch.); *M.(K.) c. M.(H.),* [1992] 3 R.C.S. 6, [1992] A.C.S. no 85 (QL); *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Deng c. Canada*, 2019 CAF 312; *Canada (Procureur général) c. Kattenburg*, 2021 CAF 86, [2021] 3 R.C.F. 410; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Hoang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 1133; *Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, 2015 CAF 263; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes*, 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572; infirmant en partie 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221; *Stetler v. Ontario (Agriculture, Food & Rural Affairs Appeal Tribunal),* [2005] O.J. no 2817 (QL), 141 A.C.W.S. (3d) 157 (WL Can.) (C.A. Ont.); *Pacasum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 822; *Teva Canada Limitée c. Pfizer Canada Inc.*, 2017 CF 526; *K.K. c. Canada (Citoyenneté et Immigration),* 2014 CF 78; *Moffat v. Edmonton (City) Police Service*, 2021 ABCA 183 (CanLII); *Yee v. Chartered Professional Accountants of Alberta,* 2020 ABCA 98, 9 Alta. L.R. (7th) 10; *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S 688.

DOCTRINE CITÉE

Blake, Sara. *Administrative Law in Canada*, 7e éd. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2022.

Brown, Donald J. M. et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada,* feuilles mobiles. Toronto: Thomson Reuters Canada 2022.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes,* 2e éd. Toronto: Butterworths, 1983.

APPELS interjetés en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* et des demandes de contrôle judiciaire, lesquels découlaient tous de deux décisions par laquelle l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution

in relation to separate incidents involving two vessels. Appeals dismissed.

APPEARANCES

Michele Charles and *Paul Saunders* for appellant/applicant.
Cameron Grant and *Ryan Gauvin* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant/applicant.
Office of the Administrator of the Ship-source Oil Pollution Fund, Ottawa, for respondent.

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

Strickland J.:

Overview

[1] These proceedings involve statutory appeals brought pursuant to subsection 106(2) of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (MLA) and, applications for judicial review, all arising from two decisions of the Administrator (Administrator) of the Ship-source Oil Pollution Fund (SOPF) disallowing claims made by the Canadian Coast Guard (CCG). The CCG claims were made pursuant to subsection 103(1) of the MLA and sought compensation for costs and expenses incurred by the CCG to prevent anticipated oil pollution damage from incidents involving two vessels: the *Miss Terri* and the *Stelie II*. The Administrator found that the claims were made outside of the limitation period established by paragraph 103(2)(a) of the MLA and disallowed them.

par les hydrocarbures causés par les navires a rejeté des demandes en recouvrement de créance faites par la Garde côtière du Canada. Appels rejetés.

ONT COMPARU:

Michele Charles et *Paul Saunders* pour l'appelante/la demanderesse.
Cameron Grant et *Ryan Gauvin* pour l'intimé/le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante/la demanderesse.
Bureau de l'administrateur de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causés par les navires, Ottawa, pour l'intimé/le défendeur.

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

La juge Strickland :

Survol

[1] La présente instance porte sur des appels interjetés en vertu du paragraphe 106(2) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (la LRM) et sur des demandes de contrôle judiciaire, lesquels découlent tous de deux décisions par lesquelles l'administrateur (l'administrateur) de la Caisse d'indemnisation des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures causée par les navires (la CIDPHN) a rejeté des demandes en recouvrement de créance faites par la Garde côtière du Canada (la GCC). Ces demandes, présentées en vertu du paragraphe 103(1) de la LRM, visaient à obtenir une indemnisation pour les frais qu'avait engagés la GCC en vue de prévenir des dommages prévus dus à la pollution par les hydrocarbures à la suite d'incidents impliquant deux navires : le *Miss Terri* et le *Stelie II*. L'administrateur a conclu que les demandes de recouvrement de créance avaient été faites en dehors du délai prescrit à l'alinéa 103(2)a) de la LRM et il les a rejetées.

[2] The Applicant/Appellant (Canada) brought two appeals, one in respect of each vessel, pursuant to subsection 106(2) of the MLA, and also two applications for judicial review, one in respect of each vessel, challenging the Administrator's decisions. By orders of Prothonotary Aalto, dated July 16, 2021, both appeals were consolidated as Court File No. T-1094-21 and both applications for judicial review were consolidated as Court File No. T-1104-21. It was also ordered that Court Files Nos. T-1094-21 and T-1104-21 would be heard together.

Factual Background

Miss Terri

[3] According to the claim submission of the CCG to the Administrator, on February 23, 2018, the Harbour Master for Discovery Harbour, at Campbell River, British Columbia, reported to the CCG that the *Miss Terri*'s bilge pump was operating continuously due to an ingress of water. The Harbour Master, assisted by the CCG, installed additional bilge pumps to keep the vessel afloat. Initial efforts to contact the vessel owner were not successful and the Harbour Master continued to maintain a watch on the vessel. The bilge pumps were reported as pumping water for 30 minutes a day, twice a day. When the vessel owner was contacted, he was informed that he was responsible for mitigating the risk of a discharge of oil pollution and that he must submit a plan for doing so. The owner did not provide any mitigation plan.

[4] On September 11, 2018, a CCG Environmental Response (CCG ER) crew were at the Discovery Harbour marina responding to another incident. They observed the bilge pumps of the *Miss Terri* running 30 minutes of every hour. The vessel owner was advised of the situation but did not respond. On September 18, 2018, the Harbour Master reported that the bilge pumps were continuously pumping water and he could not continue to monitor the vessel and maintain the pumps. Due to the imminent threat of the *Miss Terri* sinking and polluting

[2] La demanderesse-appelante (le Canada) a interjeté deux appels, un pour chaque navire, conformément au paragraphe 106(2) de la LRM, et elle a également déposé deux demandes de contrôle judiciaire, un pour chaque navire, pour contester les décisions de l'administrateur. Par des ordonnances du protonotaire Aalto datées du 16 juillet 2021, les deux appels ont été réunis en un seul, sous le numéro de dossier de la Cour T-1094-21, tout comme les deux demandes de contrôle judiciaire, sous le numéro de dossier de la Cour T-1104-21. Il a aussi été ordonné que les numéros de dossiers de la Cour T-1094-21 et T-1104-21 soient instruits ensemble.

Le contexte factuel

Le *Miss Terri*

[3] Selon la demande en recouvrement de créance que la GCC a faite à l'administrateur le 23 février 2018, le directeur du port de Discovery, à Campbell River (Colombie-Britannique), a signalé à la GCC que la pompe de cale du *Miss Terri* fonctionnait sans interruption à cause d'une infiltration d'eau. Le directeur du port, avec l'aide de la GCC, a mis en place des pompes de cale supplémentaires afin de maintenir le navire à flot. Les premiers efforts faits pour entrer en contact avec le propriétaire du navire ont été vains et le directeur du port a continué de surveiller le navire. Il a été signalé que les pompes de cale pompaient de l'eau deux fois par jour, durant 30 minutes. Lorsqu'on est parvenu à entrer en contact avec le propriétaire du navire, on l'a informé qu'il lui incombait d'atténuer le risque de rejet de pollution par les hydrocarbures et qu'il lui fallait soumettre un plan à cet effet. Le propriétaire n'a fourni aucun plan d'atténuation.

[4] Le 11 septembre 2018, une équipe d'intervention environnementale de la GCC (IE GCC) était présente dans la marina du port de Discovery, où elle répondait à un autre incident. Cette équipe a remarqué que les pompes de cale du *Miss Terri* fonctionnaient 30 minutes toutes les heures. Le propriétaire du navire a été avisé de la situation, mais il n'a pas répondu. Le 18 septembre 2018, le directeur du port a signalé que les pompes de cale pompaient de l'eau sans interruption et qu'il ne pouvait pas continuer de surveiller le navire et le

the marine environment, the CCG ER retained Saltair Marine (Saltair) which towed the *Miss Terri* to a facility at Ladysmith, British Columbia on September 19, 2018. The CCG ER also retained a marine surveyor, Building Sea Marine, to attend on the vessel.

[5] Further efforts to have the vessel owner take measures to mitigate the threat of marine pollution were unsuccessful. On November 1, 2018, Saltair reported to the CCG that the *Miss Terri* required constant pumping to keep it afloat. On November 6, 2018, the CCG instructed Saltair to remove the *Miss Terri* from the marine environment. On removal, the vessel was found to have significant hull damage below the waterline. The *Miss Terri* was deconstructed by Saltair between November 29, 2018, and December 14, 2018, at the CCG's expense. The CCG made a claim to the Administrator, by letter dated August 27, 2020, in the amount of $88,576.24. The submission's supporting materials included invoices from Saltair and a survey report entitled "'Miss Terri' Survey for Condition & Salvage Value" prepared by Building Sea Marine (*Miss Terri* Survey Report).

[6] By letter dated February 23, 2021, the Administrator wrote to the CCG informing it that the subject matter of the claim involved a novel issue of mixed fact and law. The Administrator stated that although the materials submitted by the CCG "do not directly document the discharge of oil from the vessel … a careful review of the evidence suggests that a discharge did occur. As a result of that probable determination, the claim was likely submitted to the Administrator after the applicable prescription date and should therefore be rejected". The Administrator attached a 24-page draft decision and invited the CCG to provide any submissions or feedback on the expected determination that the *Miss Terri* had discharged oil, as well as how the limitation period ought to be applied on the facts. By letter dated March 30, 2021, the CCG provided submissions in response to the Administrator's draft reasons.

fonctionnement des pompes. En raison de la menace imminente que le *Miss Terri* coule et pollue le milieu marin, l'équipe d'IE GCC a retenu les services de Saltair Marine (Saltair), qui a remorqué le *Miss Terri* jusqu'à une installation située à Ladysmith (Colombie-Britannique), le 19 septembre 2018. L'équipe d'IE GCC a également retenu les services d'un expert maritime, Building Sea Marine, pour s'occuper du navire.

[5] D'autres efforts faits pour que le propriétaire du navire prenne des mesures destinées à atténuer la menace de pollution du milieu marin se sont révélés vains. Le 1er novembre 2018, Saltair a signalé à la GCC que le *Miss Terri* nécessitait un travail de pompage constant pour rester à flot. Le 6 novembre 2018, la GCC a donné instruction à Saltair de retirer le *Miss Terri* du milieu marin, et il a été découvert à ce moment-là que la coque du navire était sérieusement endommagée sous la ligne de flottaison. Saltair a procédé à la déconstruction du *Miss Terri* entre le 29 novembre 2018 et le 14 décembre 2018, aux frais de la GCC. Celle-ci a présenté une demande en recouvrement de créance à l'administrateur, par la voie d'une lettre datée du 27 août 2020, soit un montant de 88 576,24 $. Les documents à l'appui de cette demande comprenaient des factures de Saltair et un rapport d'expertise intitulé « "Miss Terri" Survey for Condition & Salvage Value » (Évaluation de l'état et de la valeur d'épave du « Miss Terri ») et établi par Building Sea Marine (le Rapport d'inspection du *Miss Terri*).

[6] Par une lettre datée du 23 février 2021, l'administrateur a écrit à la GCC pour l'informer que l'objet de sa demande en recouvrement de créance portait sur une question mixte de fait et de droit nouvelle. Il a déclaré que même si les documents qu'elle avait présentés [TRADUCTION] « ne font pas directement état du rejet d'hydrocarbures venant du navire […] un examen détaillé de la preuve donne à penser qu'un rejet a bel et bien eu lieu. En raison de cette conclusion probable, la demande en recouvrement de créance a vraisemblablement été faite à l'administrateur après le délai de prescription applicable et il convient donc de la rejeter ». L'administrateur a joint à sa lettre une ébauche de décision de 24 pages et a invité la GCC à lui faire part de ses observations ou de ses commentaires sur la conclusion prévue selon laquelle le *Miss Terri* avait rejeté des hydrocarbures, ainsi que sur la question de savoir comment appliquer le délai

[7] The Administrator issued a "Letter of Disallowance" on May 17, 2021 with respect to the CCG's *Miss Terri* claim. This is one of the decisions that is the subject of an appeal and an application for judicial review now before me.

Stelie II

[8] According to the claim submission of the CCG to the Administrator, on March 23, 2016, Transport Canada (TC) was informed by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) that the *Stelie II* had broken free of its mooring at Northern Boat Repair Ltd.'s (NBR) facility in Port Saunders, Newfoundland and Labrador, during high winds and was starting to sink in the ice. The vessel was resting against an adjacent dock causing damage and a concern had also been raised about pollutants on board. TC contacted the CCG ER to inform it of the pollution potential.

[9] The CCG ER personnel attended on the vessel on March 25, 2016. The vessel was found with no mooring lines and a substantial starboard list. The CCG narrative reported that upon entry, a strong odour of diesel fuel was noted. The engine room was three-quarters full of water, and pollutants consisting of lube oil, hydraulic oil, diesel oil and debris were described as scattered everywhere. There were open trays with oil, buckets of oil, paint cans, fire extinguishers on deck, flares scattered about and other pollutants were reported as clearly visible even though the vessel had no lights or power. The CCG ER determined that the vessel posed an immediate potential pollution threat and the best immediate course of action would be to pump the ingress water out of the vessel. The CCG ER commenced dewatering the vessel on March 25, 2016. This was completed on March 26, 2016, at which time the vessel was lifted out of the water and stored at the CCG's expense.

de prescription aux faits. Par une lettre datée du 30 mars 2021, la GCC a transmis des observations en réponse à l'ébauche de motifs de l'administrateur.

[7] L'administrateur a envoyé une [TRADUCTION] « lettre de rejet » le 17 mai 2021 au sujet de la demande en recouvrement de créance de la GCC concernant le *Miss Terri*. Il s'agit là de l'une des décisions faisant l'objet d'un appel et d'une demande de contrôle judiciaire dont je suis maintenant saisie.

Le *Stelie II*

[8] Selon la demande en recouvrement de créance que la GCC a faite à l'administrateur le 23 mars 2016, Transports Canada (TC) a été avisé par la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) que le *Stelie II* s'était libéré par grand vent de son point d'amarrage dans l'installation de Northern Boat Repair Ltd. (NBR), à Port Saunders (Terre-Neuve-et-Labrador) et qu'il commençait à s'enfoncer dans la glace. Le navire, accoté contre un quai adjacent, causait des dommages et on disait craindre aussi qu'il y avait des polluants à bord. TC est entré en contact avec l'équipe d'IE GCC pour l'informer du risque de pollution.

[9] Des membres du personnel d'IE GCC se sont rendus auprès du navire le 25 mars 2016. Ils l'ont trouvé sans amarres et gîtant fortement sur tribord. Selon l'exposé circonstancié de la GCC, en entrant dans le bateau, les membres du personnel ont constaté une forte odeur de carburant diesel. La salle des machines était remplie aux trois quarts d'eau et des polluants, constitués d'huile lubrifiante, d'huile hydraulique, de carburant diesel et de débris, étaient éparpillés partout. Il y avait des plateaux ouverts contenant de l'huile, des seaux d'huile, des pots de peinture, des extincteurs d'incendie sur le pont, des fusées éclairantes dispersées çà et là, et d'autres polluants, a-t-il été signalé, étaient clairement visibles, même si le navire était dépourvu de toute source d'éclairage ou d'alimentation. L'équipe d'IE GCC a jugé que le navire constituait une menace immédiate de pollution potentielle et que la meilleure mesure à prendre sur-le-champ serait d'évacuer par pompage l'eau qui s'était infiltrée dans le navire. L'équipe d'IE GCC a commencé à retirer l'eau du navire le 25 mars 2016. Cette opération

[10] Various efforts to have the vessel owner take measures to mitigate the threat of marine pollution and assume financial and other responsibility for the vessel were unsuccessful.

[11] On March 29, 2016, and April 7, 2016, the CCG corresponded with the Administrator, alerting it to the situation. On March 8, 2018, at the request of the CCG, the Administrator wrote to the CCG advising, based on the CCG's representations that the *Stelie II* was not the source of a discharge of pollutants and the actions taken by the CCG were taken in regard to a threat of pollution, that the applicable limitation period before which the CCG could bring a claim to SOPF was five years from the date of the occurrence, represented as being March 24, 2016. Accordingly, the CCG's claim would be admissible until March 25, 2021.

[12] The CCG sent an "interim" submission to the Administrator on April 30, 2018, to be held in abeyance until such time as the response operations had been resolved. By email of July 5, 2018, the Administrator advised the CCG that the interim claim had not suspended or otherwise affected the limitation period. By reply email, counsel for the CCG confirmed that they shared this understanding.

[13] The *Stelie II* remained in storage for some time, in part due to an ownership dispute. The CCG retained TriNav Marine Design Inc. (TriNav) to conduct a vessel survey. TriNav completed its assessment of the vessel on August 18, 2016, and prepared a report entitled "'Stelie II' Vessel Survey" dated September 23, 2016 (*Stelie II* Survey Report). On October 26, 2016, the CCG ER hired vacuum trucks from Pardy's Waste Management and Industrial Service Limited (Pardy's) to remove pollutants on board the *Stelie II*. On February 14, 2018, the CCG deemed the vessel to be an unacceptable risk and that its deconstruction was the only feasible option to prevent future oil pollution to the marine environment. The *Stelie II* was deconstructed in August 2019 at the CCG's expense. The CCG made a claim to the Administrator in respect of

a pris fin le 26 mars 2016, date à laquelle le navire a été soulevé hors de l'eau et remisé aux frais de la GCC.

[10] Divers efforts destinés à faire en sorte que le propriétaire du navire intervienne pour atténuer la menace de pollution marine et assume les responsabilités financières et d'autre nature concernant le navire ont été infructueux.

[11] Le 29 mars 2016 et le 7 avril 2016, la GCC a correspondu avec l'administrateur, l'avertissant de la situation. Le 8 mars 2018, à la demande de la GCC, l'administrateur lui a écrit pour l'informer que, d'après les observations de la GCC selon lesquelles le *Stelie II* n'était pas la source d'un rejet de polluants et que les mesures qu'elle avait prises concernaient une menace de pollution, le délai de prescription applicable avant lequel la GCC pouvait présenter une demande en recouvrement de créance à la CIDPHN était de cinq ans à compter de la date de l'événement, soit le 24 mars 2016. La demande de la GCC serait donc admissible jusqu'au 25 mars 2021.

[12] Le 30 avril 2018, la GCC a envoyé à l'administrateur une demande [TRADUCTION] « provisoire », à garder en suspens jusqu'à la fin des opérations d'intervention. Par un courriel daté du 5 juillet 2018, l'administrateur a informé la GCC que la demande provisoire n'avait pas eu pour effet de suspendre ou de modifier par ailleurs le délai de prescription. Par un courriel de réponse, les avocats de la GCC ont confirmé qu'ils étaient du même avis.

[13] Le *Stelie II* est resté en remisage pendant un certain temps, en partie à cause d'un différend en matière de propriété. La GCC a retenu les services de TriNav Marine Design Inc. (TriNav) pour procéder à une inspection du navire. TriNav a effectué son évaluation du navire le 18 août 2016 et a établi un rapport intitulé « "Stelie II" Vessel Survey » (Inspection du « Stellie II ») daté du 23 septembre 2016 (le Rapport d'inspection du *Stelie II*). Le 26 octobre 2016, l'équipe d'IE GCC a loué des camions-pompe à Pardy's Waste Management and Industrial Service Limited (Pardy) pour éliminer les polluants présents à bord du *Stelie II*. Le 14 février 2018, la GCC a considéré que le navire constituait un risque inacceptable et que sa déconstruction était la seule option possible pour éviter toute pollution future

its costs and expenses incurred with respect to the *Stelie II* in the amount of $114,897.43 on October 7, 2020.

[14] By email dated February 26, 2021, counsel for the Administrator wrote to counsel for the CCG, advising that the Administrator had concerns about the CCG's submission that the Administrator wished to bring to the CCG's attention and, that the concerns resulted in an invitation to submit supplementary documentation. The email states that "it appears to the Administrator that the STELIE II probably did in fact cause a discharge of oils at some point in late March of 2016". Counsel for the Administrator stated that while the evidence did not expressly record any such discharge, one might be reasonably inferred because the CCG's narrative reported that the *Stelie II* was listing severely with open trays and buckets of oil on its deck. This list may have caused some quantity of these oils to enter the water. Further, the CCG's documentation offered no explanation as to what was done with the presumably large volume of oily water pumped from the *Stelie II* on March 25 and 26, 2016. Without any evidence showing that this contaminated water was isolated and disposed of through appropriate waste streams, it appeared likely that some or all of it ended up in the waters of the harbour. This discharge would probably have resulted in oil pollution damage, which would engage the two-year limitation period. This period would have expired in late March 2018. As a result, the claim might not be eligible for compensation. Counsel for the Administrator invited the CCG to present all relevant documentation in its possession, as well as any comment it may have, by March 31, 2021.

[15] Counsel for the CCG provided a response submission by email dated March 31, 2021.

du milieu marin par des hydrocarbures. Le *Stelie II* a été déconstruit en août 2019 aux frais de la GCC. Le 7 octobre 2020, la GCC a présenté à l'administrateur une demande en recouvrement de créance pour les frais qu'elle avait engagés à l'égard du *Stelie II*, soit un montant de 114 897,43 $.

[14] Par un courriel daté du 26 février 2021, les avocats de l'administrateur ont écrit aux avocats de la GCC, disant que l'administrateur se posait des questions à propos de la demande en recouvrement de la GCC qu'il souhaitait porter à son attention, et que, de ce fait, il invitait la GCC à produire des documents supplémentaires. Le courriel indiquait : [TRADUCTION] « il semble à l'administrateur que, selon toute probabilité, le STELIE II a bel et bien causé un rejet d'hydrocarbures à un certain moment à la fin du mois de mars 2016 ». Les avocats de l'administrateur ont indiqué que même si la preuve ne faisait pas expressément état d'un tel rejet, il était possible de tirer raisonnablement cette inférence parce que la GCC, dans son exposé circonstancié, avait déclaré que le *Stelie II* gîtait fortement et qu'il y avait sur le pont des plateaux ouverts et des seaux d'huile. La gîte du navire avait peut-être eu pour effet qu'une certaine quantité de ces hydrocarbures étaient entrés dans l'eau. De plus, les documents de la GCC n'offrait aucune explication sur ce qui avait été fait de la quantité vraisemblablement importante d'eau huileuse pompée hors du *Stelie II* les 25 et 26 mars 2016. Sans preuve que cette eau contaminée avait été isolée et éliminée au moyen de flux de traitement de déchets appropriés, il semblait vraisemblable que cette eau, en tout ou en partie, avait fini par se retrouver dans les eaux du port. Ce rejet aurait probablement causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, ce qui déclencherait le délai de prescription de deux ans. Ce délai aurait pris fin à la fin de mars 2018. Il se pouvait donc que la demande en recouvrement de créance ne soit pas admissible. Les avocats de l'administrateur ont invité la GCC à produire tous les documents pertinents que celle-ci avait en sa possession, de même que tout commentaire connexe, avant le 31 mars 2021.

[15] Les avocats de la GCC ont fourni une réponse par courriel le 31 mars 2021.

[16] The Administrator issued a "Letter of Disallowance" dated May 26, 2021 with respect to the CCG's *Stelie II* claim. This is one of the decisions that is the subject of an appeal and application for judicial review now before me.

Relevant Legislation

Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6* (*version in force from 2015-06-08 to 2018-12-12, the time period relevant to these matters)

Claims filed with Administrator

103 (1) In addition to any right against the Ship-source Oil Pollution Fund under section 101, a person who has suffered loss or damage or incurred costs or expenses referred to in section 51, 71 or 77, Article III of the Civil Liability Convention or Article 3 of the Bunkers Convention in respect of actual or anticipated oil pollution damage may file a claim with the Administrator for the loss, damage, costs or expenses.

Limitation period

(2) Unless the Admiralty Court fixes a shorter period under paragraph 111(a), a claim must be made

(a) within two years after the day on which the oil pollution damage occurs and five years after the occurrence that causes that damage; or

(b) if no oil pollution damage occurs, within five years after the occurrence in respect of which oil pollution damage is anticipated.

….

Administrator's duties

105 (1) On receipt of a claim under section 103, the Administrator shall

(a) investigate and assess it; and

[16] L'administrateur a envoyé une [TRADUCTION] « lettre de rejet » datée du 26 mai 2021 à propos de la demande en recouvrement de créance de la GCC concernant le *Stelie II*. Il s'agit là de l'une des décisions faisant l'objet d'un appel et d'une demande de contrôle judiciaire dont je suis maintenant saisie.

Les dispositions législatives applicables

Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6* (*version en vigueur du 2015-06-08 au 2018-12-12, soit la période qui s'applique à la présente affaire)

Dépôt des demandes auprès de l'administrateur

103 (1) En plus des droits qu'elle peut exercer contre la Caisse d'indemnisation en vertu de l'article 101, toute personne qui a subi des pertes ou des dommages ou qui a engagé des frais mentionnés aux articles 51, 71 ou 77, à l'article III de la Convention sur la responsabilité civile ou à l'article 3 de la Convention sur les hydrocarbures de soute à cause de dommages — réels ou prévus — dus à la pollution par les hydrocarbures peut présenter à l'administrateur une demande en recouvrement de créance à l'égard de ces dommages, pertes et frais.

Délais

(2) Sous réserve du pouvoir donné à la Cour d'amirauté à l'alinéa 111a), la demande en recouvrement de créance doit être faite :

a) s'il y a eu des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dans les deux ans suivant la date où ces dommages se sont produits et dans les cinq ans suivant l'événement qui les a causés;

b) sinon, dans les cinq ans suivant l'événement à l'égard duquel des dommages ont été prévus.

[…]

Fonctions de l'administrateur

105 (1) Sur réception d'une demande en recouvrement de créance présentée en vertu de l'article 103, l'administrateur :

a) enquête sur la créance et l'évalue;

(b) make an offer of compensation to the claimant for whatever portion of it that the Administrator finds to be established.

….

Factors to be considered

(3) When investigating and assessing a claim, the Administrator may consider only

(a) whether it is for loss, damage, costs or expenses referred to in subsection 103(1); and

(b) whether it resulted wholly or partially from

(i) an act done or omitted to be done by the claimant with intent to cause damage, or

(ii) the claimant's negligence.

….

106 …

Appeal to Admiralty Court

(2) A claimant may, within 60 days after receiving an offer of compensation or a notification that the Administrator has disallowed the claim, appeal the adequacy of the offer or the disallowance of the claim to the Admiralty Court, but in an appeal from the disallowance of a claim, that Court may consider only the matters described in paragraphs 105(3)(a) and (b).

Canada Shipping Act, 2001, S.C. 2001, c. 26 (CSA)

Minister may take necessary measures

180 (1) If the Minister of Fisheries and Oceans believes on reasonable grounds that a vessel or an oil handling facility has discharged, is discharging or may discharge a pollutant, he or she may

(a) take the measures that he or she considers necessary to repair, remedy, minimize or prevent pollution damage from the vessel or oil handling facility, including, in the case of a vessel, by removing — or by selling, dismantling, destroying or otherwise disposing of — the vessel or its contents;

b) fait une offre d'indemnité pour la partie de la demande qu'il juge recevable.

[…]

Facteurs à considérer

(3) Dans le cadre de l'enquête et de l'évaluation, l'administrateur ne prend en considération que la question de savoir :

a) d'une part, si la créance est visée par le paragraphe 103(1);

b) d'autre part, si la créance résulte, en tout ou en partie :

(i) soit d'une action ou omission du demandeur visant à causer un dommage,

(ii) soit de sa négligence

[…]

106 […]

Appel à la Cour d'amirauté

(2) Le demandeur peut, dans les soixante jours suivant la réception de l'offre d'indemnité ou de l'avis de rejet de sa demande, interjeter appel devant la Cour d'amirauté; dans le cas d'un appel du rejet de la demande, la Cour d'amirauté ne prend en considération que les faits mentionnés aux alinéas 105(3)a) et b).

Loi de 2001 sur la marine marchande du Canada, L.C. 2001, ch. 26 (LMMC)

Mesures du ministre

180 (1) Le ministre des Pêches et des Océans peut, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un bâtiment ou une installation de manutention d'hydrocarbures a rejeté, rejette ou risque de rejeter un polluant :

a) prendre les mesures qu'il estime nécessaires pour prévenir, contrer, réparer ou réduire au minimum les dommages dus à la pollution, voire enlever ou détruire le bâtiment et son contenu, et disposer du bâtiment et de son contenu;

> **(b)** monitor the measures taken by any person or vessel to repair, remedy, minimize or prevent pollution damage from the vessel or oil handling facility; or
>
> **(c)** if he or she considers it necessary to do so, direct any person or vessel to take measures referred to in paragraph (a) or to refrain from doing so.

[17] Unless otherwise specified, all references to the MLA in these reasons are to the version that was in force at the time of the *Miss Terri* and *Stelie II* incidents, as set out above.

Decisions Under Review

The *Miss Terri*

[18] In the May 17, 2021 Letter of Disallowance, the Administrator determined that the limitation period under paragraph 103(2)(a) of the MLA applied and had expired prior to the submission of the CCG's claim. Therefore, the submission was not admissible under subsection 103(1) of the MLA.

[19] After reviewing the narrative of the incident as submitted by the CCG, the Administrator stated that in determining which limitation period applied, it was important to first determine if there was a discharge of oil from the vessel. The Administrator noted the absence of an "explicit observation" of oil in the water originating from the vessel. However, this did not mean that no discharge occurred. There was indirect evidence of a discharge, or more likely multiple discharges, occurring prior to September 4, 2018. The Administrator stated it was more probable than not that rain water would have regularly entered the vessel, become contaminated with oil, and then been pumped overboard.

[20] The Administrator stated that the layout of the vessel and its physical condition provided important evidence. The *Miss Terri* Survey Report found that most of the paying compound was missing, many of the (deck) planks had gone soft or were rotted entirely and that rain

> **b)** surveiller l'application de toute mesure prise par toute personne en vue de prévenir, contrer, réparer ou réduire au minimum les dommages dus à la pollution;
>
> **c)** dans le cas où il l'estime nécessaire, ordonner à toute personne ou à tout bâtiment de prendre les mesures visées à l'alinéa a) ou de s'abstenir de les prendre.

[17] À moins d'indication contraire, tous les renvois faits à la LRM dans les présents motifs se rapportent à la version qui était en vigueur à l'époque des incidents du *Miss Terri* et du *Stelie II*, tels que décrits plus tôt.

Les décisions faisant l'objet du présent contrôle

Le *Miss Terri*

[18] Dans la lettre de rejet du 17 mai 2021, l'administrateur a dit juger que le délai de prescription que prévoit l'alinéa 103(2)a) de la LRM s'appliquait et qu'il avait expiré avant que la GCC présente sa demande en recouvrement de créance. Cette demande n'était donc pas admissible en vertu du paragraphe 103(1) de la LRM.

[19] Après avoir passé en revue l'exposé circonstancié qu'avait fait la GCC au sujet de l'incident, l'administrateur a déclaré que, pour déterminer quel délai de prescription s'appliquait, il était important de déterminer tout d'abord s'il y avait eu un rejet d'hydrocarbures du navire. Il a signalé l'absence d'une [TRADUCTION] « observation explicite » dans l'eau d'hydrocarbures venant du navire. Cependant, cela ne voulait pas dire qu'il n'y avait eu aucun rejet. Il y avait une preuve indirecte de rejet, ou vraisemblablement de plusieurs rejets, datant d'avant le 4 septembre 2018. L'administrateur a déclaré que, selon toute vraisemblance, de l'eau de pluie serait entrée régulièrement dans le navire, qu'elle aurait été contaminée par des hydrocarbures et qu'elle aurait ensuite été pompée par-dessus bord.

[20] L'administrateur a déclaré que l'aménagement du navire et son état matériel constituaient une preuve importante. Dans le Rapport d'inspection du *Miss Terri* il a été conclu que la majeure partie du composé servant d'enduit avait disparu, qu'un grand nombre des planches

water could have penetrated most of the areas of the deck that were exposed to the elements. The Administrator found that the surveyor's observations and conclusions with respect to the deck were likely correct and, on a balance of probabilities, that rain would have penetrated the deck and entered the below-deck spaces throughout the vessel, including the forward spaces.

[21] Further, the *Miss Terri* Survey Report also noted that the vessel's machinery space and forecastle bilges were "moderately fouled with oil" and photographs from that report showed oily bilges in the main engine, forecastle and stern gland areas of the vessel. Based on this, as well as photographs from Saltair, the Administrator stated that it was accepted that both the machinery space and the forecastle space were contaminated with oil such that water coming into contact with those spaces would be contaminated with oil. The Administrator noted that there was no evidence that the oily state of the vessel had changed between February 23, 2018 (when the CCG had first installed additional bilge pumps) and when it was inspected by Building Sea Marine (on September 18, 2018).

[22] Although there was no direct evidence as to what happened to the vessel between those dates, the Administrator had already determined that it was more likely than not that when rain fell on the vessel, the rain water penetrated the deck, became contaminated with oil and was then discharged from the aft pumps. Further, that it was "accepted" that between February 23 and September 3, 2018, there had been significant and multiple rainfalls. The Administrator received the CCG's submission on September 4, 2020, but concluded that the discharges of oil occurred prior to September 4, 2018.

(du pont) s'étaient amollies ou étaient entièrement pourries et que de l'eau de pluie aurait pu pénétrer la plupart des secteurs du pont qui étaient exposés aux éléments. L'administrateur a conclu que les observations et les conclusions de l'expert maritime au sujet du pont étaient vraisemblablement correctes et que, selon la prépondérance des probabilités, la pluie aurait traversé le pont et serait entrée dans les compartiments situés sous le pont de ce dernier d'un bout à l'autre du navire, y compris dans les compartiments situés à l'avant.

[21] De plus, il était également signalé dans le Rapport d'inspection du *Miss Terri* que le compartiment machine du navire et les compartiments de cale du gaillard d'avant étaient [TRADUCTION] « modérément pollués par des hydrocarbures », et des photographies extraites de ce rapport montraient des fonds huileux dans les principaux compartiments de la salle des machines, du gaillard d'avant et de la poupe du navire. Se fondant sur cela, ainsi que sur des photographies prises par Saltair, l'administrateur a déclaré qu'il était admis que tant le compartiment machine que le gaillard d'avant étaient contaminés par des hydrocarbures, de sorte que l'eau entrant en contact avec ces compartiments aurait été contaminée par des hydrocarbures. Il a fait remarquer qu'il n'y avait aucune preuve que l'état huileux du navire avait changé entre le 23 février 2018 (date à laquelle la GCC avait tout d'abord mis en place des pompes de cale supplémentaires) et la date à laquelle le navire avait été inspecté par Building Sea Marine (le 18 septembre 2018).

[22] Même s'il n'y avait aucune preuve directe de ce qui était arrivé au navire entre ces deux dates, l'administrateur avait déjà conclu que, selon toute vraisemblance, quand il avait plu sur le navire, cette eau avait pénétré le pont, avait été contaminée par des hydrocarbures et avait ensuite été rejetée par les pompes arrière. De plus, il était [TRADUCTION] « admis » qu'entre le 23 février et le 3 septembre 2018 il y avait eu plusieurs chutes de pluie abondantes. L'administrateur a reçu la demande en recouvrement de créance de la GCC le 4 septembre 2020, mais il a conclu que les rejets d'hydrocarbures avaient eu lieu avant le 4 septembre 2018.

[23] As the claim was not submitted within two years of those discharges, the Administrator stated that the shortest of the limitation periods under subsection 103(2) might apply and that an examination of whether the claim could be admitted under subsection 103(1) was required. The Administrator then embarked on a lengthy exercise of statutory interpretation of paragraph 103(2)(a) and concluded that the provision imposes a limitation period of two years after the oil pollution damage occurs as a result of an initiating incident. It further concluded that all claims stemming from the same facts, and all claimants were therefore subject to the same limitation period.

[24] The Administrator stated that the final determination to be made was whether the discharges that occurred caused "oil pollution damage" as defined in subsection 91(1) of the MLA and, based on its prior findings of fact, concluded that the discharges prior to September 4, 2018, likely caused oil pollution damage. As a result, the paragraph 103(2)(a) limitation period expired prior to September 4, 2020, and the CCG's claim was inadmissible under subsection 103(1).

[25] The Administrator then reviewed the response received from the CCG to the Administrator's February 23, 2021 correspondence providing its draft decision. The Administrator understood the CCG to make two primary points. First, that the CCG handled the incident in accordance with threat assessment criteria in accordance with the CSA and there was no evidence that a discharge occurred. The Administrator stated that the CCG's use of the CSA threat assessment was understandable but the Administrator did not agree that those criteria had any bearing on when the limitation period began to run. As such, the CCG's response did not alter the Administrator's factual determinations in that regard. Second, the CCG submitted that it was problematic for a claimant not to know when the limitation period begins to run. To this the Administrator agreed that under its

[23] L'administrateur a déclaré qu'étant donné que la demande en recouvrement de créance n'avait pas été faite dans les deux ans suivant la date de ces rejets, c'était probablement le plus court des délais de prescription prévus au paragraphe 103(2) qui s'appliquait et qu'il était nécessaire d'examiner si la demande pouvait être admise en vertu du paragraphe 103(1). Il s'est ensuite lancé dans un long exercice d'interprétation législative de l'alinéa 103(2)a) et il a conclu que cette disposition imposait un délai de prescription de deux ans après la date de survenue des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures par suite d'un incident les ayant causés. Il a de plus estimé que toutes les demandes en recouvrement de créance découlaient des mêmes faits, et que les demandeurs étaient donc tous assujettis au même délai de prescription.

[24] L'administrateur a déclaré que la dernière conclusion à tirer consistait à savoir si les rejets qui avaient eu lieu avaient causé des « dommages dus à la pollution par les hydrocarbures » au sens du paragraphe 91(1) de la LRM et, en se fondant sur les conclusions de fait qu'il avait tirées antérieurement, il a conclu que les rejets antérieurs au 4 septembre 2018 avaient vraisemblablement causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. En conséquence, le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) avait expiré avant le 4 septembre 2020 et la demande en recouvrement de créance de la GCC était inadmissible en vertu du paragraphe 103(1).

[25] L'administrateur a ensuite passé en revue la réponse qu'il avait reçue de la GCC à la lettre du 23 février 2021 par laquelle il lui avait communiqué son ébauche de décision. Il a dit comprendre que la GCC soulevait deux points principaux. Premièrement, que la GCC s'était occupée de l'incident conformément aux critères d'évaluation d'une menace prévus par la LMMC et qu'il n'y avait aucune preuve qu'un rejet avait eu lieu. L'administrateur a déclaré qu'il était compréhensible que la GCC recoure aux critères d'évaluation d'une menace prévus par la LMMC, mais qu'il n'était pas d'accord pour dire que ces critères avaient une incidence quelconque sur la date à laquelle le délai de prescription commençait à courir. Cela étant, la réponse de la GCC ne changeait pas les conclusions factuelles que l'administrateur avait tirées à cet égard. Deuxièmement, la GCC

interpretation, a claimant might lose the right to claim as a result of not being aware of when the limitation period began to run and a claim might even be barred before a claimant suffers damage. However, in the Administrator's view, an alternative interpretation of subsection 103(2) allowing consideration of a claimant's knowledge and subjective beliefs in determining when the limitation period begins to run was not available. The relevant limitation period is focused on events affecting the subject ship, rather than a claimant's role in those events. The Administrator concluded that its factual determinations and determinations of mixed fact and law did not change in light of the CCG's response.

a fait valoir que, pour un demandeur, il était problématique de ne pas savoir quand le délai de prescription commençait à courir. L'administrateur a convenu que, selon son interprétation, un demandeur pourrait perdre le droit de présenter une demande en recouvrement de créance parce qu'il ignorait le moment où le délai de prescription commençait à courir et qu'une telle demande pourrait même être irrecevable avant qu'un demandeur subisse des dommages. Cependant, à son avis, une interprétation différente du paragraphe 103(2), qui permettrait de prendre en considération la connaissance et la croyance subjective d'un demandeur pour ce qui était de déterminer à quel moment commençait à courir le délai de prescription, n'était pas possible. Le délai de prescription applicable est axé sur les événements qui ont touché le navire en cause, plutôt que sur le rôle qu'un demandeur a joué dans ces événements. Il a conclu qu'à la lumière de la réponse de la GCC ses conclusions de fait et ses conclusions mixtes de fait et de droit ne changeaient pas.

The *Stelie II*

[26] In the May 26, 2021 Letter of Disallowance concerning the *Stelie II*, the Administrator determined that the limitation period under paragraph 103(2)(a) of the MLA applied and had expired prior to the submission of the CCG's claim. Therefore, the claim was not admissible under subsection 103(1) of the MLA.

[27] In support of that determination, the Administrator set out the exchanges between it and the CCG prior to its claim submission on October 8, 2020, including photographs provided by the CCG. The Administrator also noted the *Stelie II* Survey Report, which had been included with the CCG's claim submission, finding that certain passages of that report were relevant to the determinations of the Administrator. In particular, references to the presence of oily water in various spaces on board the vessel. The Administrator also noted that the CCG notes submitted with its claim indicated that a pumper truck had been on standby for March 25, 2016.

Le *Stelie II*

[26] Dans la lettre de rejet du 26 mai 2021 concernant le *Stelie II*, l'administrateur a conclu que le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) de la LRM s'appliquait et qu'il avait expiré avant que la GCC présente sa demande en recouvrement de créance. Cette demande n'était donc pas admissible en vertu du paragraphe 103(1) de la LRM.

[27] À l'appui de cette décision, l'administrateur a fait état des échanges qu'il y avait eu entre la GCC et lui avant que celle-ci présente sa demande en recouvrement de créance le 8 octobre 2020, dont des photographies qu'elle avait fournies. Il a également mentionné le Rapport d'inspection du *Stelie II*, qui accompagnait la demande en recouvrement de créance de la GCC, jugeant que certains passages de ce document étaient pertinents à l'égard des conclusions qu'il avait à tirer. Notamment, des références faites à la présence d'eau huileuse dans divers compartiments du navire. L'administrateur a également fait remarquer que dans les notes qu'elle avait présentées avec sa demande, la GCC avait indiqué qu'un camion-pompe avait été mis à sa disposition pour le 25 mars 2016.

[28] The Administrator then described its February 26, 2021 letter to the CCG outlining the Administrator's concerns with the CCG's claim and the CCG's March 31, 2021 response. The Administrator described its investigation into whether a discharge had occurred, which was comprised of calls to the RCMP, who advised that none of its personnel were on scene, to the proprietor of the NBR facility who did not recall whether oil was visible in the harbour or on the ice around the *Stelie II* and, to Pardy's who neither confirmed nor denied having been on scene and refused to discuss its CCG contracts without authorization to do so.

[29] According to the Administrator, whether the claim was submitted within the limitation period was an issue that required significant factual and legal determinations. The Administrator noted that there was some ambiguity in paragraph 103(2)(a) of the MLA, but that it would first address whether the incident resulted in a "discharge" of oil, because "oil pollution damage" as defined in the MLA cannot occur without a discharge of some volume of oil.

[30] The Administrator determined that it was probable that a discharge of oil occurred as a result of the incident and the response to the incident. The Administrator first found that it was likely that some oil from the open containers on the vessel's deck had escaped into the water. The *Stelie II* had begun to list on March 23 or March 24, 2016, and continued to do so until the pumping operation on March 25, 2016. Photographs on the record showed nothing in the vessel's configuration that would have prevented oil stored in open containers on deck from escaping into the water while the vessel leaned heavily to starboard. Further, the containers themselves would have inevitably slid and jostled as the vessel listed. Second, stormy weather, which the Administrator stated it had determined was violent enough to sever the vessel's mooring lines, caused the vessel to drift through ice and impact the other side of the dock facility. The Administrator noted that none of

[28] L'administrateur a ensuite décrit la lettre qu'il avait envoyée le 26 février 2021 à la GCC, dans laquelle il faisait part de ses doutes quant à sa demande en recouvrement de créance, ainsi que la réponse de la GCC datée du 31 mars 2021. L'administrateur a décrit l'enquête qu'il avait menée sur la question de savoir si un rejet avait eu lieu, enquête dans le cadre de laquelle des appels avaient été faits à la GRC, qui avait fait savoir qu'aucun de ses membres n'était présent sur les lieux, au propriétaire de l'installation de NBR qui, ne se souvenait pas si des hydrocarbures étaient visibles dans le port ou sur la glace entourant le *Stelie II*, de même qu'à Pardy, qui n'avait ni confirmé ni nié s'être trouvé sur les lieux et qui avait refusé de discuter de ses contrats avec la GCC sans avoir l'autorisation de le faire.

[29] Selon l'administrateur, la question de savoir si la demande en recouvrement de créance avait été présentée à l'intérieur du délai de prescription était un aspect qui obligeait à tirer d'importantes conclusions de fait et de droit. Il a signalé qu'il y avait une certaine ambiguïté dans l'alinéa 103(2)a) de la LRM, mais qu'il traiterait tout d'abord du fait de savoir si l'incident avait causé un « rejet » d'hydrocarbures, parce que des « dommages dus à la pollution par les hydrocarbures », tels que définis dans la LRM, ne peuvent pas survenir sans qu'il y ait eu rejet d'une certaine quantité d'hydrocarbures.

[30] L'administrateur a conclu qu'il était probable que l'incident, ainsi que les mesures d'intervention prises par la suite, avaient causé un rejet d'hydrocarbures. Il a tout d'abord jugé qu'il était vraisemblable qu'un peu d'hydrocarbures venant des contenants ouverts qui se trouvaient sur le pont du navire avait fui dans l'eau. Le *Stelie II* avait commencé à gîter le 23 ou le 24 mars 2016, et il avait continué à le faire jusqu'à l'opération de pompage du 25 mars 2016. Les photographies au dossier montraient qu'il n'y avait rien dans la configuration du navire qui aurait empêché les hydrocarbures stockés dans des contenants ouverts sur le pont de fuir dans l'eau pendant que le navire gîtait fortement du côté tribord. De plus, les contenants eux-mêmes auraient inévitablement glissé et se seraient entrechoqués à mesure que le navire s'inclinait. Deuxièmement, les intempéries qui, l'administrateur a-t-il dit avoir déterminé, avaient été suffisamment violentes pour rompre les amarres du navire,

the photographs depicting the vessel's starboard side and adjacent harbour ice appeared to show signs of escaped oils, however, that the absence of visual evidence was not wholly determinative of the issue. The Administrator stated that if a discharge had occurred, any resulting hydrocarbon staining may not be readily apparent from photographs taken from a distance and that any discharge may have been somewhat dispersed during the storm.

[31] In addition to the likely discharge from the containers on deck, the Administrator pointed to the fact that there had been significant water ingress into the *Stelie II*'s engine room (and other below-deck spaces) which was pumped directly from the engine room into the harbour. Referring to the CCG narrative, the *Stelie II* Survey Report, and photographs showing that sorbent materials were used in deconstruction, the Administrator found that the volume of water pumped overboard would have been substantial, that the water levels would have largely submerged the vessel's machinery, and that the water within the vessel's engine room must have been contaminated. While the CCG had submitted that the intake hose was placed deep within the vessel during dewatering so as not to discharge the oil which was floating on the surface of the water within the vessel, the Administrator stated that it did not have the benefit of a direct witness's account as to what was done. Further, the CCG had claimed deconstruction costs, which are allowable if the vessel itself poses a threat of oil pollution, such as when a wooden vessel is so saturated with oil that, if submerged, its timbers would discharge oil. That being the case, submerging a hose deep into the water inside the engine room would not necessarily be sufficient to avoid a discharge of oil. The Administrator found that even if the oil on the surface of the water inside the *Stelie II* had been successfully avoided, it would not be safe to conclude that no discharge occurred.

avaient fait dériver le navire à travers la glace et heurter ensuite l'autre côté de l'installation de transbordement. Il a signalé qu'aucune des photographies du côté tribord du navire et de la glace adjacente ne semblait montrer des signes de fuite d'hydrocarbures; cependant, l'absence de preuve visuelle n'était pas tout à fait déterminante. Il a déclaré que si un rejet avait eu lieu, les taches d'hydrocarbures en découlant, s'il y en avait, n'auraient peut-être pas été faciles à distinguer dans des photographies prises à une certaine distance et que tout rejet se serait peut-être dispersé quelque peu pendant la tempête.

[31] L'administrateur a fait remarquer qu'en plus du rejet probable venant des contenants présents sur le pont une abondante quantité d'eau était entrée dans la salle des machines du *Stelie II* (et dans d'autres compartiments sous le pont), et cette eau avait été pompée directement de la salle des machines et rejetée dans le port. Se reportant à l'exposé circonstancié de la GCC, au Rapport d'inspection du *Stelie II* ainsi qu'aux photographies montrant qu'on avait utilisé des matières sorbantes lors de la déconstruction du navire, l'administrateur a conclu que la quantité d'eau pompée par-dessus bord aurait été considérable, que les niveaux d'eau auraient submergé en grande partie les machines du navire et que l'eau présente dans la salle des machines était sûrement contaminée. Il a déclaré que même si la GCC avait soutenu que le boyau d'aspiration avait été mis en place au fond du navire pendant l'opération de pompage, de manière à ne pas rejeter les hydrocarbures flottant à la surface de l'eau dans le navire, il ne bénéficiait pas du récit direct d'un témoin sur ce qui avait été fait. De plus, la GCC avait réclamé des frais de déconstruction, qui sont admissibles si le navire lui-même présente une menace de pollution par les hydrocarbures, comme dans le cas où un navire en bois est à ce point saturé d'hydrocarbures que, s'il était submergé, sa charpente rejetterait des hydrocarbures. Cela étant le cas, l'immersion d'un boyau au fond de l'eau présente dans la salle des machines ne serait pas nécessairement suffisante pour éviter un rejet d'hydrocarbures. L'administrateur a conclu que même si l'on avait évité avec succès les hydrocarbures présents à la surface de l'eau se trouvant dans le *Stelie II*, il serait impossible de conclure, sans risque d'erreur, qu'aucun rejet n'avait eu lieu.

[32] The Administrator stated that, notwithstanding the CCG's position as to a lack of observation of a discharge and the positioning of the intake hose during dewatering, given the large volume of water pumped out and the contaminated state of the *Stelie II*, it was determined that a discharge occurred during the pumping operation. The oil in the open containers also had to be taken into account and this bolstered the determination that a discharge occurred during or before the CCG's response on March 25 and 26, 2016.

[33] The Administrator then referenced its interpretation of paragraph 103(2)(a) in the *Miss Terri* matter. First noting that the appropriate reading of paragraph 103(2)(a) results in a limitation period of two years after the first instance of "oil pollution damage" that occurs as a result of an underlying incident and all claims stemming from the same facts are therefore subject to the same limitation period. Second, that the appropriate threshold for determining whether "oil pollution damage" as having occurred is very low.

[34] The Administrator determined, on the balance of probabilities, that the discharge or discharges that occurred between March 23 and 26, 2016, caused oil pollution damage. Therefore, the paragraph 103(2)(a) limitation period expired at some time between March 23 and 26, 2018. As the claim was not submitted within two years of those dates, the claim was inadmissible under subsection 103(1), and was disallowed.

Issues

[35] In my view, the issues in these matters can be appropriately framed as follows:

1. Are challenges to the decisions of the Administrator disallowing the claims, based on the limitation periods in subsection 103(2) of the MLA, properly taken as applications for judicial review or, as statutory appeals under subsection 106(2) of the MLA?

[32] L'administrateur a déclaré que, indépendamment de la position de la GCC quant à l'absence d'observation d'un rejet et à la position du boyau d'aspiration lors de l'opération de pompage, vu la grande quantité d'eau pompée et l'état contaminé du *Stelie II* il avait été décidé qu'un rejet avait eu lieu pendant l'opération de pompage. Il fallait aussi prendre en considération les hydrocarbures présents dans les contenants ouverts, et ce fait renforçait la conclusion qu'un rejet s'était produit pendant ou avant la réponse transmise par la GCC les 25 et 26 mars 2016.

[33] L'administrateur a ensuite fait référence à la manière dont il a interprété l'alinéa 103(2)a) dans l'affaire du *Miss Terri*. Premièrement, l'interprétation appropriée de cet alinéa donne lieu à un délai de prescription de deux ans après le premier cas de « dommages dus à la pollution par les hydrocarbures » qui sont causés par un incident sous-jacent, et toutes les demandes découlant des mêmes faits sont donc assujetties au même délai de prescription. Deuxièmement, le seuil à appliquer pour décider si des « dommages dus à la pollution par les hydrocarbures » se sont produits est peu rigoureux.

[34] L'administrateur a conclu, selon la prépondérance des probabilités, que le ou les rejets qui s'étaient produits entre le 23 et le 26 mars 2016 avaient causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. En conséquence, le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) avait expiré à un certain moment entre le 23 et le 26 mars 2018. Comme la demande en recouvrement de créance n'avait pas été présentée dans les deux ans suivant ces dates, elle était inadmissible en vertu du paragraphe 103(1), et donc rejetée.

Les questions en litige

[35] À mon avis, il est possible de formuler de manière appropriée les questions qui sont en litige comme suit :

1. Les contestations relatives aux décisions par lesquelles l'administrateur a rejeté les demandes en recouvrement de créance, en se fondant sur les délais de prescription prévus au paragraphe 103(2) de la LRM, sont-elles considérées à juste titre

2. What is the applicable standard of review?

3. Did the Administrator commit a reviewable error in finding that the paragraph 103(2)(a) limitation period applied and that the CCG was out of time to file a claim pursuant to subsection 103(1) with respect to either or both of the *Miss Terri* or the *Stelie II* claims?

Issue 1: Are these matters properly heard as applications for judicial review or as statutory appeals pursuant to subsection 106(2) of the MLA?

[36] Given the uncertainty as to the appropriate procedure, and erring on the side of caution, Canada filed both applications for judicial review (one in respect of each vessel), and appeals (one in respect of each vessel). The parties submit that direction from the Court is required to determine whether Canada's challenges to the decisions of the Administrator—and future challenges to decisions disallowing claims based on the limitation periods—should proceed as applications for judicial review or as appeals.

[37] I agree with the parties that this issue requires resolution as, on an immediate basis, it impacts the standard(s) of review applicable to the substantive issue of whether the Administrator erred in finding that the CCG's claims were not made within the applicable limitation period. I also agree with Canada that resolving this issue now may prevent future claimants from missing the 30-day filing timeframe for judicial review on the belief that the 60-day timeframe for a statutory appeal applies.

comme des demandes de contrôle judiciaire ou comme des appels prescrits par la loi en vertu du paragraphe 106(2) de la LRM?

2. Quelle est la norme de contrôle applicable?

3. L'administrateur a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) s'appliquait et que, pour la GCC, il était trop tard pour déposer une demande en recouvrement de créance en vertu du paragraphe 103(1), relativement à l'une ou l'autre des demandes concernant le *Miss Terri* ou le *Stelie II*, ou les deux?

La question nº 1 : Ces questions sont-elles entendues à bon droit à titre de demandes de contrôle judiciaire ou d'appels prévus par la loi en vertu du paragraphe 106(2) de la LRM?

[36] Vu l'incertitude entourant la procédure appropriée, et par souci de prudence, le Canada a présenté à la fois des demandes de contrôle judiciaire (une pour chaque navire) et des appels (un pour chaque navire). Les parties soutiennent qu'il est nécessaire que la Cour donne des directives pour déterminer si les contestations que formule le Canada à l'égard des décisions de l'administrateur — et les contestations ultérieures de décisions rejetant des demandes en recouvrement de créance en raison des délais de prescription — doivent être entendues sous la forme de demandes de contrôle judiciaire ou d'appels.

[37] Je conviens avec les parties qu'il faut régler cette question, car, dans l'immédiat, elle se répercute sur la ou les normes de contrôle qui s'appliquent à la question de fond, laquelle consiste à savoir si l'administrateur a commis une erreur en concluant que la GCC n'a pas présenté ses demandes en recouvrement de créance dans le délai de prescription applicable. Je conviens également avec le Canada que le fait de régler à présent cette question pourrait éviter que d'autres demandeurs manquent le délai de présentation de 30 jours en vue de la tenue d'un contrôle judiciaire parce qu'ils croient que le délai de 60 jours pour un appel prévu par la loi s'applique.

Canada's position

[38] Canada submits that many statutes provide for both appeal and judicial review mechanisms in different contexts, indicating two roles for reviewing courts. Further, it is notable that statutory appeal mechanisms are often circumscribed, limiting the types of questions on which a party may appeal, and that the existence of such a circumscribed right of appeal does not preclude judicial review of those aspects of such decisions to which the appeal mechanism does not apply. On review of such questions to which the statutory appeal does not apply, the presumptive standard of review of reasonableness applies (citing *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraph 52).

[39] Canada submits that on a plain reading the appeal mechanism in subsection 106(2) of the MLA allows the Court to consider "only" the matters listed in subsection 105(3), which do not include consideration of a challenge to the Administrator's determination on a time limitation. Canada submits that it therefore appears that such a challenge would properly proceed as a judicial review on the reasonableness standard.

The Administrator's position

[40] The Administrator submits that subsection 106(2) of the MLA is ambiguous and therefore requires statutory interpretation.

[41] The Administrator states that on a "strictly literal interpretation" of subsection 106(2), an appeal can be taken following either an offer of compensation or the disallowance of a claim. However, that the *right* of appeal under subsection 106(2) is not restricted—only the *issues* the Court can consider are restricted. That is, the right of appeal appears to be broader than the scope of review during an appeal. The Administrator submits that this is potentially problematic as, in the normal course, the right to judicial review arises only when a party has

La position du Canada

[38] Le Canada fait valoir que de nombreuses lois prévoient à la fois un mécanisme d'appel et un mécanisme de contrôle judiciaire dans des contextes différents, ce qui dénote que les cours de révision ont deux rôles à jouer. De plus, il convient de noter que les mécanismes d'appel prévus par la loi sont souvent circonscrits, limitant les genres de questions à l'égard desquelles une partie peut interjeter appel, et que l'existence d'un droit d'appel ainsi circonscrit n'empêche pas de soumettre à un contrôle judiciaire les aspects de ces décisions auxquels le mécanisme d'appel ne s'applique pas. Pour ce qui est du contrôle des questions auxquelles le mécanisme d'appel prévu par la loi ne s'applique pas, c'est la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable qui s'applique (citant *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), au paragraphe 52).

[39] Le Canada estime que, selon une simple lecture, le mécanisme d'appel que prévoit le paragraphe 106(2) de la LRM autorise la Cour à ne prendre en considération « que » les faits mentionnés au paragraphe 105(3), ce qui n'inclut pas une contestation de la conclusion que tire l'administrateur au sujet d'un délai de prescription. Il semble donc qu'une telle contestation, ajoute-t-il, serait entendue à bon droit sous la forme d'un contrôle judiciaire, fondé sur la norme de la décision raisonnable.

La position de l'administrateur

[40] L'administrateur fait valoir que le paragraphe 106(2) de la LRM est ambigu et qu'il requiert donc une interprétation législative.

[41] À son avis, selon une « interprétation strictement littérale » du paragraphe 106(2), un appel peut être interjeté à la suite soit d'une offre d'indemnisation, soit du rejet d'une demande d'indemnisation. Cependant, le droit d'appel que prévoit le paragraphe 106(2) n'est pas circonscrit — seuls le sont les faits que la Cour peut prendre en considération. C'est-à-dire que le droit d'appel semble être d'une portée plus large que celle de la révision qui a lieu lors d'un appel. Il ajoute que cela est potentiellement problématique, car, en général, le droit à

exhausted all other avenues of review. Under subsection 106(2), the right of statutory appeal covers all conceivable issues arising with respect to a disallowance but, ultimately, given the restricted scope of review, the Court may lack jurisdiction to afford the remedy sought. Thus, the only recourse is judicial review, which must be commenced within 30 days, as opposed to the 60-day period for filing an appeal. The Administrator submits that these deadlines mean that claimants erring on the side of caution would need to pre-empt the possible failure of an as-yet unfiled appeal by filing a judicial review application within 30 days—but doing so would, as noted above, be technically premature.

un contrôle judiciaire ne prend naissance que lorsqu'une partie a épuisé toutes les autres voies de révision. Au paragraphe 106(2), le droit d'appel prévu par la loi englobe toutes les questions imaginables qui se posent au sujet du rejet d'une demande, mais, en fin de compte, vu la portée restreinte de la révision, la Cour n'a peut-être pas compétence pour accorder la réparation recherchée. Le seul recours est donc la demande de contrôle judiciaire, laquelle doit être introduite dans un délai de 30 jours, par opposition au délai de 60 jours qui est prévu pour interjeter appel. L'administrateur estime que ces délais signifient que les demandeurs voulant prendre le maximum de précautions auraient à court-circuiter l'échec possible d'un appel non encore interjeté en déposant une demande de contrôle judiciaire dans un délai de 30 jours — mais, comme il a été signalé plus tôt, agir de la sorte serait techniquement prématuré.

[42] The Administrator submits that an interpretation which would allow issues for which no remedy appears to be available by way of subsection 106(2) (i.e. those issues that required consideration of matters outside the subsection 105(3) factors) to proceed immediately to judicial review is also problematic as the same fact set could lead to dismissal for two different reasons—one of which might be covered by the right of appeal and the other by judicial review. This, in turn, could lead to two different proceedings reviewing the administrative decision, and potentially the same facts, on different standards of review.

[42] L'administrateur est d'avis qu'une interprétation qui permettrait de soumettre immédiatement à un contrôle judiciaire les questions pour lesquelles aucune réparation ne semble être disponible par le truchement du paragraphe 106(2) (c.-à-d., celles qui obligent à prendre en considération des questions qui débordent le cadre des facteurs énoncés au paragraphe 105(3)) est elle aussi problématique, car la même série de faits pourrait se solder par un rejet pour deux raisons différentes — l'une pouvant être visée par le droit d'appel et l'autre par le contrôle judiciaire. Cela, par ricochet, pourrait donner lieu à deux instances différentes qui contrôleraient la décision administrative, et potentiellement les mêmes faits, en fonction de normes de contrôle différentes.

[43] The Administrator submits that a purposive reading of sections 103 to 106 of the MLA can avoid this uncertainty in the application of subsection 106(2). This would entail reading the reference in subsection 105(3) to "loss, damage, costs or expenses referred to in subsection 103(1)" as also including the limitation periods in subsection 103(2) on the basis that subsection 103(2) is intrinsically linked to subsection 103(1) in that it specifies when "loss, damage, costs or expenses" may be claimed. In turn, this would avoid any uncertainty concerning subsection 106(2).

[43] L'administrateur soutient qu'une interprétation téléologique des articles 103 à 106 de la LRM peut éviter cette incertitude dans l'application du paragraphe 106(2). Il faudrait pour cela considérer que la référence faite au paragraphe 105(3) à « la créance […] visée par le paragraphe 103(1) » inclut également les délais de prescription prévus au paragraphe 103(2), et ce, parce que ce paragraphe est intrinsèquement lié au paragraphe 103(1), en ce sens qu'il précise à quel moment il est possible de présenter une « demande en recouvrement de créance à l'égard de ces dommages, pertes et frais ». Par ricochet, cela éviterait toute incertitude entourant le paragraphe 106(2).

[44] The Administrator also suggests that there is some historic support for its proposed interpretation. This is because before the MLA came into force, the SOPF was governed by the CSA. Subsection 710(1) of the version of the CSA then in effect was analogous to MLA subsections 103(1) and (2). In the CSA, the predecessor of sections 103 and 105 were built into a single section. Thus, the restriction on the Administrator's authority when investigating and assessing a claim did not give rise to difficulty in the context of a limitation period because the claims provision which it pointed to, subsection 710(1), included the limitation periods. In turn, the appeal provision, subsection 711(2), therefore also permitted an appeal of claims dismissed due to missed limitation periods. The Administrator submits that a review of Hansard does not indicate that there was an intention by Parliament to change how the former section 710 was to function when it was removed from the CSA to the MLA and suggests that this change, that is, the removal of the limitation period provisions from the claims provision, may have been inadvertent.

[45] The Administrator submits that "[a]n interpretation that treats subsection 103(2) as modifying 103(1), such that it comes within the jurisdictional provision [subsection 105(3)] and therefore the appeal provision [section 106], therefore has considerable merit".

Analysis

[46] The principles of statutory interpretation that have application in this matter are well established by the jurisprudence of the Supreme Court of Canada. When interpreting a statute, "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, 1998 CanLII 837 (S.C.C.), at paragraph 21, referencing Elmer Driedger in *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto:

[44] L'administrateur laisse également entendre qu'il existe, pour l'interprétation qu'il propose, une certaine justification historique. En effet, avant l'entrée en vigueur de la LRM, la CIDPHN était régie par la LMMC. Le paragraphe 710(1) de la version de la LMMC qui était en vigueur à cette époque était analogue aux paragraphes 103(1) et (2) de la LRM. Dans la LMMC, la disposition qui a précédé les articles 103 et 105 se présentait sous la forme d'une seule disposition. De ce fait, la restriction imposée au pouvoir qu'avait l'administrateur au moment d'enquêter sur une créance et de l'évaluer ne suscitait pas de difficultés dans le contexte d'un délai de prescription parce que la disposition vers laquelle elle pointait, le paragraphe 710(1), incluait les délais de prescription. Quant à elle, la disposition en matière d'appel, le paragraphe 711(2), permettait donc aussi de porter en appel les demandes rejetées pour cause de non-respect d'un délai de prescription. L'administrateur soutient qu'une lecture du Hansard n'indique pas que le législateur entendait changer la manière dont l'ancien article 710 devait s'appliquer quand il a été déplacé de la LMMC vers la LRM, et cela dénote que ce changement, c'est-à-dire la suppression des dispositions relatives aux délais de prescription de la disposition relative aux demande en recouvrement de créance, peut avoir été fait par inadvertance.

[45] L'administrateur ajoute : [TRADUCTION] « une interprétation qui considère que le paragraphe 103(2) modifie le paragraphe 103(1), de sorte qu'il tombe sous le coup de la disposition attributive de compétence [le paragraphe 105(3)] et, en conséquence, de la disposition en matière d'appel [l'article 106], est donc très justifiée ».

Analyse

[46] Les principes d'interprétation législative qui s'appliquent en l'espèce sont bien établis par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Pour interpréter une loi, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837 (C.S.C.), au paragraphe 21, faisant référence à Elmer Driedger, dans son ouvrage intitulé *Construction*

Butterworths, 1983, at page 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 (*Bell ExpressVu*), at paragraph 26).

[47] This was subsequently restated and elaborated upon in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 (*Trustco*) [at paragraph 10]:

> It has been long established as a matter of statutory interpretation that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": see *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[48] Further, any ambiguity must be "real", that is, the words of the provision must be reasonably capable of more than one meaning. However, the entire context of a provision must also be considered before it can be determined if it is reasonably capable of multiple interpretations. "It is only when genuine ambiguity arises between two or more plausible readings, each equally in accordance with the intentions of the statute, that the courts need to resort to external interpretive aids" (*Bell ExpressVu*, at paragraph 29 citing *CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 S.C.R. 743, 171 D.L.R. (4th) 733, at paragraph 14, emphasis added in *Bell ExpressVu*). In every case, the Court must undertake a contextual and purposeful approach and then determine if there is ambiguity (*Bell ExpressVu*, at paragraph 30). The Court should therefore "suspend judgment on the precise scope" of the words at issue until the words can be "weighed in the light of successive circles of context" (*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada*

of Statutes, 2e éd. Toronto : Butterworths, 1983, à la page 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559 (*Bell ExpressVu*), au paragraphe 26).

[47] Ce principe a plus tard été reformulé et explicité dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 (*Trustco*) [au paragraphe 10] :

> Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

[48] De plus, toute ambiguïté doit être « réelle », c'est-à-dire que le texte de la disposition doit être raisonnablement susceptible de donner lieu à plus d'une interprétation. Toutefois, il faut aussi tenir compte du contexte global de la disposition pour pouvoir déterminer si elle est raisonnablement susceptible de plusieurs interprétations. « C'est uniquement lorsque deux ou plusieurs interprétations plausibles, qui s'harmonisent chacune également avec l'intention du législateur, créent une ambiguïté véritable que les tribunaux doivent recourir à des moyens d'interprétation externes » (*Bell ExpressVu*, au paragraphe 29, citant *CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 R.C.S. 743, au paragraphe 14, passage souligné dans *Bell ExpressVu*). La Cour doit, dans chaque cas, se livrer à une analyse contextuelle et téléologique, puis se demander s'il existe une ambiguïté (*Bell ExpressVu*, au paragraphe 30). La Cour devrait donc « réserver [son] jugement sur la portée exacte » des mots en litige jusqu'à ce que ces

(Attorney General), 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraphs 43–44).

[49] In this matter, subsection 106(2) of the MLA provides that a claimant may appeal the adequacy of a settlement offer or the disallowance of a claim but, in an appeal from the disallowance of a claim, the Court "may consider only the matters described in paragraphs 105(3)(a) and (b)".

[50] Section 105 concerns the Administrator's duties when a claim for compensation is received under subsection 103(1). Under subsection 105(1) the Administrator must do two things: investigate and assess the claim; and make an offer of compensation to the claimant for whatever portion of the claim the Administrator finds to be established. The Administrator is explicitly limited by subsection 105(3) in what factors or matters it may consider when doing so:

105 …

Factors to be considered

(3) When investigating and assessing a claim, the Administrator may consider only

(a) whether it is for loss, damage, costs or expenses referred to in subsection 103(1); and

(b) whether it resulted wholly or partially from

(i) an act done or omitted to be done by the claimant with intent to cause damage, or

(ii) the claimant's negligence.

[51] I first admit to some initial doubt as to whether all of the potential procedural uncertainties raised by the Administrator serve to make subsection 106(2) as ambiguous as the Administrator asserts. However, concern as to the operation of subsection 106(2) is demonstrated by the very fact that Canada in these matters filed both appeals and applications for judicial review to err on the side of caution.

derniers puissent être « appréciés d'après des cercles contextuels successifs » (*Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, aux paragraphes 43–44).

[49] En l'espèce, le paragraphe 106(2) de la LRM prévoit que le demandeur peut interjeter appel du caractère approprié de l'offre d'indemnité ou de l'avis de rejet de sa demande, mais, dans le cas d'un appel du rejet de la demande, la Cour « ne prend en considération que les faits mentionnés aux alinéas 105(3)a) et b) ».

[50] L'article 105 porte sur les fonctions de l'administrateur lorsqu'une demande en recouvrement de créance lui est présentée en vertu du paragraphe 103(1). Aux termes du paragraphe 105(1), l'administrateur est tenu de faire deux choses : faire enquête sur la créance et l'évaluer, et faire une offre d'indemnité pour la partie de la demande qu'il juge recevable. Ce paragraphe limite explicitement les facteurs ou les questions que peut prendre en considération l'administrateur à ce moment-là :

105 […]

Facteurs à considérer

(3) Dans le cadre de l'enquête et de l'évaluation, l'administrateur ne prend en considération que la question de savoir :

a) d'une part, si la créance est visée par le paragraphe 103(1);

b) d'autre part, si la créance résulte, en tout ou en partie :

(i) soit d'une action ou omission du demandeur visant à causer un dommage,

(ii) soit de sa négligence.

[51] Il me faut admettre que j'ai eu au départ quelques doutes quant à la question de savoir si toutes les incertitudes procédurales possibles que l'administrateur a soulevées contribuent à rendre le paragraphe 106(2) aussi ambigu qu'il l'affirme. Cependant, les doutes que suscite l'application de ce paragraphe sont illustrés par le fait même que le Canada, en l'espèce, a déposé à la fois des appels et des demandes de contrôle judiciaire par souci de prudence.

[52] I also agree with Canada that on a plain reading of subsection 106(2), it is clear that on appeal the Court can only consider the two matters specified in subsection 105(3)—and that these do not include limitation periods—which are found in subsection 103(2). On its face, and read in isolation, this would suggest that these proceedings should be heard as applications for judicial review. However, this is not necessarily sufficient to dispose of the matter, as demonstrated by the Supreme Court of Canada's decision in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 [at paragraphs 42–44]:

> Beginning with the ordinary meaning of "the events", on the surface it would appear that "the even[t]" giving rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of "ha[ving] agreed with a securities regulatory authority" to be subject to regulatory action. By ordinary meaning, I refer simply to the "natural meaning which appears when the provision is simply read through" (*Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735). The ordinary meaning would thus appear to support the Commission's interpretation.
>
> However, satisfying oneself as to the ordinary meaning of the phrase "is not determinative and does not constitute the end of the inquiry" (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 48). Although it is presumed that the ordinary meaning is the one intended by the legislature, courts are obliged to look at other indicators of legislative meaning as part of their work of interpretation. That is so because
>
> > [w]ords that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context. The possibility of the context revealing a latent ambiguity such as this is a logical result of the modern approach to interpretation.
>
> (*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at para. 10)
>
> That possibility is realized here. Though the ordinary meaning seems apparent enough, digging deeper into the context and purpose of the provision casts some doubt on

[52] Je conviens également avec le Canada qu'il ressort clairement d'une simple lecture du paragraphe 106(2) que, en appel, la Cour ne peut prendre en considération que les deux faits mentionnés au paragraphe 105(3) — et ceux-ci n'incluent pas les délais de prescription, qui figurent au paragraphe 103(2). À première vue, et en considérant isolément ces dispositions, cela donnerait à penser qu'il faudrait que la présente instance soit entendue sous la forme d'une demande de contrôle judiciaire. Toutefois, cela n'est pas forcément suffisant pour trancher l'affaire, comme l'a illustré la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 [aux paragraphes 42 à 44] :

> Considérons d'abord le sens ordinaire de « l'événement ». À première vue, l'événement qui donne lieu à l'instance fondée sur l'al. 161(6)d) paraît être le fait, pour la personne en cause, de [TRADUCTION] « [convenir] avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières » de faire l'objet d'une mesure réglementaire. J'entends seulement par sens ordinaire le « sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition » (*Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735). Le sens ordinaire semble donc étayer l'interprétation de la Commission.
>
> Toutefois, arrêter le sens ordinaire du terme « n'est pas déterminant et ne met pas fin à l'analyse » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 48). Même si le sens ordinaire est présumé être celui voulu par le législateur, une cour de justice doit tenir compte d'autres éléments pour interpréter un texte législatif, et ce, pour la raison suivante :
>
> > Des mots en apparence clairs et exempts d'ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte. La possibilité que le contexte révèle une telle ambiguïté latente découle logiquement de la méthode moderne d'interprétation.
>
> (*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 10)
>
> Cette possibilité se réalise en l'espèce. Bien que le sens ordinaire semble assez manifeste, un examen approfondi du contexte de la disposition et de son objet suscite un

that conclusion — and introduces the possibility of another reasonable interpretation.

[53] Ultimately, I am persuaded that subsection 106(2), viewed in the context of related provisions in subsections 105(3) and 103(1) and (2), gives rise to latent ambiguity. That is, the "matters" referred to in subsection 106(2) are explicitly only those described in paragraphs 105(3)(a) and (b). Paragraph 105(3)(a) concerns whether a claim is "for loss, damage, costs or expenses referred to in subsection 103(1)". The ambiguity pertains to whether subsection 103(2), which contains the limitation periods applicable to claims made under subsection 103(1), is integral to, or included within or modifies the reference to "loss, damage, costs or expenses in subsection 103(1)" and is to be assessed as an aspect of a section 103 claim.

[54] In terms of context, as the Administrator describes in its written submissions, subsection 103(1) allows claimants who have suffered loss or damage or incurred costs or expenses referred to in sections 51, 71 or 77 of the MLA, Article III of the Civil Liability Convention [*International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, 1992*, concluded at London on November 27, 1992] or Article 3 of the Bunkers Convention [*International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage, 2001*, concluded at London on March 23, 2001] in respect of actual or anticipated oil pollution damage, to file a claim directly with the Administrator. Subsection 105(1) requires the Administrator, upon receipt of such a claim, to investigate and assess it and, make an offer of compensation for whatever portion is determined to be established. If the offer is accepted, the Administrator becomes subrogated to any rights of the claimant to the extent of the compensation payment (paragraph 106(3)(c)). The Administrator is also obliged to take all reasonable measures to recover the amount of the compensation payment from the polluting ship owner or others who are liable (paragraph 106(3)(d)). This is sometimes called the "first recourse" compensation regime as subsection 103(1) allows claimants to present their claims without first having to commence an action against the ship owner (as would be

certain doute quant à cette interprétation et permet d'envisager l'existence d'une autre interprétation raisonnable.

[53] En fin de compte, je suis convaincue que le paragraphe 106(2), considéré dans le contexte des dispositions connexes que comportent les paragraphes 105(3) et 103(1) et (2), soulève une ambiguïté latente. C'est-à-dire que les « faits » auxquels il est fait référence au paragraphe 106(2) sont explicitement ceux qui sont décrits aux alinéas 105(3)a) et b). L'alinéa 105(3)a) a trait à la question de savoir si la créance « est visée par le paragraphe 103(1) ». L'ambiguïté concerne le fait de savoir si le paragraphe 103(2), qui contient les délais de prescription applicables aux demandes présentées en vertu du paragraphe 103(1), fait partie intégrante de la référence faite à « la créance [...] visée par le paragraphe 103(1) », s'il y est inclus ou s'il la modifie, et s'il est nécessaire de l'évaluer en tant qu'aspect d'une demande en recouvrement de créance présentée en vertu de l'article 103.

[54] Pour ce qui est du contexte, comme l'administrateur le décrit dans ses observations écrites, le paragraphe 103(1) permet aux demandeurs ayant subi des pertes ou des dommages ou ayant engagé des frais mentionnés aux articles 51, 71 ou 77, à l'article III de la Convention sur la responsabilité civile [*Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, conclue à Londres le 27 novembre 1992] ou à l'article 3 de la Convention sur les hydrocarbures [*Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute*, conclue à Londres le 23 mars 2001] de soute à cause de dommages — réels ou prévus — dus à la pollution par les hydrocarbures, de présenter directement à l'administrateur une demande en recouvrement de créance. Le paragraphe 105(1) exige que l'administrateur, après réception d'une telle demande, fasse enquête sur la créance et l'évalue et qu'il fasse une offre d'indemnité pour la partie de cette demande qu'il juge recevable. Si l'offre est acceptée, l'administrateur est subrogé dans les droits du demandeur, dans la limite de la somme qui est versée à celui-ci (alinéa 106(3)c)). L'administrateur est également tenu de prendre toutes les mesures raisonnables pour recouvrer auprès du propriétaire du navire polluant ou de toute autre personne

required pursuant to sections 101 and 109 of the MLA, often referred to as the "last recourse" regime).

[55] Thus, sections 103 to 106 provide claimants with an avenue by which claims can be quickly and directly resolved by the Administrator. This is reflected in subsection 105(3), which limits the factors the Administrator may consider when investigating and assessing subsection 103(1) claims. This context and purpose of the "first recourse" regime is relevant to the question of whether subsection 103(2) is integral to subsection 103(1).

[56] In that regard, it is of note that the Administrator's investigation and assessment are undertaken as the first procedural step on receipt of a claim. However, there is no explicit provision within sections 103 to 106 as to how and when the subsection 103(2) limitation periods are to be assessed with respect to a subsection 103(1) claim. The only connection to the limitation periods is the reference to subsection 103(1) contained in paragraph 105(3)(a). There is also no express authority by which the Administrator may disallow or otherwise invalidate a claim on the ground it is outside of a limitation period. Nor does the scheme contain any provision suggesting that a claim made outside a limitation period should be dealt with by a process other than through a disallowance after investigation and assessment by the Administrator.

[57] Further, it would seem apparent that in many cases, to make a determination of which limitation period applies (whether paragraph 103(2)(a) or (b)) and whether a claim falls within that limitation period, the

responsable la somme qu'il a versée (alinéa 106(3)d)). C'est ce que l'on appelle parfois le régime d'indemnisation de « premier recours », car le paragraphe 103(1) permet aux demandeurs de présenter leurs demandes en recouvrement de créance sans avoir à intenter au préalable une action contre le propriétaire de navire (comme l'exigeraient les articles 101 et 109 de la LRM, souvent qualifiés de régime de « dernier recours »).

[55] C'est donc dire que les articles 103 à 106 procurent aux demandeurs un moyen de faire régler rapidement et directement par l'administrateur les demandes en recouvrement de créance. C'est ce qu'illustre le paragraphe 105(3), qui limite les facteurs que l'administrateur peut prendre en considération au moment de faire enquête sur une demande visée au paragraphe 103(1) et de l'évaluer. Ce contexte et l'objet du régime de « premier recours » sont pertinents pour ce qui est de savoir si le paragraphe 103(2) fait partie intégrante ou non du paragraphe 103(1).

[56] À cet égard, il convient de signaler que l'enquête et l'évaluation qu'effectue l'administrateur sont la première mesure procédurale qui est prise à la réception d'une demande en recouvrement de créance. Cependant, rien n'est dit explicitement aux articles 103 à 106 quant à la façon de savoir comment et quand les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) doivent être évalués dans le cas d'une demande présentée en vertu du paragraphe 103(1). Le seul lien qu'il y a avec les délais de prescription est la référence au paragraphe 103(1) qui est faite à l'alinéa 105(3)a). Il n'existe non plus aucun pouvoir explicite par lequel l'administrateur peut rejeter ou par ailleurs invalider une demande en recouvrement de créance parce que celle-ci a été présentée après l'expiration d'un délai de prescription. Le régime ne contient pas non plus de disposition qui donne à penser qu'une demande en recouvrement de créance présentée après l'expiration d'un délai de prescription devrait être réglée par un processus autre que celui de son rejet après enquête et évaluation de la part de l'administrateur.

[57] En outre, il semble évident que, dans bien des cas, pour pouvoir déterminer lequel des délais de prescription s'applique (celui visé à l'alinéa 103(2)a) ou celui visé à l'alinéa b)) et si une demande en recouvrement de

Administrator may be required to receive, consider, and weigh evidence to determine whether and, if so, when oil pollution damage occurred.

[58] All of this suggests that the Administrator's determination of whether a claim falls outside of a limitation period is to be made "when investigating and assessing a claim", and not outside of that process.

[59] Looked at from a different perspective, if a plain reading of subsection 106(2) does not include a right of appeal against the application of a limitation period because it is not a subsection 105(3) matter, then this must also mean that the Administrator does not have the authority pursuant to subsection 105(3) to decide on the application of limitation periods during the investigation and assessment stage of a subsection 103(1) claim. Theoretically, this could imply that the Administrator would have to consider the limitation period as part of some sort of pre-investigation screening process, finding that the claim is not eligible without "disallowing" the claim.

[60] In that event, a decision based on the limitation period would not trigger the appeal remedy in subsection 106(2), avoiding some of the concerns of the Administrator, such as a multiplicity of proceedings on different standards of review, as the Administrator would not have made a decision on the merits of the claim, and it would allow a claimant to apply for judicial review of that determination without making an appeal under subsection 106(2). However, as noted above, it is not clear how the Administrator could render a determination on the appropriate limitation period without receiving and considering evidence as to whether a discharge of oil occurred and, if so, when it occurred, without using their powers of investigation and assessment in subsections 105(1) and 105(2). Nor does anything in the "first recourse" scheme, or otherwise in Part 7 of the MLA, authorize such a process.

créance se situe à l'intérieur de ce délai de prescription, l'administrateur peut être tenu de recevoir, de prendre en considération et de soupeser des éléments de preuve dans le but de déterminer s'il y a eu des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et, dans l'affirmative, à quel moment.

[58] Tout cela donne à penser que la décision de l'administrateur à propos du fait de savoir si une demande en recouvrement de créance se situe en dehors d'un délai de prescription doit être prise lorsqu'il « enquête sur la créance et l'évalue », et non en dehors de ce processus.

[59] En considérant les choses sous un angle différent, si une simple lecture du paragraphe 106(2) n'inclut pas un droit d'appel contre l'application d'un délai de prescription parce qu'il ne s'agit pas d'une question mentionnée au paragraphe 105(3), cela doit donc vouloir dire aussi que l'administrateur n'est pas habilité, de par le paragraphe 105(3), à se prononcer sur l'application d'un délai de prescription à l'étape de l'enquête sur une demande présentée en vertu du paragraphe 103(1) et de son évaluation. En théorie, cela pourrait sous-entendre que l'administrateur aurait à considérer que le délai de prescription fait partie d'une sorte de processus d'examen préalable à l'enquête, à l'issue duquel il conclurait que la demande n'est pas admissible sans la « rejeter ».

[60] Dans ce cas, une décision fondée sur le délai de prescription ne déclencherait pas la réparation — le droit d'appel — qu'offre le paragraphe 106(2), ce qui éviterait certaines des préoccupations que l'administrateur a formulées, telles qu'une multiplicité d'instances soumises à des normes de contrôle différentes, car il n'aurait pas à se prononcer sur le bien-fondé de la demande, et cela permettrait au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision sans avoir à interjeter l'appel prévu au paragraphe 106(2). Cependant, comme je l'ai signalé plus tôt, on ne sait pas trop comment l'administrateur pourrait se prononcer sur le délai de prescription applicable sans avoir reçu et examiné des éléments de preuve portant sur la question de savoir s'il y a eu un rejet d'hydrocarbures et, dans l'affirmative, à quel moment, sans recourir aux pouvoirs d'enquête et d'évaluation que prévoient les paragraphes 105(1) et

[61] I am also somewhat persuaded by the Administrator's submission regarding the historical development of the scheme. The "claims" provision (now subsection 103(1)) was previously contained in the same section as the "limitations" provision (subsection 103(2))—both were included in subsection 710(1) of the CSA. The previous version of subsection 105(3) was found in subsection 710(4) of the CSA, which referred back to "matters covered by subsection (1)". The appeal provision, subsection 711(2), allowed the Court to concern itself "only with the matters described in paragraphs 710(4)(a) and (b)"—this included "matters covered by subsection (1)" including whether the claim fell within the limitation periods. Given the context of the "first recourse" scheme, and in the absence of any indication of an intent by Parliament to sever the limitation period from the matters that the Administrator can consider pursuant to subsection 105(3), and consequently limiting the right of appeal, the foregoing supports an interpretation of sections 103 to 106 that maintains consistency with the prior version of the scheme.

[62] Given the above, and keeping in mind that the interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the MLA as a whole, I agree in principle with the Administrator's submission that the subsection 103(2) limitation period provisions should be interpreted as "modifying" subsection 103(1)—that is modifying *when* the losses set out in subsection 103(1) are eligible for compensation, and *when* they are outside of the scope of subsection 103(1) claims. However, I would put this otherwise. Being that the "matters" referred to in subsection 106(2) include the investigation and assessment (by the Administrator) of the paragraph 105(3)(a) factor—whether a claim is for loss damage, costs or

105(2). Il n'y a rien non plus dans le régime de « premier recours » ou, sinon, à la partie 7 de la LRM qui autorise un tel processus.

[61] L'argument qu'invoque l'administrateur au sujet de l'évolution historique du régime me convainc quelque peu aussi. La disposition relative aux « demandes en recouvrement de créance » (aujourd'hui le paragraphe 103(1)) figurait auparavant dans la même disposition que celle des « délais de prescription » (le paragraphe 103(2)) — et les deux se trouvaient au paragraphe 710(1) de la LMMC. La version antérieure du paragraphe 105(3) se trouvait au paragraphe 710(4) de la LMMC, qui indiquait : « si la créance est couverte par le paragraphe (1) ». La disposition en matière d'appel, le paragraphe 711(2), autorisait la Cour à ne prendre en considération « que les éléments mentionnés aux alinéas 710(4)a) et b) » — cela incluait « la créance […] couverte par le paragraphe (1) », ce qui incluait le fait de savoir si la créance se situait à l'intérieur du délai de prescription. Vu le contexte dans lequel s'inscrit le régime de « premier recours », ainsi que l'absence de toute indication d'une intention de la part du législateur de dissocier le délai de prescription des éléments que l'administrateur peut prendre en considération selon le paragraphe 105(3), et de restreindre de ce fait le droit d'appel, les éléments qui précèdent étayent une interprétation des articles 103 à 106 qui maintient la cohérence avec la version antérieure du régime.

[62] Compte tenu de ce qui précède, et en gardant à l'esprit qu'une interprétation d'une disposition législative doit être faite selon une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la LRM dans son ensemble, je souscris en principe à l'argument de l'administrateur, à savoir que les dispositions en matière de délai de prescription du paragraphe 103(2) devraient être considérées comme « modifiant » le paragraphe 103(1) — c'est-à-dire modifiant le moment où les pertes mentionnées au paragraphe 103(1) donnent droit à une indemnisation, et le moment où elles débordent le cadre des demandes en recouvrement de créance présentées en vertu du paragraphe 103(1). Je dirais toutefois les choses autrement. Étant donné que les « faits » dont il est question au

expenses referred to in subsection 103(1). Of practical necessity, this must also include an assessment of the subsection 103(2) limitation periods applicable to the subsection 103(1) claim. Were it not so, subsection 103(2) would, in effect, be an orphan provision. (See *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraphs 51 and 73; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at paragraph 34.

[63] That is, I agree with the Administrator that subsection 103(2) is correctly interpreted such that the Administrator considers the limitation period *as part of the claim*. On that interpretation, the limitation periods in subsection 103(2) fall under the Administrator's scope of authority in subsection 105(3), and therefore under the Court's scope of review in subsection 106(2).

[64] Accordingly, I conclude that these matters should proceed as an appeal pursuant to subsection 106(2) of the MLA.

Issue 2: Standard of review

Canada's position

[65] Canada submits that, if considered as an application for judicial review, all issues before the Court relate to the substance of the Administrator's decision, and should be reviewed on the presumptive standard of reasonableness (citing *Vavilov*, at paragraphs 16 and 23–32). However, if the matters proceed by way of appeal, questions of fact and mixed fact and law are assessed on a standard of palpable and overriding error, while issues of law (including questions of statutory interpretation and the scope of a decision maker's authority) are assessed on the correctness standard (citing *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*),

paragraphe 106(2) comprennent l'enquête et l'évaluation (qu'effectue l'administrateur) au sujet du facteur indiqué à l'alinéa 105(3)a) — si la créance est visée par le paragraphe 103(1), par nécessité pratique, cela doit également inclure une évaluation des délais de prescription visés au paragraphe 103(2) qui s'appliquent à la demande en recouvrement de créance fondée sur le paragraphe 103(1). Si ce n'était pas le cas, le paragraphe 103(2) serait, en fait, une disposition orpheline. (Voir *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, aux paragraphes 51 et 73; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, au paragraphe 34.

[63] Je suis donc d'accord avec l'administrateur que la bonne manière d'interpréter le paragraphe 103(2) est la suivante : il considère que le délai de prescription fait partie de la demande en recouvrement de créance. Selon cette interprétation, les délais de prescription visés au paragraphe 103(2) entrent dans les limites des pouvoirs que le paragraphe 105(3) confère à l'administrateur et, de ce fait, dans les limites de l'examen que la Cour peut effectuer en vertu du paragraphe 106(2).

[64] Je conclus donc que les affaires dont il est question en l'espèce devraient être entendues sous la forme d'un appel interjeté en vertu du paragraphe 106(2) de la LRM.

La question nº 2 : La norme de contrôle applicable

La position du Canada

[65] Le Canada soutient que, si elles sont considérées comme une demande de contrôle judiciaire, toutes les questions soumises à la Cour ont trait au fond de la décision de l'administrateur, et elles devraient être contrôlées selon la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable (citant l'arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 16 et 23–32). Toutefois, si les affaires sont entendues par voie d'appel, les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit sont évaluées selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, tandis que les questions de droit (y compris les questions d'interprétation législative et la portée des pouvoirs d'un décideur)

at paragraphs 8, 10, 19 and 26–37). Canada submits that the application of section 103 to a set of facts is a question of mixed fact and law. However, the Administrator's findings were "infected or tainted" by a mischaracterization of the legal test—an erroneous understanding of the standard to apply in determining whether oil pollution damage "occurs". Therefore, the Administrator's reliance on this standard is reviewable on the correctness standard (citing *Housen*, at paragraphs 33–35).

Administrator's position

[66] The Administrator agrees with the statement of the substantive issue identified by Canada in its submissions—being whether the Administrator appropriately found that the CCG was out of time to file a claim pursuant to subsection 103(2) of the MLA for either or both vessels. However, the Administrator submits that Canada's written argument raises other issues, which the Administrator identifies, and submits that these are questions of law or mixed fact and law to which the correctness standard applies on appeal, or the reasonableness standard applies on judicial review. The Administrator also submits that Canada's challenge distills into a challenge of the finding that a discharge of oil occurred, which is a finding of fact and should be reviewed as such.

Analysis

[67] As I have found that these matters should be heard as a statutory appeals, appellate standards of review apply.

[68] Where the legislature has provided a statutory appeal mechanism from an administrative decision to

sont évaluées selon la norme de la décision correcte (citant l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), aux paragraphes 8, 10, 19 et 26–37). Le Canada soutient que l'application de l'article 103 à une série de faits est une question mixte de fait et de droit. Cependant, les conclusions de l'administrateur ont été « entachées ou viciées » par une formulation erronée du critère juridique — une compréhension erronée de la norme à appliquer pour décider « s'il y a eu » des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ou pas. Cela étant, le fait que l'administrateur se fonde sur cette norme est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (citant *Housen*, aux paragraphes 33–35).

La position de l'administrateur

[66] L'administrateur souscrit à la manière dont le Canada énonce la question de fond dans ses observations : l'administrateur a-t-il conclu à juste titre que la GCC avait excédé le délai prescrit pour présenter une demande en recouvrement de créance, aux termes du paragraphe 103(2) de la LRM, pour l'un ou l'autre des deux navires, ou les deux? Cependant, fait-il valoir, l'argument écrit du Canada soulève d'autres questions, que l'administrateur mentionne, et il ajoute qu'il s'agit de questions de droit ou de questions mixtes de fait et de droit auxquelles c'est la norme de la décision correcte qui s'applique dans le cas d'un appel ou la norme de la décision raisonnable dans le cas d'un contrôle judiciaire. L'administrateur ajoute également que la contestation du Canada se transforme en une contestation de la conclusion qu'il y a eu un rejet d'hydrocarbures, ce qui est une conclusion de fait, et elle devrait être contrôlée en tant que telle.

Analyse

[67] Comme j'ai conclu que les présentes affaires devraient être entendues sous la forme d'appels prévus par la loi, ce sont les normes de contrôle en matière d'appel qui s'appliquent.

[68] Si le législateur a prévu un mécanisme d'appel contre une décision administrative d'une cour de justice,

a court, this signals the legislature's intent that appellate standards apply when a court reviews the decision (*Vavilov*, at paragraph 17). "This means that the applicable standard is to be determined with reference to the nature of the question and to this Court's jurisprudence on appellate standards of review" (*Vavilov*, at paragraph 37). On appeal, questions of law are reviewable on the correctness standard, findings of fact and findings of mixed fact and law without an extricable legal question are reviewable on the standard of palpable and overriding error (*Housen*, at paragraphs 10, 19 and 26–37; *Vavilov*, at paragraph 37).

Issue 3: Did the Administrator commit a reviewable error in finding that the paragraph 103(2)(a) limitation period applied and that CCG was out of time to file a claim pursuant to subsection 103(1)?

Canada's position

[69] Canada frames its arguments in the context of statutory interpretation. Canada states it specifically takes issue with how the Administrator interpreted and applied the word "occurs" as found in paragraphs 103(2)(a) and (b) of the MLA. Canada submits that the ordinary meaning of "to occur" does not import speculation or weighing of probabilities as to what might have happened: either an event took place, or did not (or it is not possible to say). On a plain reading, paragraph 103(2)(a) refers to oil pollution that actually or demonstrably occurred and does not refer to what might have occurred or probably occurred from the perspective of the Administrator. The standard, or basis in evidence, required to determine whether an event—oil pollution damage—occurred must be grounded in the actual evidence before the Administrator not in assumptions, probabilities, or in the taking of something equivalent to judicial notice. Canada submits that a requirement of "actual evidence" supports the goals of the MLA and the purpose of limitation periods, both generally and in relation to fund related provisions of the MLA.

cela dénote son intention que ce sont les normes en matière d'appel qui s'appliquent lorsqu'une cour de justice contrôle la décision (arrêt *Vavilov*, au paragraphe 17). « Ainsi, la norme de contrôle applicable doit être déterminée eu égard à la nature de la question et à la jurisprudence de notre Cour en la matière » (*Vavilov*, au paragraphe 37). Dans le cas d'un appel, les questions de droit sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, et les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit, en l'absence d'un principe juridique isolable, sont susceptibles de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et déterminante (*Housen*, aux paragraphes 10, 19 et 26–37; *Vavilov*, au paragraphe 37).

Question n° 3 : L'administrateur a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que les délais de prescription prévus à l'alinéa 103(2)a) s'appliquaient et que la GCC avait dépassé le délai prescrit pour présenter une demande en recouvrement de créance en vertu du paragraphe 103(1)?

La position du Canada

[69] Le Canada structure ses arguments dans le contexte des principes d'interprétation législative. Il dit contester précisément la manière dont l'administrateur a interprété et appliqué les mots « se sont produits », aux l'alinéas 103(2)a) et b) de la LRM. Il ajoute que le sens ordinaire des mots « se sont produits » n'implique pas que l'on se lance en conjectures ou que l'on soupèse des probabilités quant à ce qui peut s'être produit : un événement a eu lieu, ou pas (ou il est impossible de le dire). À sa simple lecture, l'alinéa 103(2)a) fait référence à des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures qui se sont produits de façon réelle ou démontrable et non à ce qui aurait pu se produire ou ce qui s'est probablement produit du point de vue de l'administrateur. La norme, ou le fondement de preuve, qui est nécessaire pour déterminer si un événement — des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures — s'est produit doit être ancrée dans la preuve réelle qui a été soumise à l'administrateur, et non dans des présomptions, des probabilités ou dans quelque chose d'assimilable à la connaissance d'office. Le Canada soutient qu'une exigence de « preuve réelle » étaye les objectifs de la LRM ainsi que l'objet des délais de prescription, tant de manière générale que

par rapport aux dispositions de la LRM qui sont liées à la Caisse d'indemnisation.

[70] Canada submits that the purpose of time limitations more generally further supports a reading of "occurs" in favour of requiring "actual evidence". Limitations require that the date a limitation period accrues is fundamentally knowable, whether or not the claim has been discovered by a potential claimant (referencing *Cholmondeley (Marquis) v Clinton (Lord)* (1820), 2 Jac & W 1, 37 E.R. 527 (Ch.); and *M.(K.) v. M.(H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at paragraph 24 [page 30], [1992] S.C.J. No. 85). However, the Administrator's interpretation of paragraph 103(2)(a) means that the date when the limitation period accrues will often be unknowable to claimants and to the Administrator, which vitiates the purposes of limitation.

[70] Le Canada est d'avis que l'objet des délais de prescription étaye en outre, de manière plus générale, une interprétation des mots « se sont produits » qui milite en faveur d'exiger une « preuve réelle ». Les prescriptions exigent que la date à compter de laquelle court un délai de prescription est fondamentalement connaissable, que la créance ait été découverte par un éventuel demandeur ou non (faisant référence à *Cholmondeley (Marquis) v Clinton (Lord)* (1820), 2 Jac & W 1, 37 E.R. 527 (Ch.); et *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, au paragraphe 24 [page 30], [1992] A.C.S. nº 85). Cependant, la manière dont l'administrateur interprète l'alinéa 103(2)a) signifie que la date à laquelle le délai de prescription commence à courir sera souvent impossible à connaître pour les demandeurs et l'administrateur, ce qui vicie les objets de la prescription.

[71] Further, Canada submits that the Administrator's interpretation would also lead to absurd consequences, rendering the five-year limitation period effectively moot in a wide range of situations thereby defeating the legislature's choice to provide a longer limitation period for claims based on anticipatory action. Canada submits that on its interpretation of "occurs"—requiring actual evidence of oil pollution damage—if there is no evidence of oil pollution damage, then paragraph 103(2)(a) does not apply and paragraph 103(2)(b) can be relied on. By contrast, the Administrator interprets "occurs" to require only speculation on what occurred and then infers that where there is observed risk, there is likely already oil pollution damage, thus permitting the Administrator to bypass the five-year limitation period.

[71] En outre, le Canada soutient que l'interprétation que fait l'administrateur mènerait également à des conséquences absurdes, rendant théorique, en pratique, le délai de prescription de cinq ans dans un large éventail de situations, et faisant ainsi échec au choix du législateur d'offrir un délai de prescription plus long pour les demandes fondées sur des mesures prises par anticipation. Il ajoute que selon son interprétation des mots « se sont produits » — une interprétation qui exige une preuve réelle des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures — s'il n'y a aucune preuve de ces dommages, il s'ensuit que l'alinéa 103(2)a) ne s'applique pas et que l'on peut se fonder sur l'alinéa 103(2)b). Par contraste, l'administrateur considère que les mots « se sont produits » exigent seulement que l'on fasse des conjectures sur ce qui s'est produit et il infère ensuite que là où il y a un risque observé, il y a vraisemblablement déjà des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, ce qui lui permet de contourner le délai de prescription de cinq ans.

[72] Canada submits that the language of the MLA and the CSA align. The MLA refers to "occurrence" in respect of which "oil pollution damage is anticipated". The term "anticipated" reflects section 180 of the CSA, which provides the Minister with the discretion to

[72] Le Canada soutient que le libellé de la LRM et celui de la LMMC concordent. La LRM fait mention de « l'événement » à l'égard duquel « des dommages [dus à la pollution par les hydrocarbures] ont été prévus ». Le mot « prévus » reflète l'article 180 de la LMMC, qui

determine whether a vessel "may" discharge a pollutant. The limitation period accrues when something happened or was observed that caused the Minister to believe on reasonable grounds that there "may" be a discharge. It is the belief of the Minister, not of the Administrator, that is important. In situations involving the CCG, the paragraph 103(2)(b) limitations clock starts running when the CCG determines it should act pursuant to section 180 of the CSA.

[73] Canada submits that whether oil pollution occurred is an important distinction in the MLA and a determination that must be made on "actual evidence", rather than on the Administrator's subjective decision making.

Administrator's position

[74] The Administrator rejects what it describes as Canada's exhaustive efforts to twist the meaning of "occur" such that it becomes something other than a synonym for "happen". However, the Administrator addresses some of the points raised by Canada. The Administrator submits that it applied the correct standard of proof in determining which limitation period applies. That is, the Administrator determined whether oil pollution damage occurred based on the balance of probabilities, which is the only standard for civil matters (citing *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 (*McDougall*)). The Administrator states that it relied on indirect, or circumstantial, evidence to infer that a discharge of oil occurred in both cases. Inferring that a discharge had occurred was appropriate on that evidence and Canada's submissions that there was no "actual evidence" are not accurate.

[75] The Administrator also submits that courts regularly apply limitation periods without identifying precisely when a limitation period began to run (referencing *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245 (*Wewaykum*), at paragraphs 127 and 129;

confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un navire « risque » de rejeter un polluant. Le délai de prescription court à partir du moment où un fait est survenu ou a été observé qui a amené le ministre à avoir des motifs raisonnables de croire qu'il y a un « risque » de rejet. Ce qui importe c'est ce que croit le ministre, et non l'administrateur. Dans les situations qui mettent en cause la GCC, le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)b) commence à courir à partir du moment où la GCC détermine qu'elle devrait agir, conformément à l'article 180 de la LMMC.

[73] Le Canada soutient que la question de savoir si des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont produits est une distinction importante dans la LRM et qu'il s'agit d'une conclusion qu'il faut tirer sur le fondement d'une « preuve réelle », plutôt que sur celui de la décision subjective de l'administrateur.

La position de l'administrateur

[74] L'administrateur rejette ce qu'il qualifie d'efforts exhaustifs de la part du Canada pour déformer le sens des mots « se sont produits », de telle sorte qu'ils deviennent quelque chose d'autre qu'un synonyme du mot « survenus ». Il traite toutefois de certains des points que soulève le Canada. Il fait valoir qu'il a appliqué la bonne norme de preuve pour déterminer quel délai de prescription s'applique. C'est-à-dire qu'il a déterminé si des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont produits selon la prépondérance des probabilités, ce qui est la seule norme qui s'applique en matière civile (citant *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 (*McDougall*)). Il dit s'être fié à une preuve indirecte ou circonstancielle pour inférer qu'il s'était produit un rejet d'hydrocarbures dans les deux cas. Il était approprié d'inférer qu'un rejet s'était produit sur le fondement de cette preuve, et les observations du Canada selon lequel il n'existait pas de « preuve réelle » sont inexactes.

[75] L'administrateur soutient également que les cours de justice appliquent régulièrement des délais de prescription sans indiquer avec précision à quel moment ils ont commencé à courir (faisant référence à *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S.

Deng v. Canada, 2019 FCA 312 (*Deng*), at paragraph 31). The practice of fixing the latest possible date on which some pivotal event happens is long-established and logically sound.

[76] The Administrator submits that the limitation period in paragraph 103(2)(a) operates even when the claimant does not know when damage occurred. The Administrator rejects Canada's submission that the limitation period for anticipatory measures does not begin to operate until the Minister determines that there is a risk that a ship may discharge oil. It points out that an argument by Canada that a limitation period should not apply until such time as the Minister believed the relevant ship was likely to cause pollution damage was rejected by this Court [then the Federal Court Trial Division] in *Canada v. J.D. Irving, Ltd.*, [1999] 2 F.C. 346 (*Irving Whale*). While that decision concerned provisions of the CSA which have since been moved to the MLA in amended form, the reasoning in the *Irving Whale* remains good law and is logically sound.

Analysis

[77] Before beginning this analysis, I note that Canada agrees with the Administrator that, for the purposes of the MLA, to the extent that "oil pollution damage" may have an oil discharge threshold, that threshold is very low. Canada does not suggest that in these cases there was some discharge and that it was too minor to be considered "oil pollution damage". Rather, Canada takes the position that in these cases there was no discharge.

[78] I next reproduce subsection 103(2) of the MLA here for ease of reference:

245 (*Wewaykum*), aux paragraphes 127 et 129; *Deng c. Canada*, 2019 CAF 312 (*Deng*), au paragraphe 31). La pratique consistant à fixer la date la plus tardive possible à laquelle se produit un événement crucial est établie de longue date et logiquement sensée.

[76] L'administrateur est d'avis que le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)a) s'applique même quand le demandeur ignore à quel moment les dommages se sont produits. Il rejette l'argument du Canada selon lequel le délai de prescription qui s'applique aux mesures prises par anticipation ne commence pas à courir avant que le ministre décide qu'il y a un risque qu'un navire puisse rejeter des hydrocarbures. Il signale que l'argument du Canada selon lequel un délai de prescription ne devrait pas s'appliquer avant que le ministre croie que le navire en question risquait de causer des dommages dus à la pollution a été rejeté par notre Cour [auparavant la Section de première instance de la Cour fédérale] dans la décision *Canada c. J.D. Irving, Ltd.*, [1999] 2 C.F. 346 (*Irving Whale*). Même si cette décision avait trait à des dispositions de la LMMC qui, depuis lors, ont été déplacées vers la LRM sous forme modifiée, le raisonnement exposé dans la décision *Irving Whale* demeure valable en droit et il est logiquement censé.

Analyse

[77] Avant d'entreprendre cette analyse, je signale que le Canada convient avec l'administrateur que, pour l'application de la LRM, dans la mesure où les « dommages dus à la pollution par les hydrocarbures » peuvent comporter un seuil de rejet d'hydrocarbures, ce seuil est fort peu exigeant. Le Canada ne laisse pas entendre que dans les affaires dont il est question en l'espèce il y a eu quelques rejets et que ces rejets étaient trop peu importants pour être considérés comme des « dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ». Le Canada est plutôt d'avis que, dans les deux affaires dont il est question en l'espèce, il n'y a eu aucun rejet.

[78] Je reproduis ici le texte du paragraphe 103(2) de la LRM, par souci de commodité :

103….

Limitation period

(2) Unless the Admiralty Court fixes a shorter period under paragraph 111(a), a claim must be made

(a) within two years after the day on which the oil pollution damage occurs and five years after the occurrence that causes that damage; or

(b) if no oil pollution damage occurs, within five years after the occurrence in respect of which oil pollution damage is anticipated.

103 […]

Délais

(2) Sous réserve du pouvoir donné à la Cour d'amirauté à l'alinéa 111a), la demande en recouvrement de créance doit être faite :

a) s'il y a eu des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, dans les deux ans suivant la date où ces dommages se sont produits et dans les cinq ans suivant l'événement qui les a causés;

b) sinon, dans les cinq ans suivant l'événement à l'égard duquel des dommages ont été prévus.

[79] In my view, for the reasons that follow, it is clear that the distinction between the application of either of the two subsection 103(2) limitation periods is a purely factual distinction. That is, quite simply, whether or not oil pollution damage occurred. Here, the parties agree that if any oil entered the water, then oil pollution damage can be assumed. Therefore, whether or not oil pollution entered the marine environment is a factual determination that is to be made by the Administrator. It is the determination of that question that will dictate which of the two subsection 103(2) limitation periods apply.

[79] À mon avis, pour les motifs qui suivent, il est évident que la distinction entre l'application de l'un ou l'autre des deux délais de prescription que prévoit le paragraphe 103(2) est de nature purement factuelle. C'est-à-dire, tout simplement, des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont-ils produits ou pas? En l'espèce, les parties conviennent que si des hydrocarbures sont entrés dans l'eau, on peut donc présumer que cela a causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. De ce fait, la question de savoir si de la pollution par les hydrocarbures est entrée dans le milieu marin est une conclusion factuelle qu'il revient à l'administrateur de tirer. C'est la réponse à cette question qui dictera lequel des deux délais de prescription visés au paragraphe 103(2) s'applique.

[80] On that basis, it is not necessary to embark upon a statutory interpretation of the word "occurs" as found in paragraph 103(2)(b), as CCG submits. However, I will address some of the points arising from or raised by Canada in its statutory interpretation analysis. The most significant of these is the standard of proof which the Administrator is entitled to utilize when determining if a discharge of oil pollution occurred.

[80] Pour cette raison, il n'est pas nécessaire de se lancer dans une interprétation législative des mots « se sont produits » qui figurent à l'alinéa 103(2)b), comme le soutient la GCC. Cependant, je vais examiner certains des points qui découlent de l'analyse d'interprétation législative qu'a faite le Canada ou qu'il a soulevés. Le point le plus important est la norme de preuve que l'administrateur est en droit d'utiliser pour décider s'il s'est produit un rejet de pollution par les hydrocarbures.

i. *Standard of proof*

i. *La norme de preuve applicable*

[81] Read in whole, it is apparent that Canada's interpretation argument is really an argument about the standard of proof that the Administrator may apply. This is reflected in Canada's position that on its interpretation

[81] Il est évident que l'argument d'interprétation qu'invoque le Canada, considéré globalement, est en fait un argument au sujet de la norme de preuve que l'administrateur doit appliquer. Cela se reflète dans la position

of "occurs"—requiring "actual evidence" of oil pollution damage—if there is no "actual evidence" of oil pollution damage, then paragraph 103(2)(a) does not apply and paragraph 103(2)(b) can be relied on. Canada asserts that the Administrator must only rely on direct evidence (witness statements or observations) in making factual findings as to whether there was a discharge of oil. Canada rejects, as speculation, findings of fact based on other evidence and asserts that this evidence cannot be utilized by the Administrator in making a subsection 103(2) determination.

[82] As stated above, the Administrator is authorized and required by subsection 105(1) of the MLA to investigate and assess subsection 103(1) claims, and to determine what portion of them are established. Part 7 of the MLA, and more specifically the sections 103 to 106 "first recourse" regime, like other administrative regimes, serves to "set up and empower the administrative decision-maker to find the facts, apply the law and make a decision" (*'Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149, at paragraph 5; *Canada (Attorney General) v. Kattenburg*, 2021 FCA 86, [2021] 3 F.C.R. 410, at paragraph 17; *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (access Copyright),* 2012 FCA 22, at paragraph 17*; Hoang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness),* 2017 FC 1133, at paragraph 12; *Bernard v. Canada (Revenue Agency),* 2015 FCA 263, at paragraph 17).

[83] I agree with the Administrator that when it is tasked with making findings of fact, as it is required to do in determining whether the claim is for loss, damage, costs or expenses referred to in subsection 103(1), including which limitation period applies pursuant to subsection 103(2), the Administrator must do so on the balance of probabilities. In *McDougall*, the Supreme

du Canada selon laquelle, d'après son interprétation des mots « se sont produits » — une interprétation qui requiert une « preuve réelle » de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, s'il n'existe aucune « preuve réelle » de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, il s'ensuit que l'alinéa 103(2)a) ne s'applique pas et que l'on peut se fonder sur l'alinéa 103(2)b). Le Canada affirme que l'administrateur doit uniquement se fonder sur des éléments de preuve directs (déclarations ou observations de témoins) pour tirer des conclusions de fait quant à la question de savoir s'il y a eu un rejet d'hydrocarbures. Le Canada rejette les conclusions de fait qui reposent sur d'autres éléments de preuve, les considérant comme conjecturales, et il affirme que l'administrateur ne peut pas se servir de ces autres éléments de preuve pour tirer une conclusion fondée sur le paragraphe 103(2).

[82] Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'administrateur est autorisé et tenu par le paragraphe 105(1) de la LRM de faire enquête sur les créances visées par le paragraphe 103(1) et de les évaluer, ainsi que de déterminer quelle partie d'entre elles est établie. La partie 7 de la LRM, et plus précisément le régime de « premier recours » que prévoient les articles 103 à 106, à l'instar d'autres régimes administratifs, sert à « conf[érer] au décideur administratif les pouvoirs nécessaires pour constater les faits, appliquer les règles de droit et rendre une décision » (*Première nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149, au paragraphe 5; *Canada (Procureur général) c. Kattenburg*, 2021 CAF 86, [2021] 3 R.C.F. 410, au paragraphe 17; *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright),* 2012 CAF 22, au paragraphe 17*; Hoang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile),* 2017 CF 1133, au paragraphe 12; *Bernard c. Canada (Agence du revenu),* 2015 CAF 263, au paragraphe 17).

[83] Je conviens avec l'administrateur que lorsqu'il a pour tâche de tirer des conclusions de fait, ainsi qu'il est tenu de le faire pour décider si la demande en recouvrement de créance s'applique aux pertes, aux dommages ou aux frais visés au paragraphe 103(1), et cela inclut le choix du délai de prescription qui s'applique conformément au paragraphe 103(2), il se doit de le faire selon la

Court of Canada found that the balance of probabilities is the only standard of proof in civil cases (at paragraph 40). The Court then referred to the judge's task when making findings of fact [at paragraphs 46 and 49]:

> Similarly, evidence must always be sufficiently clear, convincing and cogent to satisfy the balance of probabilities test. But again, there is no objective standard to measure sufficiency. In serious cases, like the present, judges may be faced with evidence of events that are alleged to have occurred many years before, where there is little other evidence than that of the plaintiff and defendant. As difficult as the task may be, the judge must make a decision. If a responsible judge finds for the plaintiff, it must be accepted that the evidence was sufficiently clear, convincing and cogent to that judge that the plaintiff satisfied the balance of probabilities test.
>
> …
>
> In the result, I would reaffirm that in civil cases there is only one standard of proof and that is proof on a balance of probabilities. In all civil cases, the trial judge must scrutinize the relevant evidence with care to determine whether it is more likely than not that an alleged event occurred. [Emphasis added.]

[84] It is also well established that the standard of proof of a balance of probabilities also applies to administrative decision making that is civil in nature, absent legislation indicating otherwise (Donald J. M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf, Toronto: Thomson Reuters Canada, 2022, at § 12:7; Sara Blake, *Administrative Law in Canada*, 7th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2022, at § 2.16; *Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.*, 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572, at paragraph 1, wholly adopting the dissenting reasons of Justice Evans *in Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corporation*, 2010 FCA 56, [2011] 2 R.C.F. 221, at paragraph 205; *Stetler v. Ontario (Agriculture, Food & Rural Affairs Appeal Tribunal)*, [2005] O.J. No. 2817 (QL), 141 A.C.W.S. (3d) 157 (C.A.), at paragraph 79;

prépondérance des probabilités. Dans l'arrêt *McDougall*, la Cour suprême du Canada a conclu que la prépondérance des probabilités est la seule norme de preuve qui s'applique dans les instances civiles (au paragraphe 40). La Cour a ensuite fait référence à la tâche qui incombe au juge lorsque celui-ci tire des conclusions de fait [aux paragraphes 46 et 49] :

> De même, la preuve doit toujours être claire et convaincante pour satisfaire au critère de la prépondérance des probabilités. Mais, je le répète, aucune norme objective ne permet de déterminer qu'elle l'est suffisamment. Dans le cas d'une allégation grave comme celle considérée en l'espèce, le juge peut être appelé à apprécier la preuve de faits qui se seraient produits de nombreuses années auparavant, une preuve constituée essentiellement des témoignages du demandeur et du défendeur. Aussi difficile que puisse être sa tâche, le juge doit trancher. Lorsqu'un juge consciencieux ajoute foi à la thèse du demandeur, il faut tenir pour acquis que la preuve était à ses yeux suffisamment claire et convaincante pour conclure au respect du critère de la prépondérance des probabilités.
>
> […]
>
> En conséquence, je suis d'avis de confirmer que dans une instance civile, une seule norme de preuve s'applique, celle de la prépondérance des probabilités. Dans toute affaire civile, le juge du procès doit examiner la preuve pertinente attentivement pour déterminer si, selon toute vraisemblance, le fait allégué a eu lieu. [Non souligné dans l'original.]

[84] Il est également bien établi que la norme de preuve de la prépondérance des probabilités s'applique également aux décisions administratives qui sont de nature civile, à moins qu'une disposition législative n'indique le contraire (Donald J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Thomson Reuters Canada, 2022, à la § 12 :7; Sara Blake, *Administrative Law in Canada*, 7e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2022, à la § 2.16; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes*, 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572, au paragraphe 1, souscrivant sans réserve aux motifs dissidents du juge Evans dans l'arrêt *Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, au paragraphe 205; *Stetler v. Ontario (Agriculture, Food & Rural*

Pacasum v. Canada (Citizenship and Immigration, 2008 FC 822, at paragraph 22).

[85] Even in a non-adversarial proceeding, such as the determination of a claim under subsection 103(1) of the MLA, the evidence must still be assessed. This is demonstrated by the requirement of subsection 105(1) that the Administrator investigate and assess such claims considering the factors set out in subsection 105(3), as well as subsection 105(2), pursuant to which the Administrator has the powers of a commissioner under Part 1 of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11 when investigating and assessing a claim. If the Administrator has assessed the evidence and finds that an event is "more likely than not" to have occurred, it should make a finding of fact in that regard.

[86] In addition to assessing the evidence to determine what it establishes directly, the Administrator, as an administrative decision maker, is also entitled to make factual inferences based on the evidence before it. Inferences must be reasonable and logical, drawn from facts accepted by the decision maker and made by applying an inductive reasoning process. The facts that provide the basis for the inference must be established by evidence, not speculation (*Teva Canada Limited v. Pfizer Canada Inc.*, 2017 FC 526, at paragraph 22; *K.K. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 78, at paragraph 61). In *Magonza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 14, [2019] 2 F.C.R. D-6 (*Magonza*), in the context of discussing the concept of the sufficiency of evidence, Justice Grammond addressed reliance on indirect or circumstantial evidence [at paragraph 32]:

> The last concept I wish to discuss is that of "sufficiency" of the evidence. The use of this concept, especially if it is meant to require several pieces of evidence to prove a fact, may be surprising. After all, the law does not require that facts be proved by more than one witness. When a contract is filed in evidence, or a witness testified that he saw the accused discharge a firearm on the victim,

Affairs Appeal Tribunal), [2005] O.J. No. 2817 (QL), 141 A.C.W.S. (3d) 157 (WL Can.) (C.A.), au paragraphe 79; *Pacasum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 822, au paragraphe 22).

[85] Même dans une instance non contradictoire, comme la détermination d'une demande en recouvrement de créance présentée en vertu du paragraphe 103(1) de la LRM, il faut quand même évaluer la preuve. C'est ce que démontre le paragraphe 105(1), qui exige que l'administrateur enquête sur la créance et l'évalue en prenant en considération les facteurs énoncés au paragraphe 105(3), ainsi qu'au paragraphe 105(2), qui confère à l'administrateur les pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie 1 de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11 lorsqu'il fait enquête sur une créance et qu'il l'évalue. Si l'administrateur a évalué la preuve et s'il conclut qu'un événement s'est produit « selon toute vraisemblance », il devrait tirer une conclusion de fait à cet égard.

[86] En plus d'évaluer la preuve pour déterminer ce qu'elle établit directement, l'administrateur, à titre de décideur administratif, est également en droit de tirer des inférences de fait à partir de la preuve qui lui est soumise. Ces inférences doivent être raisonnables et logiques — tirées de faits admis par le décideur et formulées en appliquant un processus de raisonnement inductif. Les faits qui servent de fondement à l'inférence doivent être établis par une preuve, et non des conjectures (*Teva Canada Limitée c. Pfizer Canada Inc.*, 2017 CF 526, au paragraphe 22; *K.K. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 78, au paragraphe 61). Dans la décision *Magonza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 14, [2019] 2 R.C.F. F-8 (*Magonza*), dans le contexte d'une analyse du concept du caractère suffisant de la preuve, le juge Grammond a traité du fait de s'en remettre à une preuve indirecte ou circonstancielle [au paragraphe 32] :

> Le dernier concept que je désire analyser est celui de « suffisance » de la preuve. Le recours à ce concept, en particulier s'il signifie qu'il faut plusieurs éléments de preuve pour prouver un fait, peut être surprenant. Après tout, la loi n'exige pas que les faits soient prouvés par plus d'un témoin. Si un contrat est produit en preuve ou si un témoin déclare sous serment qu'il a vu l'accusé décharger

those facts are proven. But these are cases of direct evidence. Where the evidence is indirect or circumstantial, however, the fact-finder must rely on inferences, weigh each piece of evidence and decide whether the cumulative weight of all the evidence is sufficient to warrant a finding that the disputed fact exists. [Emphasis added.]

[87] And, as stated by the Manitoba Court of Appeal in *R v. McIvor*, 2021 MBCA 55 (CanLII) [at paragraph 19]:

> It is the role of the trial judge to make findings of fact and, from those facts, to draw factual inferences. As it is not the role of appellate courts to retry cases, those factual findings and conclusions or inferences are entitled to deference on appeal and "are not to be reversed [on appeal] unless it can be established that the trial judge made a 'palpable and overriding error'" (see *Housen v Nikolaisen*, 2002 SCC 33 at para 10; see also para 25; *HL v Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25 at para 74; and *R v Clark*, 2005 SCC 2 at para 9). [Emphasis added.]

[88] The Supreme Court of Canada in *Housen* discussed the deference to be afforded to a trial judge's factual findings and factual inferences [at paragraphs 22 and 23]:

> Second, with respect, we find that by drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences, the above passage may lead appellate courts to involve themselves in an unjustified reweighing of the evidence. Although we agree that it is open to an appellate court to find that an inference of fact made by the trial judge is clearly wrong, we would add the caution that *where evidence exists to support this inference, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. As stated above, trial courts are in an advantageous position when it comes to assessing and weighing vast quantities of evidence. In making a factual inference, the trial judge must sift through the relevant facts, decide on their weight, and draw a factual conclusion. Thus, where evidence exists which supports this conclusion, interference with this conclusion entails interference with the weight assigned by the trial judge to the pieces of evidence.*

une arme à feu sur la victime, ces faits sont prouvés. Mais il s'agit de cas de preuve directe. Par contre, lorsque la preuve est indirecte ou circonstancielle, le juge des faits doit s'en remettre à des inférences, soupeser chaque élément de preuve et décider si le poids cumulatif de l'ensemble de la preuve est suffisant pour justifier une conclusion selon laquelle le fait en litige existe bel et bien. [Non souligné dans l'original.]

[87] Et, comme l'a écrit la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R v. McIvor*, 2021 MBCA 55 (CanLII) [au paragraphe 19] :

> [TRADUCTION] Il incombe au juge du procès d'établir des conclusions de fait et, à partir de ces faits, de tirer des inférences de fait. Comme le rôle des cours d'appel ne consiste pas à instruire à nouveau des affaires, ces conclusions ou ces inférences de fait ont droit à la déférence en appel et « ne doivent pas être modifiées [en appel] à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une "erreur manifeste et dominante" » (voir *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33, au para 10; voir aussi le par. 25; *HL c Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, au para 74; et *R c Clark*, 2005 CSC 2, au par. 9). [Non souligné dans l'original.]

[88] Dans l'arrêt *Housen*, la Cour suprême du Canada a traité de la déférence qu'il convient d'accorder aux conclusions et aux inférences de nature factuelle que tirent les juges de première instance [aux paragraphes 22 et 23] :

> Deuxièmement, nous croyons en toute déférence qu'en faisant une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles, le passage précité pourrait amener les cours d'appel à soupeser la preuve à nouveau et sans raison. Bien que nous partagions l'opinion selon laquelle il est loisible à une cour d'appel de conclure qu'une inférence de fait tirée par le juge de première instance est manifestement erronée, nous tenons toutefois à faire la mise en garde suivante : *lorsque des éléments de preuve étayent cette inférence, il sera difficile à une cour d'appel de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et déterminante. Comme nous l'avons dit précédemment, les tribunaux de première instance sont dans une position avantageuse pour apprécier et soupeser de vastes quantités d'éléments de preuve. Pour tirer une inférence factuelle, le juge de première instance doit passer les faits pertinents au crible, en apprécier la valeur probante et tirer une conclusion factuelle. En conséquence, lorsque cette conclusion est étayée par des éléments de preuve, modifier cette conclusion équivaut à modifier*

> We reiterate that it is not the role of appellate courts to second-guess the weight to be assigned to the various items of evidence. If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion. *The appellate court is not free to interfere with a factual conclusion that it disagrees with where such disagreement stems from a difference of opinion over the weight to be assigned to the underlying facts.* As we discuss below, it is our respectful view that our colleague's finding that the trial judge erred by imputing knowledge of the hazard to the municipality in this case is an example of this type of impermissible interference with the factual inference drawn by the trial judge. [Underlining in original, emphasis in italics added.]

[89] Courts have confirmed that this approach also applies to the appeal of a decision made by an administrative decision maker (*Vavilov*, at paragraph 37; *Moffat v. Edmonton (City) Police Service*, 2021 ABCA 183 (CanLII), at paragraph 42; *Yee v. Chartered Professional Accountants of Alberta*, 2020 ABCA 98, 9 Alta. L.R. (7th) 10, at paragraph 29).

[90] This jurisprudence stands in contrast to Canada's submissions asserting that the Administrator cannot rely on any evidence and cannot draw any conclusions from any evidence unless it is "actual evidence"—meaning a direct witness observation that supports that fact. To the contrary, the jurisprudence confirms that indirect or circumstantial evidence can properly support the making of a factual inference, which should generally be treated by reviewing courts in the same way as a direct factual finding (*Housen*, at paragraph 22).

[91] This is especially true, and especially necessary, where there is an evidentiary gap. While Canada submits that such a gap makes the fact or event in issue "inherently unknowable", it is the role of the decision maker to assess the evidence and come to a conclusion about

> *le poids accordé à ces éléments par le juge de première instance.*
>
> Nous rappelons qu'il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. Si aucune erreur manifeste et déterminante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle. *La cour d'appel n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion.* Comme nous le verrons plus loin, nous estimons en toute déférence que constitue un exemple de ce genre d'intervention inadmissible à l'égard d'une inférence de fait la conclusion de notre collègue selon laquelle la juge de première instance a commis une erreur en prêtant à la municipalité la connaissance du danger dans la présente affaire. [Souligné dans l'original, passages en italiques ajoutés.]

[89] Les tribunaux ont confirmé que cette approche vaut aussi pour les appels d'une décision d'un décideur administratif (*Vavilov*, au paragraphe 37; *Moffat v. Edmonton (City) Police Service*, 2021 ABCA 183 (CanLII), au paragraphe 42; *Yee v. Chartered Professional Accountants of Alberta*, 2020 ABCA 98, 9 Alta. L.R. (7th) 10, au paragraphe 29).

[90] Cette jurisprudence contraste avec les arguments du Canada, selon lesquels l'administrateur ne peut se fonder sur aucun élément de preuve et ne peut tirer aucune conclusion d'une preuve quelconque à moins qu'il s'agisse d'une « preuve réelle » — c'est-à-dire une observation directe d'un témoin qui étaye le fait en question. Au contraire, la jurisprudence confirme qu'une preuve indirecte ou circonstancielle peut légitimement étayer la formulation d'une inférence factuelle, que les cours de révision devraient traiter en général de la même façon qu'une conclusion factuelle directe (*Housen*, au paragraphe 22).

[91] Cela est particulièrement vrai, et particulièrement nécessaire, quand la preuve comporte des lacunes. Le Canada fait valoir que de telles lacunes rendent le fait ou l'événement en litige [TRADUCTION] « intrinsèquement inconnaissable », mais il incombe au décideur d'évaluer

what actually occurred, based on whether it is "more likely than not" (*McDougall*, at paragraphs 46 and 49; *Magonza*, at paragraph 32). While it is true that a decision maker cannot speculate as to what occurred, they are entitled to extrapolate or infer from known facts in order to determine that a related event occurred. Thus, in the matters before me, although a discharge of oil may not have been directly observed, the Administrator was entitled to consider other evidence that was before it to assess whether it was more likely than not that oil was nevertheless discharged without being observed.

[92] Therefore, the Administrator correctly identified the balance of probabilities as being the applicable standard of proof when making its factual determinations. The Administrator was also entitled to make inferences of fact based on the evidence before it and did not err by taking that approach to the evidence.

[93] While Canada submits that there was no "actual evidence" upon which the Administrator could make a factual finding as to whether a discharge of oil occurred, i.e. direct observation of a discharge, as will be discussed below, the Administrator had before it other evidence such as survey reports and the CCG's narrative of events. The Administrator was entitled to make findings of fact and to make factual inferences based on that evidence. Such inferences can be determinative.

ii. *Section 180 of the CSA*

[94] Canada submits that in situations involving actions to prevent oil pollution damage "there is necessarily a clear start date: the date the party taking the anticipatory action believed on reasonable grounds they should act" and that the limitation period starts to run when something happened or was observed to cause the Minister to reasonably believe that there may be a discharge. Canada submits that it is the belief of the Minister

la preuve et d'arriver à une conclusion sur ce qui s'est réellement produit, « selon toute vraisemblance » (*McDougall*, aux paragraphes 46 et 49; *Magonza*, au paragraphe 32). Certes, un décideur ne peut pas conjecturer sur ce qui s'est passé, mais il est en droit de faire des extrapolations ou des inférences à partir de faits connus pour déterminer qu'un événement connexe s'est produit. Ainsi, dans les affaires qui me sont soumises, même si l'on n'a peut-être pas directement observé un rejet d'hydrocarbures, l'administrateur était en droit de prendre en compte d'autres éléments de preuve qu'il avait en main pour évaluer si, selon toute vraisemblance, des hydrocarbures avaient néanmoins été rejetés sans qu'on les ait observés.

[92] C'est donc dire que l'administrateur a considéré avec raison que la prépondérance des probabilités était la norme de preuve à appliquer pour tirer ses conclusions factuelles. Il était également en droit de tirer des inférences de fait à partir des éléments de preuve qu'il avait en main, et il n'a pas commis d'erreur en abordant ces éléments de cette façon.

[93] Le Canada soutient qu'il n'y avait aucune [TRADUCTION] « preuve réelle » qui permettait à l'administrateur de tirer une conclusion factuelle quant à la question de savoir s'il s'était produit un rejet d'hydrocarbures, c'est-à-dire une observation directe d'un rejet, mais, comme nous le verrons plus loin, l'administrateur disposait d'autres éléments de preuve, comme des rapports d'inspection et le récit, fait par la GCC, des événements. L'administrateur était en droit de tirer des conclusions de fait et de formuler des inférences de fait à partir de ces éléments de preuve. De telles inférences peuvent être déterminantes.

ii. *L'article 180 de la LMMC*

[94] Le Canada fait valoir que dans les situations qui comportent la prise de mesures visant à prévenir des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures [TRADUCTION] « il y a forcément une date de début bien claire : celle à laquelle la partie prenant les mesures anticipées avait des motifs raisonnables de croire qu'il lui fallait agir » et que le délai de prescription commence à courir lorsqu'il s'est produit — ou que l'on a observé —

that is important, not the belief of the Administrator and that this interpretation of paragraph 103(2)(b) is demonstrated by section 180 of the CSA.

[95] I do not agree with Canada's submission.

[96] First, subsection 103(2) says nothing about the belief of the claimant at the time they incurred the loss, damage, costs or expenses for which they seek compensation under subsection 103(1).

[97] Second, subsection 103(2) must be viewed in context. That context is that claims made by a "person" who has suffered loss or damage or incurred costs and expenses as set out in respect of actual or anticipated pollution damage may file a claim with the Administrator for such loss, damage, costs or expenses pursuant to subsection 103(1). Upon receipt of a section 103 claim, the Administrator must investigate and assess it and make an offer of compensation to the claimant for whatever portion of it that the Administrator finds to be established considering the factors set out (subsections 105(1) and (3)). As I have found above, the determination of a limitation period under a subsection 103(2) is to be considered by the Administrator as a part of a subsection 103(1) claim. In other words, *it is part of the role of the Administrator to assess which limitation period applies* (by determining if oil pollution damage occurred) and if a claim falls with or outside that limitation period.

[98] Third, as to subsection 180(1) of the CSA, this states as follows:

Minister of Fisheries and Oceans — measures

180 (1) If the Minister of Fisheries and Oceans believes on reasonable grounds that a vessel or an oil handling facility has discharged, is discharging or may discharge a pollutant, he or she may

un fait qui a amené le ministre à croire raisonnablement qu'il pouvait y avoir un rejet. Le Canada ajoute que c'est ce que croit le ministre qui est important, pas ce que croit l'administrateur, et que cette interprétation de l'alinéa 103(2)b) est illustrée par l'article 180 de la LMMC.

[95] Je ne souscris pas à l'argument du Canada.

[96] Premièrement, le paragraphe 103(2) ne dit rien à propos de ce que croyait le demandeur au moment où il a subi des pertes ou des dommages ou engagé des frais pour lesquels il souhaite obtenir une indemnisation en vertu du paragraphe 103(1).

[97] Deuxièmement, le paragraphe 103(2) doit être considéré dans son contexte. Ce contexte est le suivant : les demandes présentées par une « personne » qui a subi des pertes ou des dommages ou qui a engagé les frais mentionnés à cause de dommages — réels ou prévus — dus à la pollution par des hydrocarbures peut présenter à l'administrateur une demande en recouvrement de créance à l'égard de ces dommages, pertes et frais, comme il est indiqué au paragraphe 103(1). L'administrateur qui reçoit une demande fondée sur l'article 103 est tenu de faire enquête sur la créance et de l'évaluer, ainsi que de faire une offre d'indemnité au demandeur pour la partie de sa demande qu'il juge recevable, après avoir pris en considération les facteurs énoncés (paragraphes 105(1) et (3)). Comme je l'ai conclu plus tôt, la détermination d'un délai de prescription en vertu du paragraphe 103(2) doit être considérée par l'administrateur comme faisant partie d'une demande fondée sur le paragraphe 103(1). Autrement dit, le rôle de l'administrateur consiste en partie à évaluer quel délai de prescription s'applique (en déterminant s'il s'est produit des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures) et si une demande se situe à l'intérieur ou à l'extérieur de ce délai de prescription.

[98] Troisièmement, comme l'indique le paragraphe 180(1) de la LMMC :

Mesures du ministre des Pêches et des Océans

180 (1) Le ministre des Pêches et des Océans peut, s'il a des motifs raisonnables de croire qu'un bâtiment ou une installation de manutention d'hydrocarbures a rejeté, rejette ou risque de rejeter un polluant :

(a) take the measures that he or she considers necessary to repair, remedy, minimize or prevent pollution damage from the vessel or oil handling facility, including, in the case of a vessel, by removing — or by selling, dismantling, destroying or otherwise disposing of — the vessel or its contents;

…

(c) if he or she considers it necessary to do so, direct any person or vessel to take measures referred to in paragraph (a) or to refrain from doing so.

a) prendre les mesures qu'il estime nécessaires pour prévenir, contrer, réparer ou réduire au minimum les dommages dus à la pollution, voire enlever ou détruire le bâtiment et son contenu, et disposer du bâtiment et de son contenu;

[…]

c) dans le cas où il l'estime nécessaire, ordonner à toute personne ou à tout bâtiment de prendre les mesures visées à l'alinéa a) ou de s'abstenir de les prendre.

[99] Canada submits that paragraph 103(2)(b) of the MLA refers to the "occurrence" in respect of which "oil pollution damage is anticipated". Further, that the term "anticipated" reflects section 180 of the CSA which gives the Minister the discretion to determine whether a vessel "may" discharge a pollutant.

[99] Le Canada soutient que l'alinéa 103(2)b) de la LRM renvoie à l'« événement » à l'égard duquel « des dommages [dus à la pollution par des hydrocarbures] ont été prévus ». De plus, le mot « prévus » reflète l'article 180 de la LMMC, qui confère au ministre le pouvoir discrétionnaire de déterminer si un navire « risque » de rejeter un polluant.

[100] However, subsection 180(1) serves only to grant the Minister the *power* to take anticipatory measures or to direct others to do so. Nothing more. It is correct that if the CCG takes such measures based on the Minister's section 180 belief, the CCG can seek to be compensated by the Administrator, pursuant to subsection 103(1), for loss, damage, costs or expenses incurred. However, there is no direct link between section 180 of the CSA and the paragraph 103(2)(b) limitation provision. Had Parliament wished to do so, it could have effected a limitation period specific to claims for CSA section 180 anticipatory responses. Alternatively, it could have specified that, in the event that the Minister makes a determination, pursuant to section 180 of the CSA, that anticipatory action is required, then the longer limitation period found in paragraph 103(2)(b) will automatically apply—regardless of whether a discharge is ultimately found to have occurred or not. Similarly, paragraph 103(2)(b) does not contain a presumption whereby claimants taking anticipatory measures will be presumed to have prevented oil pollution damage—and thereby entitled to rely on the longer paragraph 103(2)(b) limitation period (unlike, for example, subsection 105(4), which presumes that the occurrence that is the subject of a subsection 103(1) claim was caused by a ship—unless the Administrator is satisfied on the evidence that the occurrence was not caused by a ship

[100] Toutefois, le paragraphe 180(1) sert uniquement à conférer au ministre le pouvoir de prendre des mesures par anticipation ou d'ordonner à d'autres de le faire. Rien de plus. Il est exact de dire que si la GCC prend de telles mesures en se fondant sur ce que croit le ministre aux termes de l'article 180, elle peut demander d'être indemnisée par l'administrateur, en vertu du paragraphe 103(1), pour les pertes ou les dommages qu'elle a subis ou les frais qu'elle a engagés. Cependant, il n'existe aucun lien direct entre l'article 180 de la LMMC et le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)b). Si le législateur avait voulu le faire, il aurait pu prévoir un délai de prescription précisément applicable aux demandes concernant les mesures prises par anticipation qui sont visées à l'article 180 de la LMMC. Subsidiairement, il aurait pu préciser que, advenant que le ministre décide, en vertu de l'article 180 de la LMMC, qu'il est nécessaire de prendre des mesures par anticipation, il s'ensuit que le délai de prescription plus long que prévoit l'alinéa 103(2)b) s'appliquera automatiquement — que l'on conclue en fin de compte qu'un rejet s'est produit ou non. Dans le même ordre d'idées, l'alinéa 103(2)b) ne contient pas une présomption selon laquelle les demandeurs qui prennent des mesures par anticipation seront présumés avoir prévenu des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures — et peuvent de ce fait

in which event the Administrator may dismiss the claim). However, Parliament did not choose to make any such provisions.

[101] Nor am I persuaded by Canada's submission that by reading section 103 of the MLA and section 180 of the CSA in the whole context of the compensation scheme for oil pollution damage, it is clear that Parliament intended to provide the Minister with more time to submit claims for compensation when action is taken to prevent oil pollution damage, thus meeting Canada's commitments under the international conventions. In fact, more time is allocated pursuant to paragraph 103(2)(b)—but that provision only applies if there is no oil pollution damage.

[102] I also agree with the Administrator that the decision in *Irving Whale* is of some assistance in this matter. In 1970, the barge *Irving Whale* sank causing a major oil pollution incident. Small quantities of oil continued to leak intermittently from the barge over the next 26 years. In 1992, a report recommended immediate preventive action as there was a serious risk of a massive escape of oil. In 1996, the barge was raised and the subject action was commended the following year. One of the issues in that action was whether the claim against SOPF was time-barred by paragraph 710(1)(a) of the version of the CSA then in force [Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9] (the CSA subsection 710(1) wording being identical to that found in subsection 677(1) of the CSA). Subsection 677(1) of that version of the CSA is similar to subsection 77(1) of the MLA, and subsection 710(1) of that version of the CSA is similar to the section 103 regime found in the MLA (sections 103, 105 and 106). The Court found that its subsection 667(1) analysis applied equally to its subsection 710(1) analysis concerning the SOPF.

se fonder sur le délai de prescription plus long que prévoit l'alinéa 103(2)b) (contrairement, par exemple, au paragraphe 105(4), qui présume que l'événement faisant l'objet d'une demande en recouvrement de créance fondée sur le paragraphe 103(1) a été causé par un navire — sauf si l'administrateur est convaincu par la preuve que l'événement n'a pas été causé par un navire, auquel cas il peut rejeter la demande). Le législateur n'a toutefois pas décidé d'établir une telle disposition.

[101] Je ne suis pas non plus convaincue par l'argument du Canada selon lequel, quand on lit l'article 103 de la LRM et l'article 180 de la LMMC dans le contexte global du régime d'indemnisation qui s'applique aux dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, il est évident que le législateur entendait procurer au ministre plus de temps pour présenter une demande en recouvrement de créance lorsque des mesures étaient prises pour prévenir des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, remplissant ainsi les engagements pris par le Canada dans le cadre des conventions internationales applicables. En fait, l'alinéa 103(2)b) alloue davantage de temps — mais cette disposition ne s'applique que dans les cas où il n'y a pas eu de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

[102] Je conviens également avec l'administrateur que la décision *Irving Whale* est d'une certaine aide en l'espèce. En 1970, la barge *Irving Whale* a coulé, causant un grave incident de pollution par les hydrocarbures. La barge a continué de laisser fuir de petites quantités d'hydrocarbures de façon intermittente pendant les 26 années suivantes. En 1992, un rapport a recommandé la prise de mesures préventives immédiates, car il y avait un sérieux risque de rejet massif d'hydrocarbures. En 1996, la barge a été remise à flot, et l'action a été introduite l'année suivante. L'une des questions en litige dans cette action consistait à savoir si la demande en recouvrement de créance contre la CIDPHN était prescrite par l'alinéa 710(1)a) de la version de la LMMC qui était en vigueur à l'époque (le libellé du paragraphe 710(1) de la LMMC étant identique à celui du paragraphe 677(1) de la LMMC). Le paragraphe 677(1) de cette version de la LMMC est semblable au paragraphe 77(1) de la LRM, et le paragraphe 710(1) de cette version de la LMMC est semblable au régime qu'énonce l'article 103 de la

[103] In *Irving Whale*, the defendants' position was that subsection 677(10) provided two different limitation periods. The first, set out in paragraph 677(10)(a), applied where pollution damage had occurred: the time limitation being three years from the date of the damage and six years from the occurrence that caused such damage. They asserted that since pollution damage unquestionably occurred, all claims were statute-barred at the latest by November 1973. In any event, even if it should be found that paragraph 677(10)(a) was, for some reason inapplicable, paragraph 677(10)(b) enacted a six-year prescription which ran from the date of "the occurrence". The word "occurrence" in paragraph 677(10)(b) had the same meaning as it did in paragraph 677(10)(a) and the operative date was that of the event which caused or could have caused pollution damage to occur, namely the sinking.

[104] In its response in the *Irving Whale*, Canada made many arguments that are similar to those it now makes before me. The Court rejected these arguments. It found that there was no doubt that the meaning suggested by the defendants—that subsection 677(10) provided two different prescriptive periods and because there had been oil pollution damage paragraph 667(1)(a) applied—was correct. Subsection 667(1) dealt with claims both for pollution damage and for preventive measures. Because pollution damage occurred at the time of the sinking of the *Irving Whale*, paragraph 667(10)(a) applied. However, even if it were assumed that paragraph 667(10)(b) applied, the two uses of the word "occurrence" in immediate proximity to one another in the same subsection must have the same meaning. That meaning could only be an event which causes or is likely to cause pollution damage. Considering in the broader context of the history of the provisions, including adoption by Canada of the Civil Liability Convention and the 1971 Fund Convention [*International Convention* LRM (articles 103, 105 et 106). La Cour a conclu que son analyse concernant le paragraphe 667(1) s'appliquait de la même façon à son analyse concernant le paragraphe 710(1), relativement à la CIDPHN.

[103] Dans l'affaire *Irving Whale*, la position des défendeurs était que le paragraphe 677(10) prévoyait deux délais de prescription différents. Le premier, énoncé à l'alinéa 677(10)a), s'appliquait si des dommages dus à la pollution s'étaient produits : le délai de prescription était de trois ans à compter de la date des dommages et de six ans à compter de l'événement les ayant causés. Ils affirmaient qu'étant donné que des dommages dus à la pollution s'étaient incontestablement produits, toutes les demandes en recouvrement de créance étaient frappées de prescription en novembre 1973 au plus tard. En tout état de cause, même si l'on en venait à conclure que l'alinéa 677(10)a) était inapplicable, pour quelque raison que ce soit, l'alinéa 677(10)b) mettait en œuvre un délai de prescription de six ans qui courait à compter de la date de « l'événement ». Le mot « événement » à l'alinéa 677(10)b) avait le même sens qu'à l'alinéa 677(10)a), et la date déterminante était celle de l'événement qui avait causé ou aurait pu causer les dommages dus à la pollution, soit le naufrage.

[104] Dans la réponse qu'il a formulée dans la décision *Irving Whale*, le Canada a présenté de nombreux arguments qui ressemblent à ceux qu'il me soumet maintenant. La Cour les a rejetés. Elle a conclu qu'il ne faisait aucun doute que le sens qu'avançaient les défendeurs — le paragraphe 677(10) prévoyait deux délais de prescription différents et, comme il y avait eu des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, l'alinéa 667(1)a) s'appliquait — était exact. Le paragraphe 667(1) portait sur les demandes en recouvrement de créance applicables aux dommages dus à la pollution et aux mesures préventives prises. Étant donné que les dommages dus à la pollution s'étaient produits au moment du naufrage de la barge *Irving Whale*, c'était l'alinéa 667(10)a) qui s'appliquait. Cependant, même si l'on présumait que c'était l'alinéa 667(10)b) qui s'appliquait, les deux emplois du mot « événement », à proximité immédiate l'un de l'autre dans le même paragraphe, devait avoir le même sens. Ce sens ne pouvait être qu'un événement qui cause ou est susceptible de causer des dommages dus à la pollution.

on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, December 18, 1971, [1989] Can. T.S. No. 47] and the establishing of the SOPF, did not alter that interpretation.

La prise en considération du contexte plus général de l'historique des dispositions, dont l'adoption par le Canada de la Convention sur la responsabilité civile et de la Convention sur le Fonds de 1971 [*Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures*, 18 décembre 1971, [1989] R.T. Can. nº 47], ainsi que l'établissement de la CIDPHN, n'a pas changé cette interprétation.

[105] In the context of the circumstances of that matter, the Court also found that the triggering of the limitation period depended on the timing of the occurrence, not on the belief of the Minister [*Irving Whale*, at paragraph 21]:

> …. If there was to be a separate prescriptive period for each separate preventive measure which the Minister, in his sole discretion decides to take, there would, in fact, be no limitation period at all except one that was wholly dependent upon the Minister's will. That cannot be the law. The proper application of the discoverability principle in this case calls for time to start running from the moment that the government acquired the knowledge that the wreck was lying on the seabed and had discharged, was discharging and was likely to discharge oil. That was in 1970.

[105] Dans le contexte des circonstances de cette affaire, la Cour a également conclu que le déclenchement du délai de prescription dépendait du moment où l'événement était survenu, et non de ce que croyait le ministre [*Irving Whale*, au paragraphe 21] :

> […] Si un délai de prescription différent devait s'appliquer à chaque mesure préventive que le ministre décide de prendre, à son entière discrétion, il n'existerait de fait absolument aucun délai de prescription hormis celui qui dépendrait entièrement de la volonté du ministre. Le droit ne saurait admettre pareille solution. La bonne application du principe de la possibilité de découverte des dommages commande en l'espèce que le délai commence à courir au moment où le gouvernement a pris connaissance du fait que l'épave gisait au fond de la mer et que des hydrocarbures s'en étaient écoulés, s'en écoulaient encore et continueraient probablement de s'en écouler. Ce moment se situe en 1970.

[106] I acknowledge that it is entirely possible that when—based on the information then available to the Minister—the Minister makes a determination under subsection 180(1) of the CSA that there may be a discharge and that a response is required, it may subsequently be determined that a discharge had, in fact, already occurred. For example, a ship that was in peril may have already sunk or discharged oil. However, in that event, when or whether the Minister subjectively believed a discharge may occur is not relevant to the question of which limitation period applies. This is determined by the factual question of whether a discharge occurred.

[106] Je reconnais qu'il est tout à fait possible que quand le ministre — en se fondant sur les renseignements dont il dispose à ce moment-là — décide en vertu du paragraphe 180(1) de la LMMC qu'il y a peut-être un rejet et qu'il est nécessaire d'intervenir, il peut être déterminé par la suite qu'un rejet, en fait, s'est déjà produit. Par exemple, un navire qui se trouvait en péril a peut-être déjà coulé ou rejeté des hydrocarbures. Cependant, dans un tel cas, la question de savoir quand ou si le ministre a cru subjectivement qu'un rejet pouvait avoir lieu n'est pas pertinente pour ce qui est de savoir quel délai de prescription s'applique. Cela est déterminé par la question factuelle de savoir si un rejet s'est produit ou pas.

[107] In sum, I do not agree with Canada that because section 180 of the CSA permits the Minister to direct that anticipatory measures be taken when the Minister

[107] En résumé, je ne suis pas d'accord avec le Canada pour dire que, étant donné que l'article 180 de la LMMC permet au ministre d'ordonner que des mesures par

reasonably believes that a discharge of a pollutant may occur, that this belief serves to engage the paragraph 103(b) limitation period. The distinction between the two limitations periods is not based on the claimant's circumstances or identity, it remains a factual one—dependent on whether oil pollution damage occurred.

[108] In my view, the Administrator correctly interpreted subsection 103(2) such that the limitation period contained in paragraph 103(2)(a) applies when oil pollution damage has occurred for which a claim is made under subsection 103(1). The limitation period contained in paragraph 103(2)(b) applies where no oil pollution damage has occurred and the subsection 103(1) claim arises from preventative measures expended in response to anticipated oil pollution damage. The determination of which limitation period applies is purely a factual determination based on whether or not oil pollution damage occurred. That determination is made by the Administrator.

iii. *Purpose of MLA and of limitation periods, interpretive presumptions and absurd results*

[109] While Canada made lengthy submissions on these points, they can be dealt with briefly.

[110] Canada argues that to the extent that it may sometimes be uncertain whether oil pollution damage may have occurred without being observed or detected before a response measure was taken, the purpose of the compensation regime (the polluter pays principle and the related international conventions) strongly supports the application of paragraph 103(2)(b) in those circumstances.

anticipation soient prises s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a un risque de rejet d'un polluant, cette croyance sert à déclencher le délai de prescription visé à l'alinéa 103b). La distinction entre les deux délais de prescription ne repose pas sur les circonstances ou l'identité du demandeur; elle demeure factuelle — elle dépend de la question de savoir s'il s'est produit des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ou non.

[108] À mon avis, l'administrateur a interprété correctement le paragraphe 103(2), c'est-à-dire que le délai de prescription que prévoit l'alinéa 103(2)a) s'applique lorsqu'il s'est produit des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures à l'égard desquels une demande en recouvrement de créance est présentée en vertu du paragraphe 103(1). Le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)b) s'applique s'il n'y a pas eu de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et la demande en recouvrement de créance présentée en vertu du paragraphe 103(1) découle des mesures préventives qui sont prises en réponse à des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures que l'on anticipe. La détermination du délai de prescription exact qui s'applique est de nature purement factuelle et elle repose sur la question de savoir si des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont produits ou non. C'est l'administrateur qui procède à cette détermination.

iii. *L'objet de la LRM et des délais de prescription, les présomptions en matière d'interprétation et des conséquences absurdes*

[109] Le Canada a présenté de longues observations sur ces points, mais il est possible d'en traiter brièvement.

[110] Le Canada fait valoir que dans la mesure où il est parfois incertain de savoir si des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont produits sans qu'on les ait observés ou détectés avant la prise d'une mesure d'intervention, l'objet du régime d'indemnisation (le principe du pollueur-payeur et les conventions internationales connexes) milite fortement, dans ces circonstances, en faveur de l'application de l'alinéa 103(2)b).

[111] I am not persuaded that the Administrator's interpretation of subsection 103(2)—being that which limitation period applies is a factual determination made, on the balance of probabilities, of whether or not oil pollution damage occurred—is contrary to the polluter pays principle or the international conventions, the specified provisions of which conventions have the force of law in Canada by way of the MLA. Nor that there is ambiguity as to how paragraphs 103(2)(a) and (b) should be interpreted thereby giving rise to an interpretive presumption in favour of Canada permitting its claim to proceed, as Canada submits.

[111] Je ne suis pas convaincue que la manière dont l'administrateur interprète le paragraphe 103(2) — la détermination du délai de prescription qui s'applique est une conclusion de fait que l'on tire, selon la prépondérance des probabilités, en fonction du fait que des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont produits ou non — est contraire au principe du pollueur-payeur ou aux conventions internationales applicables, dont des dispositions précises ont force de loi au Canada par le truchement de la LRM. Pas plus qu'il n'y a d'ambiguïté quant à la manière dont il faut interpréter les alinéas 103(2)a) et b), ce qui donne ainsi lieu à une présomption en faveur du fait que le Canada permette que sa demande suive son cours, comme le Canada le soutient.

[112] Canada's submissions asserting that the Administrator's approach would lead to absurd consequences are premised on Canada's interpretation of "occurs" as requiring "actual evidence" of oil pollution damage. As such, according to Canada, if there is "no evidence" of oil pollution damage then paragraph 103(2)(a) does not apply and paragraph 103(2)(b) applies. That aspect of Canada's submission will be dealt with below in the specific context of each claim. Here it is sufficient to say that I do not agree with Canada's assertion that the Administrator interprets "occurs" to require only speculation on what occurred, without observation or detection, and inferring that where there is observed risk, there is likely already oil pollution damage. I do not agree that the Administrator used the risk that caused the anticipatory action as "evidence" that oil pollution damage already occurred—thereby permitting the Administrator to bypass the five-year limitation period and defeat the purpose of paragraph 103(2)(b) as Canada submits. This was not the approach taken by the Administrator.

[112] Les arguments par lesquels le Canada affirme que la démarche suivie par l'administrateur mènerait à des conséquences absurdes reposent sur la manière dont le Canada interprète les mots « se sont produits », lesquels exigeraient une « preuve réelle » de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. Dans ce contexte, d'après le Canada, s'il n'existe « aucune preuve » de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, il s'ensuit que l'alinéa 103(2)a) ne s'applique pas et que l'alinéa 103(2)b) s'applique. J'examinerai ci-après cet aspect de l'argument qu'invoque le Canada, dans le contexte précis de chaque demande. Il suffit ici de dire que je ne souscris pas à l'affirmation du Canada selon laquelle l'administrateur considère que les mots « se sont produits » n'exigent que des conjectures sur ce qui s'est produit, sans observation ou détection, et qu'il soit inféré que s'il y a un risque observé, des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont vraisemblablement déjà produits. Je ne suis pas d'accord pour dire que l'administrateur s'est servi du risque ayant causé les mesures prises par anticipation comme « preuve » que des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures s'étaient déjà produits — lui permettant ainsi de contourner le délai de prescription de cinq ans et de contrecarrer l'objet de l'alinéa 103(2)b), comme le soutient le Canada. Ce n'est pas la démarche que l'administrateur a suivie.

[113] Canada also submits that by transferring risk of oil pollution damage into probability of oil pollution

[113] Le Canada soutient également que le fait de transformer un risque de dommages dus à la pollution par les

damage—shifting the analysis to a two-year limitation period by speculating on what may have occurred—introduces "unknowable time lines". Canada concedes that situations involving "actual" oil pollution damage may involve damage or an event that is difficult to date. Those circumstances attract the two-year limitation period and careful analysis by the Administrator to determine the proper start date of the limitation period. However, where there is "no evidence" of oil pollution damage, but the Administrator nonetheless arbitrarily imposes a date at which it is assumed oil pollution damage probably began, then the Administrator can avoid compensating victims by requiring them to prove that a discharge did not occur.

hydrocarbures en une probabilité de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures — en orientant l'analyse vers un délai de prescription de deux ans au moyen de conjectures sur ce qui a pu se produire — introduit des [TRADUCTION] « délais inconnaissables ». Le Canada admet que les situations qui comportent de « réels » dommages dus à la pollution par les hydrocarbures peuvent mettre en cause des dommages ou un événement qui sont difficiles à dater. Ces circonstances déclenchent le délai de prescription de deux ans ainsi qu'une analyse minutieuse de la part de l'administrateur en vue de déterminer la date exacte à laquelle débute le délai de prescription. Cependant, s'il n'existe « aucune preuve » de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, mais que l'administrateur impose néanmoins de manière arbitraire une date à laquelle il est présumé que ces dommages ont probablement commencé, cela signifie que l'administrateur peut éviter d'avoir à indemniser les victimes en les obligeant à prouver qu'un rejet ne s'est pas produit.

[114] Again, however, Canada's position here is based on its view that the Administrator was limited to considering only direct evidence as to the observation of discharges of oil, and was not entitled to make factual inferences based on other evidence before it. However, as I have found above, whether there was a discharge of oil is question of fact that must be answered by the Administrator while investigating and assessing the claim. A claimant wishing to rely on the five-year limitation period must provide sufficient evidence with its claim submission to convince the Administrator that it is more likely than not that no discharge occurred. Otherwise, they must hedge their bets by making a claim within the shorter two-year period provided for in paragraph 103(2)(a) to be sure that their claim will be admissible.

[114] Là encore, cependant, la thèse du Canada repose sur son opinion selon laquelle l'administrateur ne pouvait prendre en considération qu'une preuve directe de l'observation des rejets d'hydrocarbures et qu'il ne pouvait pas tirer d'inférences factuelles à partir d'autres éléments de preuve dont il disposait. Cependant, comme je l'ai conclu plus tôt, le fait de savoir s'il y a eu un rejet d'hydrocarbures ou non est une question de fait à laquelle doit répondre l'administrateur pendant qu'il fait enquête sur la demande en recouvrement de créance et qu'il l'évalue. Le demandeur qui souhaite invoquer le délai de prescription de cinq ans doit fournir suffisamment d'éléments de preuve avec sa demande en recouvrement de créance pour convaincre l'administrateur que, selon toute vraisemblance, aucun rejet ne s'est produit. Sinon, il doit couvrir ses arrières en présentant une demande dans le délai plus court de deux ans que prévoit l'alinéa 103(2)a) pour être sûr qu'elle sera admissible.

[115] Finally, as to the date of the occurrence, the Administrator may be faced with sporadic observations or evidence with significant temporal gaps. In those circumstances, it may not be possible to identify exactly when oil pollution damage occurred. The Administrator does not err in law where it identifies, based on the evidence, that a particular moment is a *terminus ante quem*:

[115] Enfin, pour ce qui est de la date de l'événement, l'administrateur peut être confronté à des observations ou à des preuves sporadiques, qui comportent d'importants écarts temporels. Dans ces circonstances, il est peut-être impossible de déterminer avec exactitude à quel moment les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont produits. L'administrateur ne

a moment before which oil pollution was likely to have occurred. Where the Administrator is satisfied on a balance of probabilities that the oil pollution damage did occur, and that it occurred more than two years prior to the filing of the claim, this is sufficient to dismiss the claim pursuant to paragraph 103(2)(b).

commet pas d'erreur en droit lorsqu'il détermine, à partir des éléments de preuve, qu'un moment particulier est un *terminus ante quem* : un moment avant lequel des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont vraisemblablement produits. Lorsque l'administrateur est convaincu selon la prépondérance des probabilités que les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures se sont bel et bien produits, et ce, plus de deux ans avant la date de présentation de la demande en recouvrement de créance, cela suffit pour rejeter la demande en application de l'alinéa 103(2)b).

iv. *Assessment of the evidence and decisions on the merits*

iv. *L'évaluation des éléments de preuve et des décisions sur le fond*

[116] This leads to the main question at issue in this matter, being whether the Administrator made a reviewable error in finding that discharges of oil had occurred and, therefore, that paragraph 103(2)(a) of the MLA applied and the CCG's subsection 103(1) claims were ineligible for compensation since they were made outside that limitation period.

[116] Cela nous amène à la principale question qui est en litige en l'espèce, soit celle de savoir si l'administrateur a commis une erreur susceptible de contrôle en concluant que des rejets d'hydrocarbures s'étaient produits et, de ce fait, que l'alinéa 103(2)a) de la LRM s'appliquait et que les demandes présentées par la GCC en vertu du paragraphe 103(1) ne pouvaient pas donner droit à une indemnisation parce qu'elles avaient été présentées en dehors de ce délai de prescription.

Canada's position

La position du Canada

[117] With respect to the *Miss Terri*, Canada acknowledges that in challenging a decision of the Administrator, the focus would normally be on the Administrator's final reasons. However, Canada submits that the Administrator dismissed the CCG's submissions made in response to the Administrator's draft reasons and simply "removed a number of problematic paragraphs, conclusions, and phrases that CCG had taken issue with". According to Canada, the removed portions of the draft reasons informed the Administrator's decision and must be taken into account.

[117] Pour ce qui est du *Miss Terri*, le Canada reconnaît que, pour contester une décision de l'administrateur, on mettrait habituellement l'accent sur ses motifs définitifs. Cependant, soutient-il, l'administrateur a rejeté les arguments invoqués par la GCC en réponse à son ébauche de motifs et il a tout simplement [TRADUCTION] « supprimé un certain nombre de paragraphes, de conclusions et de passages problématiques que la GCC avait remis en question ». Selon le Canada, les éléments retirés de l'ébauche de motifs éclairaient la décision de l'administrateur et ils doivent être pris en compte.

[118] Canada submits that the most important conclusion made by the Administrator is its admission that "[n]owhere in the evidence or the narrative is there an explicit observation of oil in the water originating from the vessel". According to Canada, this ought to have been the end of the analysis as there is no "actual evidence" of oil pollution damage, thus paragraph 103(2)(b) limitation period

[118] Le Canada soutient que la conclusion la plus importante que l'administrateur a tirée est son admission que [TRADUCTION] « nulle part dans la preuve ou l'exposé circonstancié relève-t-on une observation explicite d'hydrocarbures présents dans l'eau venant du navire ». Selon le Canada, cela aurait dû mettre fin à l'analyse, car il n'existe aucune [TRADUCTION] « preuve réelle »

should have been applied. Canada submits that even on the standard of "likelihood", the evidence does not meet that standard. Further, Canada submits that in the draft reasons, to overcome the lack of actual evidence, the Administrator conceived of a "washing mechanism" to explain the lack of observed oil in the water. Further, accepting the Administrator's reasoning regarding the triggering date of the limitation period would mean that the Administrator could have determined "that the limitations clock began to run on (or "before") almost any date, even many years prior". As there was no actual evidence of oil pollution damage, and the Administrator could not reasonably rely on floating, unspecific dates for possible occurrences to deny claims.

de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, et, de ce fait, c'est le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)b) qu'il aurait fallu appliquer. Le Canada fait valoir que, même selon la norme de la « probabilité », la preuve n'y satisfait pas. De plus, dans l'ébauche de motifs, pour surmonter l'absence de preuve réelle, l'administrateur a conçu un [TRADUCTION] « mécanisme de lavage » pour expliquer l'absence d'hydrocarbures observés dans l'eau. De plus, le fait de souscrire au raisonnement de l'administrateur quant à la date de déclenchement du délai de prescription voudrait dire que celui-ci aurait pu décider que [TRADUCTION] « le délai de prescription a commencé à courir à (ou « avant ») presque n'importe quelle date, voire de nombreuses années plus tôt ». Comme il n'y avait aucune preuve réelle de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, l'administrateur ne pouvait pas se fonder raisonnablement sur les dates imprécises, ou flottantes, d'éventuels événements pour rejeter les demandes en recouvrement de créance.

[119] With respect to the *Stelie II*, Canada submits that the Administrator accepted that there was no direct evidence of oil discharge. In light of the CCG's credible evidence that it acted in anticipation of oil pollution damage and no discharge occurred, this should again have been the end of the analysis and the paragraph 103(2)(b) limitation period should have been applied to permit the CCG's claim. Instead, the Administrator speculated whether a discharge may have occurred regardless of the CCG's evidence, which it otherwise accepted. Canada submits that if the Administrator's approach is accepted, "the limitation period for claims for compensation begins to accrue at an unknowable time subject to the whims of the Administrator".

[119] Quant au *Stelie II*, le Canada soutient que l'administrateur a admis qu'il n'y avait aucune preuve directe de rejet d'hydrocarbures. À la lumière de la preuve digne de foi de la GCC qu'elle avait agi en prévision de dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et qu'aucun rejet ne s'était produit, ce fait aurait dû, là encore, mettre fin à l'analyse et il aurait fallu appliquer le délai de prescription prévu à l'alinéa 103(2)b) pour faire droit à la demande en recouvrement de créance de la GCC. Au lieu de cela, l'administrateur s'est demandé s'il ne s'était peut-être pas produit un rejet malgré la preuve de la GCC, qu'il a par ailleurs admise. Le Canada ajoute que si l'on retenait la démarche de l'administrateur [TRADUCTION] « le délai de prescription qui s'applique aux demandes en recouvrement de créance commence à courir à un moment inconnaissable, au gré des caprices de l'administrateur ».

[120] Canada dismisses the Administrator's findings about open oil containers on deck because the Administrator describes no mechanism for this oil to find its way into the harbour, as opposed to contained areas of the vessel, and because there is no evidence that a spill from those containers actually occurred. Canada submits that while the Administrator appears to have accepted

[120] Le Canada rejette les conclusions que l'administrateur a tirées au sujet des contenants d'huile ouverts qui se trouvaient sur le pont parce qu'il ne décrit pas comment ces hydrocarbures finissent par se retrouver dans le port, plutôt que dans des compartiments fermés du navire, et parce qu'il n'y a aucune preuve qu'un déversement d'huile de ces contenants s'est réellement

the CCG's evidence that the intake hose was placed deep enough in the *Stelie II* so as not to discharge the oil floating on the surface of the ingress water, the Administrator displayed a clear tendency to grasp for any theory that would cast doubt upon the CCG's version of events and deny its claim. Specifically, that because the vessel's timbers were found on deconstruction to be generally contaminated by oil, the timbers would have discharged oil into the water within the vessel which would have been pumped into the harbour.

[121] Canada submits that while the evidence may have "cast doubt" about whether a discharge occurred, the evidence fell well short of evidence that a discharge actually occurred. In such situations the purpose of the MLA and its limitation periods required that paragraph 103(2)(b) apply. Canada further submits that the secondary finding regarding the likely spill of open oil containers was presented only to "bolster" the Administrator's primary position regarding the pumping operations; this suggests that the Administrator was primarily interested in casting doubt on the CCG's account of events and developing any theory available to deny the CCG's claim. This is the positioning of an adversarial litigant and not in keeping with the nature and purpose of the SOPF. Canada submits that the Administrator insists that unless each of its theories about possible oil pollution discharges are disproven, they should be assumed to have occurred, which frustrates the purpose of SOPF and is untenable at law. Canada submits that this approach demonstrates reviewable error.

Administrator's position

[122] The Administrator submits that the balance of probabilities standard was the correct standard and was applied in determining that oil discharges were "probably" or "likely" caused by both vessels. The Administrator properly assessed and relied upon indirect

produit. Le Canada ajoute que même si l'administrateur semble avoir admis la preuve de la GCC, à savoir que le boyau d'aspiration avait été descendu à une profondeur suffisante dans le *Stelie II* pour ne pas rejeter les hydrocarbures qui flottaient à la surface de l'eau infiltrée, l'administrateur a fait montre d'une tendance évidente à se jeter sur n'importe quelle théorie qui mettrait en doute la version des faits de la GCC et à rejeter sa demande en recouvrement de créance. Plus précisément, étant donné qu'il a été découvert au moment de la déconstruction que la charpente du navire était généralement contaminée par des hydrocarbures, cette charpente aurait rejeté des hydrocarbures dans l'eau présente à bord du navire et cette eau aurait été rejetée par pompage dans le port.

[121] Le Canada fait valoir que même si la preuve a pu avoir [TRADUCTION] « semé un doute » quant à la question de savoir si un rejet s'était produit, cette preuve était bien loin d'établir qu'un rejet s'était effectivement produit. Dans de telles situations, l'objet de la LRM et ses délais de prescription exigeaient que l'alinéa 103(2)b) s'applique. Le Canada ajoute que la conclusion secondaire concernant le déversement probable de contenants d'huile ouverts n'a été présentée que pour [TRADUCTION] « renforcer » la position principale de l'administrateur à propos des opérations de pompage; cela dénote que celui-ci se souciait principalement de jeter un doute sur le récit des faits de la GCC et d'expliciter n'importe quelle théorie disponible pour rejeter la demande de la GCC. Il s'agit là de la position d'une partie adverse, ce qui ne cadre pas avec la nature et les objets de la CIDPHN. Le Canada soutient que l'administrateur insiste pour dire qu'à moins que l'on réfute chacune de ses théories au sujet d'éventuels rejets d'hydrocarbures, il faut présumer que ces derniers se sont produits, ce qui fait échec à l'objet de la CIDPHN et est indéfendable en droit. Selon le Canada, cette démarche est le signe d'une erreur susceptible de contrôle.

La position de l'administrateur

[122] L'administrateur fait valoir que la norme de la prépondérance des probabilités était celle qui convenait et qu'elle a été appliquée pour déterminer que des rejets d'hydrocarbures avaient [TRADUCTION] « probablement » ou [TRADUCTION] « vraisemblablement » été

or circumstantial evidence in order to make factual inferences; the overall conclusion that oil was discharged was appropriate on the evidence. The Administrator's conclusions resulted from a weighing of the evidence and arguments, including the absence of recorded observations of oil discharge. The Administrator submits that Canada merely disagrees with the Administrator's weighing of the issues and the ultimate conclusions—but that this is insufficient to overturn the underlying decisions.

causés par les deux navires. Il a évalué correctement des éléments de preuve indirects ou circonstanciels et il s'est fondé sur ceux-ci pour tirer des inférences factuelles; la conclusion générale selon laquelle il y a eu des rejets d'hydrocarbures était appropriée au vu de la preuve. Les conclusions que l'administrateur a tirées découlaient d'une appréciation des éléments de preuve fournis et des arguments avancés, y compris l'absence d'observations consignées de rejets d'hydrocarbures. Il fait valoir que le Canada n'est tout simplement pas d'accord avec la manière dont il a apprécié les questions en litige et les conclusions ultimes — mais que cela ne suffit pas pour invalider les décisions sous-jacentes.

[123] With respect to the *Miss Terri*, the ship's bilge pumps had been operating excessively for months. There was also extensive evidence of oil contamination in areas of the vessel underneath a deck which would allow significant quantities of rain water to enter, and the bilge systems in those areas were observed to be oily. The Administrator inferred that water which entered these contaminated areas during rainy weather had then been pumped overboard by the bilge pumps which were frequently operating to keep the vessel afloat. The Administrator submits that, absent allegations of bias or procedural unfairness, it is not appropriate to look behind the decisions under appeal. However, any changes between the draft reasons and the final reasons were made in response to the CCG's submissions that factual findings should be grounded in the evidence. In that light, removal of the impugned sections of the draft reasons reflects the fact that there were no observations of the *Miss Terri* at the critical time for the purposes of the limitation period (between February 23, 2018 and September 4, 2018).

[123] En ce qui concerne le *Miss Terri*, les pompes de cale du navire fonctionnaient de manière excessive depuis des mois. Il y avait aussi d'abondantes preuves de contamination par les hydrocarbures dans des compartiments du navire qui se trouvaient sous le pont, ce qui aurait permis à de grandes quantités d'eau de pluie de s'infiltrer, et il a été constaté que les systèmes de cale dans ces compartiments étaient huileux. L'administrateur en a déduit que l'eau qui s'était infiltrée dans ces compartiments contaminés par temps de pluie avait été pompée par-dessus bord par les pompes de cale, qui fonctionnaient souvent de façon à maintenir le navire à flot. L'administrateur soutient que, à défaut d'allégations de partialité ou d'inéquité procédurale, il n'y a pas lieu d'examiner ce qui sous-tend les décisions portées en appel. Cependant, tout changement effectué entre l'ébauche de motifs et les motifs définitifs a été fait en réponse aux observations de la GCC selon lesquelles les conclusions factuelles devraient être fondées sur la preuve. Dans ce contexte, la suppression des passages contestés de l'ébauche de motifs reflète le fait qu'il n'y pas eu d'observations du *Miss Terri* au moment critique pour les besoins du délai de prescription (entre le 23 février 2018 et le 4 septembre 2018).

[124] With respect to the *Stelie II*, the Administrator submits that it formed the suspicion that water ingress was pumped directly from the engine room into the harbour. There was little evidence on the point but, in correspondence between counsel, the CCG admitted that the suspicion was well founded. There was, therefore, an obvious inference that a discharge of oil had occurred

[124] Pour ce qui est du *Stelie II*, l'administrateur soutient qu'il a soupçonné que l'eau infiltrée avait été pompée directement depuis la salle des machines jusque dans le port. Il y avait peu d'éléments de preuve sur ce point, mais, lors d'échanges entre avocats, la GCC a admis que le soupçon était bien fondé. Il y avait donc une inférence évidente qu'un rejet d'hydrocarbures s'était produit,

which Canada purported to dispel by asserting that various techniques had been successfully used to prevent any oil from being discharged. The CCG's submission without evidence was not accepted and the Administrator concluded that pumping the water ingress into the harbour also resulted in a discharge of oil.

Analysis

[125] In these matters, Canada's basic and underlying premise is that the Administrator's interpretation of section 103 of the MLA was not correct because, to find that oil pollution occurred, there must be some "actual evidence" of an occurrence. As I have found above, Canada's position that the Administrator is limited to a consideration of direct evidence—witness observation—to make a factual determination that a discharge of oil pollution occurred is not well founded. Further, the Administrator correctly identified the standard of proof applicable to findings of fact or factual inferences as the balance of probabilities.

[126] Therefore, this is also not a circumstance, as Canada submits, where the mischaracterisation of a legal test can be said to have "infected or tainted" underlying findings of fact to which a legal test is applied, and therefore that the interpretation of the evidence as a whole can be rejected absent a palpable and overriding error and the correctness standard applied (referencing *Housen*, at paragraphs 33–35; but see also *Teal Cedar Products Ltd. v. British Columbia*, 2017 SCC 32, [2017] 1 S.C.R. 688, at paragraphs 43–44).

Miss Terri

[127] In my view, the Administrator did not commit a palpable and overriding error in finding that the *Miss Terri* probably discharged oil prior to September 4, 2018 and, therefore, that the paragraph 103(2)(a) limitation period applied.

rejet que le Canada avait voulu réfuter en affirmant que l'on avait eu recours avec succès à diverses techniques pour prévenir tout rejet d'hydrocarbures. L'argument de la GCC, formulé sans preuve, n'a pas été retenu, et l'administrateur a conclu que le fait de rejeter dans le port, par pompage, de l'eau infiltrée avait causé aussi un rejet d'hydrocarbures.

Analyse

[125] Dans les affaires dont il est question en l'espèce, la prémisse sous-jacente et fondamentale du Canada est que l'administrateur a interprété l'article 103 de la LRM de manière inexacte, car, pour conclure à une pollution par les hydrocarbures, il faut qu'il y ait une [TRADUCTION] « preuve réelle » qu'un événement est survenu. Comme je l'ai conclu plus tôt, la position du Canada selon laquelle l'administrateur ne peut prendre en considération qu'une preuve directe — une observation faite par un témoin — pour tirer une conclusion factuelle selon laquelle un rejet de pollution par les hydrocarbures s'est produit est mal fondée. De plus, l'administrateur a indiqué correctement la norme de preuve qui s'applique aux conclusions de fait ou aux inférences de fait comme étant celle de la prépondérance des probabilités.

[126] Il ne s'agit donc pas non plus d'une situation dans laquelle, comme le soutient le Canada, on peut dire que la qualification erronée d'un critère juridique a « entaché ou vicié » les conclusions de fait sous-jacentes auxquelles s'applique un critère juridique et, de ce fait, il est possible de rejeter l'interprétation de la preuve dans son ensemble, à moins qu'il existe une erreur manifeste et dominante et que c'est la norme de la décision correcte qui s'applique (référence faite à *Housen*, aux paragraphes 33–35; mais voir aussi *Teal Cedar Products Ltd. c. Colombie-Britannique*, 2017 CSC 32, [2017] 1 R.C.S. 688, aux paragraphes 43–44).

Le *Miss Terri*

[127] À mon avis, l'administrateur n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que le *Miss Terri* avait probablement rejeté des hydrocarbures avant le 4 septembre 2018 et que, de ce fait, le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)a) s'appliquait.

[128] The Administrator referred to the *Miss Terri* Survey Report, submitted by the CCG, in reaching the conclusion that it was more probable than not that a discharge, or more likely multiple discharges, occurred prior to September 4, 2018, as a result of rain water entering the vessel, becoming contaminated with oil and then pumped overboard.

[129] The *Miss Terri* Survey Report section concerning the hull and deckhouse includes that:

> The deck remains as laid fir planks that are caulked and payed. Most of the paying compound appears to be missing across the decks and there are many places where the deck planks are locally going soft &/or actively rotting.

[130] The section of the survey report concerning the internal condition and machinery of the vessel includes the finding that the machinery space and foc's'le bilges "are moderately fouled with oil".

[131] The report includes a summary, as follows:

> Significant Aspects to Condition:
>
> 1. Planking along the port side at or just above the waterline has significant soft spots along the plank seams and sections of seams in way with missing paying compound and the caulking very loose such that a knife or slim screwdriver can easily be buried to the depth of the planking.
>
> 2. The regular cycling of the bilge pumps in the aft hold indicate either a general state of advancing underwater seam and caulking degradation or an area of plank damage.
>
> 3. The hull has possibly been externally impacted on port side, aft of amidships to disturb the planking and ribs and fracture the fish-hold linings in way.

[128] L'administrateur a fait référence au Rapport d'inspection du *Miss Terri*, présenté par la GCC, pour arriver à la conclusion que, selon toute vraisemblance, un rejet, ou, fort probablement, de multiples rejets, s'étaient produits avant le 4 septembre 2018, parce que de l'eau de pluie s'était infiltrée dans le navire, elle avait été contaminée par des hydrocarbures et elle avait ensuite été pompée par-dessus bord.

[129] La section du Rapport d'inspection du *Miss Terri* qui porte sur la coque et le rouf du navire indique notamment ce qui suit :

> [TRADUCTION] Le pont est constitué de planches de pin calfeutrées et recouvertes d'enduit. La majeure partie du composé servant d'enduit semble avoir disparu sur les planches et il y a de nombreux endroits où les planches du pont se ramollissent ou pourrissent activement.

[130] La section du Rapport d'inspection qui porte sur l'état interne et la machinerie du navire comporte la conclusion que l'espace réservé aux machines et les fonds du pont avant [TRADUCTION] « sont modérément pollués par des hydrocarbures ».

[131] Le Rapport comporte un sommaire :

> [TRADUCTION]
>
> Aspects importants de l'état :
>
> 1. Les planches situées du côté bâbord à la hauteur de la ligne de flottaison, ou juste au-dessus, comportent d'importants endroits mous le long des joints de bordage et, dans certaines sections, il manque d'enduit et le calfeutrage est très lâche, de sorte que l'on peut facilement enfoncer un couteau ou un tournevis mince jusqu'à la profondeur des planches.
>
> 2. Le fonctionnement régulier des pompes de cale dans la soute arrière indique soit un état général de dégradation avancée des jointures et du calfeutrage situés sous l'eau, soit une zone où les planches sont endommagées.
>
> 3. La coque a possiblement été heurtée à l'extérieur du côté bâbord, en arrière du milieu, et cela a perturbé les planches et les membrures et rompu le revêtement intérieur des cales à poisson.

4. The state of the exterior decks all around the vessel allow rain water to easily enter the hull in significant quantities.

5. Various aspects to the vessel's piping systems, outfit and condition are considered to combine such that leaking into any of the normally watertight spaces can eventually back-flood into all of the spaces and essentially, the hull is one big flotation space without any watertight separation remaining.

[132] The Administrator found the state of the deck to be important and referred to the finding above by the surveyor that the "state of the exterior decks all around the vessel allow rain water to easily enter the hull in significant quantities". The Administrator also included photographs of the deck taken from the survey report and found that based on these, the surveyor's observations and conclusions with respect to the vessel's deck were "likely correct". Based on this, the Administrator found that, on the balance of probabilities, when rain fell on the vessel it would have penetrated the deck, entered the below-deck spaces throughout the vessel.

[133] The Administrator also noted that *Miss Terri* Survey Report informed that the machinery space and forecastle bilges were "moderately fouled with oil" and that photographs from that report showed oily bilges in the main engine, forecastle and stern gland areas of the vessel. Photographs taken by Saltair during the course of deconstruction of the vessel showed the condition of the vessel, including the presence of oily contaminants, oily debris, and oil-saturated wood (all of the referenced photographs are included in the Administrator's decision). Based on this, the Administrator accepted that both the machinery space and the forecastle space were contaminated with oil such that water coming into contact with those spaces would also become contaminated by oil. Further, the Administrator noted that there was no evidence that the oily state of the vessel significantly changed between February 23, 2018 and when it was surveyed on September 18, 2018.

4. L'état des ponts extérieurs, tout autour du navire, permet à l'eau de pluie de s'infiltrer facilement, et en grandes quantités dans la coque.

5. Divers aspects de la tuyauterie des systèmes hydrauliques et de l'état du navire sont considérés comme se combinant, de telle sorte qu'une fuite dans n'importe lequel des compartiments habituellement étanches peut finir par inonder par reflux la totalité des compartiments; essentiellement, la coque est un grand espace de flottaison dans lequel il ne reste plus de séparations étanches à l'eau.

[132] L'administrateur a jugé que l'état du pont était important et il a fait référence à la conclusion tirée par l'inspecteur, reproduite ci-dessus, à savoir que [TRADUCTION] « l'état des ponts extérieurs, tout autour du navire, permet à l'eau de pluie de s'infiltrer facilement, et en grandes quantités, dans la coque ». Il a également inclus des photographies du pont tirées du Rapport d'inspection et il a conclu qu'au vu de ces dernières les observations et les conclusions de l'inspecteur au sujet du pont du navire étaient [TRADUCTION] « vraisemblablement exactes ». À partir de cela, il a estimé que, selon la prépondérance des probabilités, quand de la pluie était tombée sur le navire elle avait pénétré le pont et était entrée dans les compartiments situés sous ce dernier, d'un bout à l'autre du navire.

[133] L'administrateur a aussi fait remarquer que le Rapport d'inspection du *Miss Terri* indiquait que l'espace réservé aux machines et les fonds du pont avant étaient [TRADUCTION] « modérément pollués par des hydrocarbures » et que les photographies tirées du rapport montraient des fonds huileux dans les compartiments du moteur principal, du pont avant et de l'arrière du navire. Les photographies prises par Saltair pendant la déconstruction du navire montraient l'état dans lequel il se trouvait, dont la présence de contaminants huileux, de débris huileux et de bois saturé d'huile (toutes les photographies auxquelles il est fait référence sont incluses dans la décision de l'administrateur). S'appuyant sur ces informations, l'administrateur a admis que tant le compartiment machines que le compartiment avant étaient contaminés par des hydrocarbures, et que l'eau entrant en contact avec ces compartiments aurait elle aussi été contaminée. De plus, il a signalé qu'il n'y avait aucune

preuve que l'état huileux du navire avait nettement changé entre le 23 février 2018 et la date de son inspection, soit le 18 septembre 2018.

[134] The Administrator noted that when the CCG ER arrived at Discovery Harbour on February 23, 2018, the vessel's pumps were operating continuously. The CCG placed additional pumps on board. The Administrator acknowledged that there was no direct evidence as to what happened to the vessel between then and September 2018. However, the Administrator had already found that it was more likely than not that when rain fell on the vessel that it penetrated the deck, became contaminated with oil and then was then discharged by pumps located in the stern of the vessel. The Administrator also accepted that between February 23 and September 3, 2018, significant rainfall would have occurred at the vessel's location on multiple occasions. Therefore, it was more likely than not that discharges of oil pollution would have occurred many times prior to September 2018.

[134] L'administrateur a signalé que quand l'équipe d'IE GCC est arrivée au port de Discovery le 23 février 2018, les pompes du navire fonctionnaient sans arrêt. La GCC a mis en place d'autres pompes à bord du navire. L'administrateur a reconnu qu'il n'avait aucune preuve directe quant à ce qui était arrivé au navire entre ce moment-là et le mois de septembre 2018. Cependant, il avait déjà conclu que, selon toute vraisemblance, quand de la pluie tombait sur le navire elle s'infiltrait dans le pont, était contaminée par des hydrocarbures et était ensuite rejetée par les pompes situées sur la poupe du navire. L'administrateur a également admis qu'entre le 23 février et le 3 septembre 2018, des pluies abondantes seraient tombées à de multiples occasions à l'endroit où se trouvait le navire. De ce fait, selon toute vraisemblance, des rejets de pollution par les hydrocarbures se seraient produits de nombreuses fois avant septembre 2018.

[135] It is also of note that the CCG's narrative, submitted in support of its claim, reports that the *Miss Terri's* bilge pumps were operating continuously on February 23, 2018 to keep the vessel afloat. After additional bilge pumps were installed by the CCG ER, water ingress continued, and the pumps were reported to be pumping water 30 minutes a day, twice a day. The situation degraded over time, and by September 11, 2018, pumps were operating 30 minutes of every hour. By September 18, 2018, the pumps were again operating continuously to discharge water ingress. The Administrator also noted there were multiple and significant rainfalls between February 23 and September 3, 2018. While it is not apparent from the record where this information came from, it is not challenged by Canada.

[135] Il convient également de signaler que l'exposé circonstancié de la GCC, présenté à l'appui de sa demande en recouvrement de créance, signale que les pompes de cale du *Miss Terri* fonctionnaient sans arrêt le 23 février 2018 pour maintenir le navire à flot. Après que l'équipe d'IE GCC a mis en place d'autres pompes de cale, l'infiltration d'eau s'est poursuivie et il a été signalé que les pompes rejetaient de l'eau deux fois par jour, durant 30 minutes. La situation s'est dégradée à la longue et, le 11 septembre 2018, les pompes fonctionnaient toutes les heures, durant 30 minutes. Le 18 septembre 2018, les pompes fonctionnaient une fois de plus sans interruption pour rejeter l'eau infiltrée. L'administrateur a également fait remarquer qu'il y avait eu des chutes de pluie multiples et importantes entre le 23 février et le 3 septembre 2018. Le dossier n'indique pas clairement d'où provenait cette information, mais le Canada ne la conteste pas.

[136] The Administrator noted that there was no evidence that the state of the vessel, its layout, or its oily state changed significantly after February 23, 2018, when the bilge pumps were installed and September 18,

[136] L'administrateur a signalé qu'il n'y avait aucune preuve que l'état du navire, son aménagement ou son état huileux avait nettement changé après le 23 février 2018, quand les pompes de cale ont été mises en place,

2018, when it was inspected by the marine surveyor. In other words, the Administrator was aware that the condition of the vessel on September 18, 2018 was not direct evidence of its condition prior to September 4, 2018 (the date two years before CCG submitted its claim).

[137] Regardless, the above was all evidence that supported the Administrator's inference that water ingress through the decks into the below-deck spaces would have become contaminated by oil and then been pumped overboard by the bilge pumps at least once, and likely on multiple occasions, by September 4, 2018.

[138] I note that Canada's response to the draft decision of the Administrator does not take issue with the findings of the *Miss Terri* Survey Report or the Administrator's reliance on those findings. Instead, counsel took the view that when the vessel was assessed on February 23, 2018, monitoring or a response were not effected because the CCG ER did not consider that the vessel reached the threat level of "may discharge" as set out in section 180 of the CSA. Further, Canada noted that the CCG's actions at that time were not a response but, even if the Administrator thought otherwise, since no pollution was observed at that time, the five-year limitation period (paragraph 103(2)(b)) should apply commencing to run on February 23, 2018. Further, when circumstances changed in September 2018, the CCG responded and took steps to mitigate the risk. No pollution was observed at that time. Therefore, the five-year limitation period should apply commencing on September 18, 2018. In short, the CCG's position was that because no oil pollution damage was observed, the five-year limitation period applied.

[139] In its decision, the Administrator acknowledged the CCG's position that it handled the incident in

et le 18 septembre 2018, quand le navire a été inspecté par l'expert maritime. Autrement dit, l'administrateur était au courant que l'état dans lequel se trouvait le navire le 18 septembre 2018 n'était pas une preuve directe de l'état dans lequel il se trouvait avant le 4 septembre 2018 (deux ans avant que la GCC présente sa demande en recouvrement de créance).

[137] Quoi qu'il en soit, les informations qui précèdent sont toutes des éléments de preuve qui étayaient l'inférence de l'administrateur selon laquelle l'eau infiltrée par le pont dans les compartiments situés sous ce dernier aurait été contaminée par des hydrocarbures et ensuite pompée par-dessus bord par les pompes de cale au moins une fois, et vraisemblablement à de multiples reprises, avant le 4 septembre 2018.

[138] Je signale que la réponse du Canada à l'ébauche de décision de l'administrateur ne conteste pas les conclusions du Rapport d'inspection du *Miss Terri* ou le fait que l'administrateur se soit fondé sur ces conclusions. Ses avocats ont plutôt exprimé l'avis que, lorsque l'état du navire a été évalué le 23 février 2018, cela n'a pas eu d'incidence sur les opérations de surveillance ou d'intervention parce que l'équipe d'IE GCC n'a pas considéré que le navire avait atteint le niveau de menace qu'illustrent les mots « pourrait rejeter », qui sont énoncés à l'article 180 de la LMMC. De plus, le Canada a fait remarquer que les mesures prises par la GCC à cette époque n'étaient pas une intervention, mais que, même si l'administrateur a pensé le contraire, vu qu'aucune pollution n'avait été observée à ce moment-là, le délai de prescription de cinq ans (alinéa 103(2)b)) devrait s'appliquer et commencer à courir le 23 février 2018. De plus, quand la situation a changé en septembre 2018, la GCC est intervenue et a pris des mesures pour atténuer le risque. Aucune pollution n'a été observée à ce moment-là. Par conséquent, le délai de prescription de cinq ans devrait s'appliquer à partir du 18 septembre 2018. En bref, la position de la GCC était la suivante : étant donné qu'aucun dommage dû à la pollution par les hydrocarbures n'avait été observé, c'était le délai de prescription de cinq ans qui s'appliquait.

[139] Dans sa décision, l'administrateur a pris acte de la position de la GCC selon laquelle elle avait réagi à

accordance with threat assessment criteria in accordance with the CSA and the CCG's position that there was no evidence that a discharge occurred. The Administrator stated that the use of the CSA threat assessment by the CCG was understandable but the Administrator did not agree that those criteria had any bearing on when the limitation period began to run. The Administrator further noted that the CCG's response did not alter the Administrator's factual determinations in that regard.

[140] As discussed above, in its submissions in this matter, Canada relies primarily on the lack of "actual evidence" of a discharge of oil pollution, challenges the utilization of the balance of probabilities standard by the Administrator and the Administrator's reliance on other sources of indirect evidence in making inferences of fact. It does not take issue with the content of the *Miss Terri* Survey Report or other evidence relied upon by the Administrator in making its factual inferences. Indeed, Canada "agrees that the evidence demonstrates the vessel itself was in poor shape … was contaminated with oil and at risk of sinking" based on the CCG ER's observations and those of the surveyor. Canada submits that "despite the clear evidence that the hull itself was contaminated with oil, no one – and this includes the CCG personnel, various harbour masters, and the marine surveyors – noted *any oil in the water*". Also, while Canada takes issue with the "washing mechanism" theory of events advanced by the Administrator in the draft decision—"to overcome the lack of actual evidence"—this theory of events was removed from the final decision.

[141] Canada also submits that from February 2018 until the vessel was removed from the water, it was being closely observed either by the CCG, a harbour master (February 23–September 18, 2018) or by Saltair (September 18, 2018 to November 6, 2018 when the vessel was removed from the water). However, the narrative submitted by the CCG to the Administrator places the CCG ER on scene on only two dates—February, 23,

l'incident conformément aux critères d'évaluation de menace prévus par la LMMC, ainsi que de la position de la GCC selon laquelle il n'y avait aucune preuve qu'un rejet s'était produit. Il a déclaré que l'évaluation de menace faite par la GCC en vertu de la LMMC était compréhensible, mais il n'a pas convenu que ces critères avaient une incidence quelconque sur le moment où commençait à courir le délai de prescription. Il a de plus signalé que l'intervention de la GCC ne changeait pas les conclusions factuelles qu'il avait tirées à cet égard.

[140] Comme nous l'avons vu plus tôt, dans ses observations en l'espèce, le Canada se fonde principalement sur l'absence de [TRADUCTION] « preuve réelle » d'un rejet de pollution par les hydrocarbures, et il conteste l'application, par l'administrateur, de la norme de la prépondérance des probabilités, ainsi que le fait que ce dernier s'est fondé sur d'autres sources de preuve indirectes pour tirer des inférences de fait. Le Canada ne conteste pas le contenu du Rapport d'inspection du *Miss Terri* ou les autres éléments de preuve sur lesquels l'administrateur s'est fondé pour tirer ses inférences factuelles. En fait, le Canada [TRADUCTION] « convient que la preuve établit que le navire lui-même était en mauvais état […] était contaminé par des hydrocarbures et risquait de couler », d'après les observations de l'équipe d'IE GCC et celles de l'expert maritime. Le Canada soutient que [TRADUCTION] « malgré la preuve évidente que la coque elle-même était contaminée par des hydrocarbures, personne – et cela inclut le personnel de la GCC, divers directeurs de port, et les experts maritimes – n'a constaté la présence d'hydrocarbures dans l'eau ». De plus, même si le Canada met en doute la thèse du [TRADUCTION] « mécanisme de lavage » que l'administrateur a avancée dans l'ébauche de décision — [TRADUCTION] « pour surmonter le manque de preuve réelle » — cette thèse a été retirée de la décision définitive.

[141] Le Canada soutient également qu'entre le mois de février 2018 et la date à laquelle il a été retiré de l'eau, le navire a été observé de près par la GCC, par un directeur de port (du 23 février au 18 septembre 2018) ou par Saltair (du 18 septembre 2018 au 6 novembre 2018, date à laquelle le navire a été retiré de l'eau). Cependant, l'exposé circonstancié que la GCC a présenté à l'administrateur situe l'équipe d'IE GCC sur les

2018 and, in relation to another matter, September 11, 2018. The CCG's response to the Administrator's draft reasons states that there was no monitoring/response by the CCG following February 23, 2018 because the vessel did not reach the threat level of "may discharge" at that time. The CCG did not provide any further information or evidence from the harbour master describing its monitoring of the vessel or confirming, for example, that a daily observation was made and that there was no discharge of oil pollution from the vessel.

[142] The difficulty here is that the CCG, in responding to the Administrator's draft reasons, did not provide further information to confirm that the vessel was closely monitored on a daily basis and that no discharge occurred. Nor did the CCG dispute that there was rain ingress through the vessel's deck into oiled spaces below and that water ingress was being pumped overboard by bilge pumps in the vessel's stern. Despite its expertise, the CCG also did not put forward a technical explanation of why, in that circumstance, oil would not have been pumped overboard. Rather, the CCG's position is simply that if no one observed oil in the marine environment then the Administrator cannot prove that it happened because the Administrator is not entitled to make inferences of fact based on the evidence before it. As discussed above, I do not agree with that position.

[143] Finally, although the Administrator did not specify the date on which it became more likely than not that a discharge occurred, it was not merely speculating or relying on a "floating" date in order to deny the claim as Canada asserts. The Administrator did not need to make a specific finding on whether the discharge(s) occurred on September 3, 2018 or at some point prior to that, as it was not consequential for the success of the CCG's claim, and would not impact the result (*Wewaykum*, at paragraphs 127 and 129*; Deng*, at paragraph 31). Canada's submission, that the Administrator could choose any arbitrary past date and say that an oil

lieux à deux dates seulement : le 23 février 2018 et, en lien avec une autre affaire, le 11 septembre 2018. Dans sa réponse à l'ébauche de motifs de l'administrateur, la GCC indique qu'elle n'a procédé à aucune opération de surveillance / intervention après le 23 février 2018, car, à ce moment-là, le navire n'avait pas atteint le niveau de menace qu'illustrent les mots « peut rejeter ». La GCC n'a pas fourni d'autres informations ou éléments de preuve de la part du directeur du port qui décriraient sa surveillance du navire ou qui confirmeraient, par exemple, que le navire avait été observé tous les jours et qu'il n'y avait eu aucun rejet de pollution par les hydrocarbures venant du navire.

[142] La difficulté ici est que la GCC, en répondant à l'ébauche de motifs de l'administrateur, n'a pas fourni plus de renseignements pour confirmer que le navire avait été surveillé de près tous les jours et qu'aucun rejet ne s'était produit. La GCC n'a pas contesté non plus que de l'eau de pluie s'était infiltrée par le pont du navire dans les compartiments huileux situés en dessous de celui-ci et que des pompes de cale, situées dans la poupe du navire, pompaient l'eau infiltrée par-dessus bord. Malgré son expertise, la GCC n'a pas non plus expliqué en termes techniques pourquoi, dans cette circonstance, des hydrocarbures n'auraient pas été pompés par-dessus bord. La position de la GCC est simplement la suivante : si personne n'a observé des hydrocarbures dans le milieu marin, il s'ensuit que l'administrateur ne peut pas prouver que cela s'est produit parce que celui-ci n'est pas en droit de tirer des inférences factuelles à partir des éléments de preuve dont il dispose. Comme nous l'avons vu plus tôt, je ne suis pas d'accord avec cette position.

[143] Enfin, bien que l'administrateur n'ait pas précisé la date à laquelle, selon toute vraisemblance, un rejet s'est produit, il ne faisait pas que conjecturer ou se fonder sur une date [TRADUCTION] « flottante » pour rejeter la demande en recouvrement de créance, comme l'affirme le Canada. Il n'avait pas besoin de tirer une conclusion précise sur le fait de savoir si le ou les rejets s'étaient produits le 3 septembre 2018 ou à une date antérieure, car cela était sans conséquence pour le succès de la demande en recouvrement de créance de la GCC et n'aurait pas eu d'incidence sur le résultat (*Wewaykum*, aux paragraphes 127 et 129*; Deng*, au paragraphe 31).

discharge occurred at that time, is without merit. The Administrator was required to, and did, base its inferred findings of fact as to the timeline of the discharge(s) on the evidence before it.

[144] In conclusion, given the foregoing, I am "hard pressed" to find a palpable and overriding error (*Housen*, at paragraphs 22–23) in the Administrator's determination. The Administrator assessed and weighed the available evidence as to the condition of the vessel and the environmental conditions at the relevant times in determining whether a discharge occurred. This is not reliance on "speculation" or on "no evidence"—rather, it was an informed factual inference based on the evidence before the Administrator, which evidence is not challenged by Canada. There was no reviewable error in this approach and Canada has not demonstrated that the Administrator made a palpable and overriding error when inferring that a discharge of oil pollution occurred prior to September 4, 2018.

Stelie II

[145] In my view, the Administrator also did not commit a palpable and overriding error in determining, with respect to the *Stelie II*, that a discharge of oil likely occurred between March 23, 2016 and March 26, 2016. The Administrator pointed to two potential sources of discharge of oil. The first being the possibility of discharge out of the open containers and trays of oil on the vessel's deck when the vessel listed, drifted across the dock facility, and impacted the dock on the opposite side. The second being the discharge of oily water during the dewatering operation on March 25–26, 2016.

[146] The information as to the state of the vessel came from the CCG's narrative filed in support of its claim. This narrative advised that the *Stelie II* had broken its moorings during high winds, had a substantial list and

L'argument du Canada, à savoir que l'administrateur pouvait choisir n'importe quelle date antérieure arbitraire et dire qu'un rejet d'hydrocarbures s'était produit à ce moment-là, est dénué de tout fondement. L'administrateur était tenu de fonder les conclusions de fait qu'il inférait quant au moment où le ou les rejets s'étaient produits sur les éléments de preuve dont il disposait, et il l'a effectivement fait.

[144] En conclusion, compte tenu de ce qui précède, il me « sera difficile » de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et déterminante (*Housen*, aux paragraphes 22–23) dans la décision de l'administrateur. Celui-ci a évalué et soupesé les éléments de preuve disponibles au sujet de l'état du navire et des conditions environnementales aux dates pertinentes pour déterminer s'il s'était produit un rejet ou non. Cela n'est pas se fonder sur des [TRADUCTION] « conjectures » ou sur une [TRADUCTION] « absence de preuve » — il s'agissait plutôt d'une inférence factuelle éclairée, qui reposait sur les éléments de preuve dont disposait l'administrateur, éléments que ne conteste pas le Canada. Il n'y avait aucune erreur susceptible de contrôle dans cette démarche et le Canada n'a pas établi que l'administrateur avait commis une erreur manifeste et dominante en inférant qu'un rejet de pollution par les hydrocarbures s'était produit avant le 4 septembre 2018.

Le *Stelie II*

[145] À mon avis, l'administrateur n'a pas commis non plus d'erreur manifeste et dominante en concluant, au sujet du *Stelie II*, qu'il y avait vraisemblablement eu un rejet d'hydrocarbures entre le 23 mars 2016 et le 26 mars 2016. Il a fait état de deux sources possibles de rejet : la première étant la possibilité de rejets dus aux contenants et aux plateaux d'huile ouverts sur le pont du navire, quand ce dernier avait gîté, avait dérivé à travers le bassin et avait heurté le quai situé du côté opposé, la seconde étant le rejet d'eau huileuse pendant l'opération d'assèchement exécutée les 25 et 26 mars 2016.

[146] Les renseignements concernant l'état du navire provenaient de l'exposé circonstancié que la GCC avait déposé à l'appui de sa demande en recouvrement de créance. Cet exposé indiquait que le *Stelie II* avait rompu

was resting against an adjacent dock. The CCG ER personnel gained access on March 25, 2016 encountering a strong odour of diesel fuel. The CCG also reported that the engine room was three-quarters full of water, "pollutants consisting of lube oil, hydraulic oil, diesel oil and debris scattered everywhere. There were open trays with oil, buckets of oil … and other pollutants clearly visible".

[147] The Administrator advised the CCG of its concerns by email from its counsel to the CCG's counsel, referring to the CCG's narrative. The Administrator noted that according to the narrative, the vessel was listing severely with open trays and bucket of oil on its deck. The Administrator stated that the severe angle of the list may have caused some quantity of these oils to enter the water. Also, in particular, the CCG's submitted documentation offered no explanation as to what was done with the presumably large volume of water pumped from the vessel on March 25–26, 2016. Without any evidence showing that this contaminated water was isolated and disposed of through appropriate waste streams, it appeared likely that some or all of it ended up in the waters of the harbour. Such a discharge of oily water would probably have resulted in oil pollution damage as contemplated under Part 7 of the MLA thereby engaging the two-year limitation period which would have expired in late March 2018. Counsel for the Administrator invited the CCG to provide all relevant documentation and any comments that it might have in response to this concern.

[148] In response, counsel for the CCG advised that the suction hose on the intake side of the pump was placed deep into the vessel to remove sea water but not the oil that was floating on the surface and, at no time during the dewatering process was oil or oily water observed. Counsel further advised that the CCG did not observe discharge from open trays or buckets and to its knowledge, such a discharge did not occur. Had it occurred,

ses amarres par grand vent, qu'il gîtait considérablement et qu'il était appuyé contre un quai adjacent. L'équipe d'IE GCC a eu accès au navire le 25 mars 2016 et a constaté une forte odeur de carburant diesel. La GCC a aussi signalé que la salle des machines était remplie aux trois quarts d'eau et que des [TRADUCTION] « polluants constitués d'huile lubrifiante, d'huile hydraulique, de carburant diesel et de débris étaient éparpillés partout. Il y avait des plateaux ouverts contenant de l'huile, des seaux d'huile […] et d'autres polluants […] clairement visibles ».

[147] L'administrateur a fait part de ses préoccupations à la GCC par un courriel que ses avocats ont envoyé aux avocats de la GCC, en faisant référence à l'exposé circonstancié de cette dernière. L'administrateur a signalé que, d'après l'exposé circonstancié, le navire gîtait sérieusement et qu'il y avait sur le pont des plateaux ouverts et des seaux d'huile. Il a déclaré que l'angle de gîte pouvait avoir causé le rejet dans l'eau d'une certaine quantité de ces hydrocarbures. De plus, en particulier, la documentation que la GCC a produite n'expliquait nullement ce qui avait été fait avec la quantité vraisemblablement considérable d'eau pompée hors du navire les 25 et 26 mars 2016. Sans preuve aucune montrant que cette eau contaminée avait été isolée et éliminée par des flux de traitement de déchets appropriés, il semblait vraisemblable qu'une partie de cette eau, sinon la totalité, s'était retrouvée dans les eaux du port. Un tel rejet d'eau huileuse aurait probablement causé des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, comme l'envisage la partie 7 de la LRM, déclenchant ainsi le délai de prescription de deux ans, qui aurait expiré à la fin de mars 2018. Les avocats de l'administrateur ont invité la GCC à fournir tous les documents pertinents ainsi que tous les commentaires qu'elle pourrait avoir en réponse à cette préoccupation.

[148] En réponse, les avocats de la GCC ont fait savoir que le boyau situé du côté aspiration de la pompe avait été mis en place dans le fond du navire de façon à en retirer l'eau de mer, mais non les hydrocarbures flottant à la surface et que, à aucun moment au cours du processus d'assèchement avait-on observé des hydrocarbures ou de l'eau huileuse. De plus, ils ont fait savoir que la GCC n'avait pas observé de rejets depuis les plateaux ou

this would have been obvious on the white ice covering the harbour. Counsel for the CCG stated that if the Administrator had evidence of pollution in the harbor during its response, then it would appreciate disclosure of same. Further, counsel for the CCG advised that it was the CCG's position that any factual findings of the Administrator must be grounded in the evidence presented. The CCG submitted no further documentation with the response.

[149] The Administrator found, on a balance of probabilities, that some of the oil observed in open containers on deck escaped. This finding was based on the information that the vessel was subject to a storm that was violent enough to cause the vessel's mooring lines to sever and for it to drift laterally though the ice about 60 feet and impact the other side of the dock facility; the vessel had a substantial list; and the photographs on the record showed nothing in the vessel's configuration that would have kept the oil in open containers on the vessel's deck. In other words, if oil spilled out of the containers due to the storm and list, there was no evidence that it was physically constrained from entering the harbour. The Administrator acknowledged the CCG's response that none of the five photographs depicting the vessel's starboard side and the adjacent harbour ice appeared to show signs of an escape of oil, but found that any staining may not have been apparent from the photographs as they were taken from a distance and that any discharge may have been somewhat dispersed during the storm. As to the CCG's counsel's response that a discharge would have been visible on the harbour ice, the Administrator found this to be difficult to reconcile with the fact that the *Stelie II* and the harbour ice moved. The ice covering the harbour would not have been wholly contiguous through March 23–25, 2016 as the vessel travelled though the ice pushed by wind or waves.

les seaux ouverts et que, à sa connaissance, de tels rejets n'avaient pas eu lieu. Si cela avait été le cas, on l'aurait vu sur la glace blanche qui couvrait le port. Les avocats de la GCC ont indiqué que si l'administrateur avait en main une preuve de pollution dans le port au cours de son intervention, ils apprécieraient que cette preuve leur soit communiquée. De plus, les avocats de la GCC ont indiqué que leur cliente était d'avis que toute conclusion factuelle de l'administrateur devait être fondée sur les éléments de preuve présentés. La GCC n'a pas produit d'autres documents avec la réponse.

[149] L'administrateur a conclu, selon la prépondérance des probabilités, qu'une partie des hydrocarbures observés dans des contenants ouverts sur le pont avaient fui. Cette conclusion reposait sur les informations selon lesquelles le navire avait essuyé un orage qui avait été suffisamment violent pour rompre ses câbles d'amarrage et pour le faire dériver latéralement à travers la glace, à environ 60 pieds, et heurter l'autre côté du bassin; le navire gîtait sérieusement, et les photographies au dossier ne montraient rien dans la configuration du navire qui aurait eu pour effet de maintenir les hydrocarbures présents dans les contenants ouverts sur le pont du navire. Autrement dit, si des hydrocarbures avaient été déversés des contenants à cause de l'orage et de la gîte, il n'y avait aucune preuve qu'il existait une contrainte physique empêchant les hydrocarbures d'être rejetés dans le port. L'administrateur a pris acte de la réponse de la GCC selon laquelle aucune des cinq photographies montrant le côté tribord du navire et la glace adjacente qui recouvrait le port ne semblait présenter des signes d'une fuite d'hydrocarbures, mais il a conclu que les photographies n'auraient pas montré la présence d'une tache quelconque, car elles avaient été prises à une certaine distance et tout rejet nouveau s'était peut-être dispersé d'une certaine façon pendant l'orage. Quant à la réponse des avocats de la GCC selon laquelle un rejet aurait été visible sur la glace du port, l'administrateur a conclu que cela était difficile à concilier avec le fait que le *Stelie II* et la glace du port s'étaient déplacés. La glace recouvrant le port n'aurait pas été tout à fait contiguë pendant la période du 23 au 25 mars 2016, car le navire s'était déplacé à travers elle, sous l'impulsion du vent ou des vagues.

[150] I note that in its submissions before me, Canada does not assert that it was not possible that oil could have escaped from the open containers on deck during the storm and/or because of the list. Rather, Canada submits that while the Administrator pointed to the vessel's configuration as not foreclosing a spill, the Administrator "describes no mechanism for oil onboard the vessel to find its way into the harbour as opposed to contained areas of the vessel". Yet the Administrator alerted the CCG to this concern and the CCG, in its response and in support of its claim, did not provide an explanation of how escaped oil on deck would have found its way into a contained area rather than, for example, through a scupper or other deck opening intended to allow water on deck to be cleared. Nor did the CCG offer any other reason why the oil in open containers would not have spilled as a result of the storm and list. In that regard, I note that one of the photographs included in the Administrator's decision depicts a shallow, open tray apparently containing oil, situated on the listing deck.

[150] Je signale que le Canada, dans ses observations devant moi, n'affirme pas qu'il est impossible que des hydrocarbures se soient échappés des contenants ouverts sur le pont pendant l'orage, ou à cause de la gîte. Il soutient plutôt que même si l'administrateur a fait remarquer que la configuration du navire n'excluait pas la possibilité d'un déversement, il ne [TRADUCTION] « décrit aucun mécanisme par lequel des hydrocarbures présents à bord du navire se retrouveraient dans le port, plutôt que dans des compartiments confinés du navire ». Pourtant, l'administrateur a averti la GCC de cette préoccupation et la GCC, dans sa réponse et à l'appui de sa demande en recouvrement de créance, n'a pas expliqué comment une fuite d'hydrocarbures sur le pont aurait trouvé son chemin dans un compartiment confiné plutôt qu'en passant, par exemple, par un dalot ou une autre ouverture située sur le pont et destinée à dégager l'eau présente sur le pont. La GCC n'a pas offert non plus d'autre raison pour laquelle il n'y aurait pas eu de déversement des hydrocarbures présents dans des contenants ouverts à cause de l'orage et de la gîte. À cet égard, je signale que l'une des photographies incluses dans la décision de l'administrateur montre un plateau ouvert et creux, qui contient apparemment de l'huile et qui est situé sur le pont incliné.

[151] Instead, Canada asserts that while a spill not being foreclosed by the evidence may cast doubt for the Administrator, it does not change the fact that there is no evidence whatsoever that a spill from the containers on deck "actually occurred".

[151] Le Canada affirme plutôt que même si un déversement non exclu par la preuve peut susciter des doutes chez l'administrateur, cela ne change pas le fait qu'il n'y a aucune preuve que ce soit qu'un déversement, venant des contenants se trouvant sur le pont, [TRADUCTION] « s'est réellement produit ».

[152] The onus was on the CCG to support its claim for compensation. Here, the Administrator considered all of the evidence with respect to the containers of oil on deck and made an inference, on the balance of probabilities, that some of that oil escaped. It may well have been that this occurred before the CCG ER arrived on scene and that the CCG ER personnel did not observe the discharge—but the logical inference arising from the evidence that there were open containers of oil on the deck of the vessel which had been adrift during a storm and had taken on a significant list is that some of that oil found its way into the marine environment. In the CCG's response to the concern raised by the Administrator, the CCG offered no explanation as to how any spilled oil

[152] Il incombait à la GCC d'étayer sa demande en recouvrement de créance. En l'espèce, l'administrateur a pris en considération la totalité des éléments de preuve concernant les contenants d'huile qui se trouvaient sur le pont et il a inféré, selon la prépondérance des probabilités, qu'une partie de cette huile avait fui. Il est fort possible que cela ait eu lieu avant que l'équipe d'IE GCC arrive sur les lieux et que les membres du personnel d'IE GCC n'aient pas vu le rejet — mais il est logique d'inférer, à partir de la preuve qu'il y avait sur le pont du navire des contenants d'huile ouverts, qu'il s'était déplacé pendant une tempête et qu'il avait gîté de manière considérable, qu'une partie de cette huile s'est retrouvée dans le milieu marin. Dans sa réponse à la préoccupation

would find its way into a contained area of the vessel rather than into the harbour.

[153] In my view, Canada has not demonstrated that the Administrator made a palpable and overriding error in making the inference, based on the evidence before it, that on a balance of probabilities, oil would likely be displaced from open containers on the deck of the vessel, as a result of the storm and/or the vessel's substantial list, and found its way into the marine environment.

[154] That said, the Administrator's further inference that pumping water from the engine room of the *Stelie II* directly into the harbour was likely to have discharged some oil is not as clear.

[155] In making this finding, the Administrator referred to: the CCG's narrative indicating that "[t]he engine room was three-quarters full of water, pollutants consisting of lube oil, hydraulic oil, diesel oil and debris were scattered everywhere"; the *Stelie II* Survey Report indicating that at the time of the survey, the lazarette, engine room, and fish hold were all partially filled with fuel and oily liquids which suggested to the Administrator that the ingress was moving freely between the vessel's compartments carrying oil contamination along with it; the documentation provided by the CCG indicating that water was pumped from the vessel's engine room where much of its machinery was submerged and would have been releasing oils; the CCG's narrative and the *Miss Stelie* Survey Report indicating water levels that would largely have submerged the vessel's machinery resulting in the seepage of some volume of lubricating oil; that it was evident that at least some diesel fuel had escaped from the vessel's tanks; and, photographs showing that sorbent materials were used during the deconstruction and some of the vessel's internal planks and bilge appeared to have been oiled. Given the foregoing, the Administrator found that the water in the engine room must have been contaminated.

soulevée par l'administrateur, la GCC n'a nullement expliqué comment de l'huile déversée se retrouverait dans un compartiment confiné du navire, plutôt que dans le port.

[153] À mon avis, le Canada n'a pas établi que l'administrateur a commis une erreur manifeste et dominante en inférant, à partir des éléments de preuve dont il disposait, que, selon la prépondérance des probabilités, de l'huile aurait vraisemblablement été déversée de contenants ouverts se trouvant sur le pont du navire, à cause de l'orage ou de la forte gîte du navire, et qu'elle se serait retrouvée dans le milieu marin.

[154] Cela dit, l'inférence supplémentaire de l'administrateur, à savoir que le fait d'avoir pompé de l'eau se trouvant dans la salle des machines du *Stelie II* directement dans le port était susceptible d'avoir rejeté de l'huile, n'est pas claire.

[155] Pour arriver à cette conclusion, l'administrateur a fait référence aux éléments suivants : l'exposé circonstancié de la GCC, indiquant que [TRADUCTION] « la salle des machines était aux trois quarts pleine d'eau, et des polluants, constitués d'huile lubrifiante, d'huile hydraulique, de carburant diesel et de débris, étaient éparpillés partout »; le Rapport d'inspection du *Stelie II* indiquait qu'au moment de l'inspection, la cambuse, la salle des machines et la cale à poisson étaient toutes partiellement remplies de carburant et de liquides huileux, ce qui donnait à penser à l'administrateur que l'eau infiltrée se déplaçait librement entre les compartiments du navire, entraînant avec elle de la contamination par les hydrocarbures; la documentation que la GCC avait fournie, indiquant que de l'eau avait été pompée depuis la salle des machines du navire, où une bonne partie de ces machines étaient submergées et auraient rejeté des hydrocarbures; l'exposé circonstancié de la GCC et le Rapport d'inspection du *Miss Stelie*, faisant état de niveaux d'eau qui aurait submergé en grande partie les machines du navire et causé le suintement d'une certaine quantité d'huiles lubrifiantes; qu'il était évident qu'au moins une certaine quantité de carburant diesel s'était échappée des réservoirs du navire; et les photographies montrant que des matériaux sorbants avaient été utilisés pendant la déconstruction et que certaines des planches internes

et des fonds du navire semblaient avoir été mazoutés. Compte tenu de ce qui précède, l'administrateur a conclu que l'eau présente dans la salle des machines devait être contaminée.

[156] The Administrator also acknowledged the CCG's response, which states that "[a]t **no time** during the dewatering process was oil or oily water observed" and that during the response a "number of locals were on the wharf observing the operations and at no time did anyone observe oil on the ice in the harbour". The Administrator stated that this did not make it clear whether any witness observed the whole of the operation and confirmed that no oil was discharged—but failed to record such observations at the time—or whether the CCG was merely asserting that the CCG personnel would have seen a discharge while they were undertaking other tasks.

[156] L'administrateur a également pris acte de la réponse de la GCC, qui indique que, [TRADUCTION] « à **aucun moment** durant le processus d'assèchement a-t-on aperçu de l'huile ou de l'eau huileuse » et que, durant l'intervention, un [TRADUCTION] « certain nombre de résidents de l'endroit se trouvaient sur le quai, d'où ils observaient les opérations, et à aucun moment quelqu'un a-t-il vu de l'huile sur la glace dans le port ». L'administrateur a déclaré que cela n'indiquait pas clairement si un témoin quelconque avait observé l'opération dans son ensemble et confirmé qu'aucun hydrocarbure n'avait été rejeté — mais avait omis de consigner ses observations à ce moment-là — ou si la GCC ne faisait qu'affirmer que les membres de son personnel auraient été témoins d'un rejet pendant qu'ils accomplissaient d'autres tâches.

[157] The Administrator did not accept that an absence of an observation of a discharge would lead to a determination that no discharge of oil occurred.

[157] L'administrateur n'a pas admis que la non-observation d'un rejet amènerait à conclure qu'aucun rejet d'hydrocarbures ne s'était produit.

[158] As to the dewatering operation, the Administrator acknowledged the explanation provided by the CCG's counsel as to the placement of the intake hose deep within the vessel so as not to discharge oil floating on the surface of the water within the vessel but stated that it did not have the "benefit of a direct witness's account as to what was done".

[158] Quant à l'opération d'assèchement, l'administrateur a pris acte de l'explication donnée par les avocats de la GCC au sujet de la mise en place du boyau d'aspiration au fond du navire, de façon à ne pas rejeter d'huile flottant à la surface de l'eau présente dans le navire, mais il a déclaré qu'il n'avait pas [TRADUCTION] « l'avantage du récit d'un témoin direct au sujet de ce qui avait été fait ».

[159] The Administrator also noted that much of the CCG's claimed costs and expenses were for the deconstruction of the *Stelie II.* The Administrator stated that compensation for such costs may be available where a wooden ship is so saturated with oil that, if submerged, its timbers would discharge oil. The Administrator stated that the CCG appeared to take the position that the *Stelie II* was in such a state even after all water had been pumped from it. That being the case, submerging a hose deep into the water inside the engine room of the vessel would not necessarily be sufficient to avoid a discharge

[159] L'administrateur a également signalé qu'une bonne part des frais déclarés par la GCC concernaient la déconstruction du *Stelie II.* Il a ajouté qu'il est possible d'accorder une indemnisation pour de tels frais lorsqu'un navire en bois est à ce point saturé d'hydrocarbures que, s'il était submergé, sa charpente rejetterait des hydrocarbures. Il a déclaré que la GCC semblait être d'avis que le *Stelie II* se trouvait dans un tel état, même après que toute l'eau en avait été retirée par pompage. Cela étant le cas, le fait de submerger un tuyau au fond de l'eau à l'intérieur de la salle des machines du navire

of oil and that photographs depicted a significant containing presence of oil in the vessel.

[160] I note here that the CCG narrative indicates that efforts to sell the vessel were unsuccessful and that this was likely due to the fact that the vessel was in poor condition with oil-soaked timbers and was unlikely to be seaworthy. Further, the CCG could not continue to incur storage fees and, given the remaining inaccessible oil pollutants on board and the oils soaked timbers, the CCG deemed the vessel to be an unacceptable risk to the environment and that deconstruction was the only feasible option.

[161] Moreover, in its written submissions, Canada does not dispute that the timbers were oiled. Rather, Canada asserts that there is no evidence of continuous discharge or that discharge occurred at all during the pumping operations. There may, or may not, be merit to that position. I note that the role of the oiled timbers was not raised by counsel for the Administrator in its letter to the CCG's counsel raising the Administrator's concerns. Nor did the CCG's response to the Administrator address the timbers, although their state was known to the CCG. Instead, the CCG asserted that no discharge was observed and—as it submits in the submissions before me—that it responded professionally by utilizing appropriate methods.

[162] In this matter, the Administrator considered the statement of counsel for the CCG as to the positioning of the intake hose but, in essence, afforded this little weight in the absence of any direct accounts as to what had been done. Given the evidence supporting the contaminated state of the water in the engine room, the Administrator inferred that a discharge of oil had occurred during dewatering, even though the CCG took the position that such a discharge had not been observed and that the positioning of the intake hose would not have discharged the oil floating on the surface.

ne serait pas nécessairement suffisant pour éviter un rejet d'hydrocarbures et que des photographies montraient la présence d'une quantité considérable d'hydrocarbures dans le navire.

[160] Je note ici que l'exposé circonstancié de la GCC indique que les efforts pour vendre le navire ont été vains et que cela était vraisemblablement dû au fait que le navire était en mauvais état à cause de sa charpente imbibée d'hydrocarbures et qu'il y avait peu de chance qu'il soit apte à prendre la mer. De plus, la GCC ne pouvait plus continuer d'engager des frais d'entreposage et, en raison des polluants pétroliers inaccessibles qui restaient à bord et la charpente imbibée d'hydrocarbures, la GCC a considéré que le navire constituait un risque inacceptable pour l'environnement et que sa déconstruction était la seule option possible.

[161] Par ailleurs, dans ses observations écrites, le Canada ne conteste pas que la charpente était imbibée d'hydrocarbures. Il affirme plutôt qu'il n'existe aucune preuve de rejet continu ou qu'un rejet quelconque a eu lieu pendant les opérations de pompage. Cette position peut avoir, ou non, du bon. Je signale que le rôle de la charpente imbibée d'hydrocarbures n'a pas été évoqué par les avocats de l'administrateur dans la lettre évoquant les préoccupations de l'administrateur qu'ils ont envoyée aux avocats de la GCC. La réponse de la GCC à l'administrateur ne traite pas non plus de la charpente, même si elle en connaissait l'état. La GCC a plutôt affirmé qu'aucun rejet n'avait été observé et — comme elle le soutient dans ses observations devant moi — qu'elle est intervenue de manière professionnelle en recourant à des méthodes appropriées.

[162] Dans la présente affaire, l'administrateur a pris en considération la déclaration des avocats de GCC quant à la mise en place du tuyau d'aspiration, mais, essentiellement, il y a accordé peu de poids en l'absence de tout récit direct sur ce qui avait été fait. Compte tenu de la preuve étayant l'état contaminé de l'eau présente dans la salle des machines, l'administrateur a inféré qu'un rejet d'hydrocarbures était survenu lors de l'opération d'assèchement, même si la GCC a exprimé l'avis qu'un tel rejet n'avait pas été constaté et que le positionnement du tuyau d'aspiration n'aurait pas rejeté les hydrocarbures flottant à la surface.

[163] Again, the problem here is that the Administrator advised the CCG of its concerns—other than the oiled timbers—and invited the CCG to provide supplementary documentation to support its claim. The CCG responded by way of its counsel's email. That response did not provide any further documentation in support of the CCG's claim, including, for example, statements from the responders addressing the Administrator's concerns, describing their actions and any monitoring during the dewatering operation, their direct observations and, explaining why in their professional view the Administrator's concerns were not well founded. The CCG could have also identified the observers referred to in the email from its counsel and obtained or reported on their statements as to how long they observed the dewatering and what they observed. Had the CCG provided further documentation, the outcome may have been different.

[164] I also do not agree with the CCG's submission before me that its counsel's responding email is equivalent to or as good as the submission or further documentation or evidence from the CCG—given that what the Administrator offered was specifically the opportunity to provide further supporting documentation. I appreciate that in the normal course of such claims, the CCG relies upon its narrative contained in its claim submission, as it did in these cases. The difference here is that the Administrator went back to the CCG identifying its concerns and providing the opportunity to provide responding supporting documentation, but none was submitted.

[165] That said, I am troubled by the fact that the state of the oiled timbers was not raised as a concern by counsel for the Administrator in the letter to counsel for the CCG. However, Canada has not suggested that it was denied procedural fairness and the CCG was aware of the oiled timbers when its counsel responded to the Administrator.

[163] Là encore, le problème est le fait que l'administrateur a fait part à la GCC de ses préoccupations — à part la charpente imbibée d'hydrocarbures — et a invité la GCC à fournir des documents supplémentaires à l'appui de sa demande en recouvrement de créance. La GCC a répondu par le courriel de ses avocats. Cette réponse n'a fourni aucun autre document étayant la demande en recouvrement de créance de la GCC, dont, par exemple, des déclarations de la part des intervenants qui traiteraient des préoccupations de l'administrateur, qui décriraient les mesures qu'ils avaient prises et tout le travail de surveillance effectué lors de l'opération d'assèchement, leurs observations directes et des explications quant au fait que, selon leur avis professionnel, les préoccupations de l'administrateur n'étaient pas fondées. La GCC aurait également nommé les observateurs mentionnés dans le courriel de ses avocats et obtenu ou relaté leurs déclarations quant au temps pendant lequel ils avaient observé l'opération d'assèchement et ce qu'ils avaient vu. Si la GCC avait fourni de plus amples documents, le résultat aurait peut-être été différent.

[164] Je ne souscris pas non plus à l'observation que la GCC a faite devant moi, à savoir que le courriel de réponse de ses avocats équivaut aux observations ou aux documents ou aux éléments de preuve supplémentaires de la GCC, ou qu'il a tout autant de valeur — étant donné que ce que l'administrateur offrait était précisément la possibilité de fournir d'autres documents justificatifs. Je suis consciente que dans le cours normal des demandes de cette nature, la GCC se fonde sur l'exposé circonstancié qui est contenu dans sa demande en recouvrement de créance, comme elle l'a fait dans les présentes affaires. La différence, ici, est que l'administrateur est entré de nouveau en contact avec la GCC pour lui faire état de ses préoccupations et lui a donné la possibilité de fournir en réponse des documents justificatifs, mais aucun n'a été transmis.

[165] Cela dit, je suis troublée par le fait que, dans leur lettre aux avocats de la GCC, les avocats de l'administrateur n'ont pas soulevé la question de l'état de la charpente imbibée d'hydrocarbures. Cependant, le Canada n'a pas laissé entendre qu'on l'avait privé d'équité procédurale et que la GCC était au courant de la charpente imbibée d'hydrocarbures quand ses avocats ont répondu à l'administrateur.

[166] The Administrator's reasons also suggest that this was an additional finding—being that "even if" the oil on the surface of the waters inside the *Stelie II* had been successfully avoided, it would not "be safe" to conclude that no discharge occurred. This does not appear to be a finding based on the balance of probabilities. It is also not clear to me from the Administrator's reasons that it did—or did not—accept that if the intake hose had been positioned as the CCG described, then oil would not have been discharged during the dewatering as a result. The Administrator only states that it did not have the benefit of a direct witness's account as to what was done. The Administrator appears to have afforded this explanation little weight in the absence of such an account.

[166] Les motifs de l'administrateur donnent également à penser qu'il s'agissait là d'une conclusion supplémentaire — à savoir que [TRADUCTION] « même si » les hydrocarbures flottant à la surface de l'eau présente dans le *Stelie II* avaient été évités avec succès, il ne serait pas [TRADUCTION] « sûr » de conclure qu'aucun rejet n'avait eu lieu. Cela ne semble pas être une conclusion fondée sur la prépondérance des probabilités. Les motifs de l'administrateur ne me convainquent pas non plus qu'il a — ou n'a pas admis — que si le boyau d'aspiration avait été positionné de la manière décrite par la GCC, des hydrocarbures auraient dans ce cas été rejetés lors de l'opération d'assèchement. L'administrateur indique seulement qu'il n'a pas eu l'avantage du récit d'un témoin direct au sujet de ce qui avait été fait. En l'absence d'un tel récit, l'administrateur semble avoir accordé peu de poids à cette explication.

[167] Ultimately, the Administrator concluded that regardless of CCG's position as to the placement of the intake hose, given the large volume of water pumped and the contaminated state of the *Stelie II*, that a discharge occurred during the pumping operation. This was in addition to, or "bolster[ed]" the determination that a discharge had also occurred during or before the CCG's response from the open oil containers on deck.

[167] En fin de compte, l'administrateur a conclu que, indépendamment de la position de la GCC au sujet de l'emplacement du boyau d'aspiration, vu la grande quantité d'eau pompée et l'état contaminé du *Stelie II*, un rejet s'est produit lors de l'opération de pompage. Cela s'ajoutait à la conclusion — ou cela la [TRADUCTION] « renforçait » — qu'un rejet avait eu lieu pendant ou avant l'intervention de la GCC depuis les contenants d'huile ouverts qui se trouvaient sur le pont.

[168] While the Administrator's reasons lacked clarity in regard to the role of the oiled timbers, considering the evidence that the Administrator assessed and weighed in whole, I am not persuaded that the Administrator made a palpable and overriding error in determining that a discharge of oil occurred during the dewatering process. The Administrator's reasons demonstrate that it assessed the available evidence, inferred from the evidence that a discharge occurred, and found the responding submissions insufficient to lead it to a different conclusion. Also, in any event, its finding that a discharge occurred from the open containers of oil on deck would have been sufficient to ground the application of the paragraph 103(2)(a) limitation period.

[168] Même si les motifs de l'administrateur manquaient de clarté au sujet du rôle de la charpente imbibée d'hydrocarbures, compte tenu de la preuve que l'administrateur a évaluée et soupesée dans son ensemble, je ne suis pas convaincue que celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante en concluant qu'un rejet d'hydrocarbures s'est produit au cours du processus d'assèchement. Il ressort des motifs de l'administrateur qu'il a évalué les éléments de preuve disponibles, qu'il a inféré à partir de ces derniers qu'il y avait eu un rejet et qu'il a conclu que les observations fournies en réponse étaient insuffisantes pour donner lieu à une conclusion différente. Aussi, en tout état de cause, sa conclusion selon laquelle un rejet a eu lieu depuis les contenants d'huile ouverts sur le pont aurait été suffisante pour justifier l'application du délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)a).

Conclusion

[169] For the reasons above, I find that the Administrator did not err in its determination that discharges of oil pollution had occurred and, therefore, the limitation period under paragraph 103(2)(a) of the MLA applied and had expired prior to the submission of the CCG's claims for each of the *Miss Terri* and the *Stelie II*. In the result, the CCG's subsection 103(1) claims for compensation were precluded as they were made outside the applicable limitation period.

[170] By way of a few, final observations, I feel compelled to note that based on the written and oral submissions before me, there appears to be considerable animosity between the CCG and the Administrator. This is unfortunate. I also do agree with Canada that the Administrator cannot simply advance theories of what might have happened. The abandoned "washing mechanism" theory included in the draft reasons would fall into that category. I am also inclined to think that if the Administrator is relying on internal technical advice to ground a concern that the Administrator chooses to raise with the claimant, then that this advice should be disclosed to the party making the section 103 claim so that, if they deem it appropriate, they can provide a responding technical response. It seems unlikely that the Administrator is relying on its own technical expertise to identify concerns with claims. Further, while the onus lies on the claimant to establish its claim, if the Administrator is departing from its traditional approach in relying on narratives contained in claims submission, as Canada suggests, then the Administrator should make this very clear to all claimants, as well as exactly what level of supporting information the Administrator now expects to receive (for example, statements of participants or observers in the absence of an observation or monitoring logs in the event that the occurrence of discharge is at issue). These observations are offered in the hope that a better working relationship between the CCG and the Administrator may be achieved in the future.

Conclusion

[169] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que l'administrateur n'a pas commis d'erreur en concluant que des rejets de pollution par les hydrocarbures se sont produits et, par conséquent, que le délai de prescription visé à l'alinéa 103(2)a) de la LRM s'appliquait et qu'il avait expiré avant que la GCC présente des demandes en recouvrement de créance pour le *Miss Terri* et le *Stelie II*. En fin de compte, les demandes en recouvrement de créance que la GCC a présentées en vertu du paragraphe 103(1) ont été rejetées, car elles ont été faites en dehors du délai de prescription applicable.

[170] En terminant, je me sens obligée de signaler que, d'après les observations écrites et orales qui m'ont été soumises, il semble y avoir une vive animosité entre la GCC et l'administrateur, et cela est regrettable. Je conviens également avec le Canada que l'administrateur ne peut pas tout simplement avancer des théories sur ce qui aurait pu se passer. La théorie du [TRADUCTION] « mécanisme de lavage » incluse dans l'ébauche de motifs, et ensuite abandonnée, se rangerait dans cette catégorie. J'incline aussi à penser que si l'administrateur compte sur des avis techniques internes pour fonder une préoccupation qu'il décide de soumettre au demandeur, ces avis devraient être communiqués à la partie qui présente la demande en recouvrement de créance fondée sur l'article 103 de façon à ce que, si le demandeur l'estime approprié, il puisse fournir une réponse technique en réplique. Il semble peu vraisemblable que l'administrateur se fonde sur sa propre expertise technique pour relever les préoccupations que soulèvent les demandes en recouvrement de créance. De plus, bien qu'il incombe au demandeur d'établir sa demande en recouvrement de créance, si l'administrateur s'écarte de sa démarche habituelle en se fondant sur des exposés circonstanciés contenus dans les demandes présentées, comme le laisse entendre le Canada, il faudrait dans ce cas qu'il le fasse savoir très clairement à tous les demandeurs, tout comme le degré exact de renseignements justificatifs qu'il s'attend maintenant à recevoir (p. ex., des déclarations de participants ou d'observateurs en l'absence d'une observation ou de relevés de surveillance au cas où la survenance d'un rejet soit en litige). Je formule ces observations dans l'espoir que l'on puisse obtenir à

Costs

[171] Both parties sought costs but neither made submissions as to quantum.

[172] Pursuant to subsection 400(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the Court has full discretionary power over the amount and allocation of costs and the determination of by whom they are to be paid. In exercising that discretion the Court may consider the factors set out in subsection 400(3), which include: the result of the proceeding; the importance and complexity of the issues; whether the public interest in having the proceeding litigated justifies a particular award of costs; any conduct of a party that tended to shorten or unnecessarily lengthen the duration of the proceeding; and, any other matter that the Court considers relevant. The Court may fix all or part of any costs by reference to Tariff B and may award a lump sum in lieu of, or in addition to, any assessed costs (subsection 400(4) [of the Rules]).

[173] In this matter, I am of the view that an award costs to the Administrator, as the successful party, based on Column III of Tariff B is appropriate.

JUDGMENT T-1094-21 AND T-1104-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The appeals are dismissed; and

2. Costs in favour of the Administrator based on Column III of Tariff B.

l'avenir une meilleure relation de travail entre la GCC et l'administrateur.

Les dépens

[171] Les deux parties ont sollicité les dépens, mais ni l'une ni l'autre n'a présenté d'observations quant à leur montant.

[172] Conformément au paragraphe 400(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, la Cour a le pouvoir discrétionnaire de déterminer le montant des dépens, de les répartir et de désigner les personnes qui doivent les payer. Pour exercer ce pouvoir discrétionnaire, la Cour peut prendre en considération les facteurs énoncés au paragraphe 400(3) des Règles, lesquels comprennent : le résultat de l'instance, l'importance et la complexité des questions en litige, le fait que l'intérêt public dans la résolution judiciaire de l'instance justifie une adjudication particulière des dépens, la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abréger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance, de même que toute autre question que la Cour juge pertinente. La Cour peut fixer la totalité ou une partie des dépens en se reportant au tarif B et adjuger une somme globale au lieu ou en sus des dépens taxés (paragraphe 400(4) des Règles).

[173] Je suis d'avis que, dans la présente affaire, il convient d'accorder à l'administrateur, la partie qui a eu gain de cause, des dépens fondés sur la colonne III du tarif B.

JUGEMENT dans les dossiers T-1094-21 et T-1104-21

LA COUR ORDONNE :

1. Les appels sont rejetés;

2. Les dépens sont adjugés en faveur de l'administrateur en prenant pour base la colonne III du tarif B.

A-370-19
2022 FCA 158

Gwendolyn Louise Deegan and **Kazia Highton** (*Appellants*)

v.

The Attorney General of Canada and **The Minister of National Revenue** (*Respondents*)

Indexed as: Deegan v. Canada (Attorney General)

Federal Court of Appeal, Gleason and Woods JJ.A. and Dawson D.J.C.A.—Vancouver, March 30; Ottawa, September 21, 2022.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Appeal from Federal Court decision dismissing action brought by appellants claiming in part that Canadian legislation regarding compliance with U.S. taxation laws (Impugned Provisions) was unconstitutional — Appellants also claimed in their action that Impugned Provisions were ultra vires Parliament — Hearing of action divided into two parts — Ultra vires claims dismissed — With respect to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 involving unreasonable search or seizure, Federal Court determined that Impugned Provisions contemplate seizure but not unreasonable one — Federal Court also determined that Impugned Provisions not violating Charter, s. 15 — Appellants are residents, citizens of Canada, are also citizens of United States (U.S.) — Neither appellant has any real ongoing connection with U.S. — As citizens of U.S. appellants subject to income tax in that country on their worldwide income, are subject to annual reporting obligations to U.S. Internal Revenue Service (IRS) — In 2014, Canada enacted legislation that assists U.S. in its compliance efforts relating to accounts held outside U.S. by persons subject to worldwide U.S. taxation — Earlier, U.S. making amendments to Internal Revenue Code, commonly referred to as Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) — Canada, U.S. concluding agreement (Intergovernmental Agreement or IGA) which considered Canada's concerns regarding FATCA — Canada implemented its obligations under IGA by enacting Impugned Provisions: Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act — Whether Federal Court erred when it concluded that Impugned Provisions do not contemplate unreasonable search or seizure for purposes of Charter, s. 8 — Federal Court not erring in finding that Impugned Provisions not violating Charter, s. 8 — Two aspects of s. 8 to consider: whether there is search or seizure; if so, whether search or seizure is unreasonable — It was assumed for present appeal that adherence

A-370-19
2022 CAF 158

Gwendolyn Louise Deegan et **Kazia Highton** (*appelantes*)

c.

Le procureur général du Canada et **le ministre du Revenu national** (*intimés*)

Répertorié : Deegan c. Canada (Procureur général)

Cour d'appel fédérale, juges Gleason et Woods, J.C.A. et juge suppléante Dawson, J.S.C.A.—Vancouver, 30 mars; Ottawa, 21 septembre 2022.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant une action intentée par les appelantes qui alléguaient en partie que les lois canadiennes relatives à la conformité aux lois fiscales américaines (les dispositions contestées) étaient inconstitutionnelles — Les appelantes ont également allégué dans leur action que les dispositions contestées outrepassaient la compétence du législateur — L'instruction de l'action a été divisée en deux parties — Les allégations d'excès des pouvoirs ont été rejetées — Relativement à l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés, concernant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, la Cour fédérale a jugé que les dispositions contestées prévoyaient une saisie, mais que cette dernière était raisonnable — La Cour fédérale a également jugé que les dispositions contestées ne contrevenaient pas à l'article 15 de la Charte — Les appelantes sont des résidentes et des citoyennes du Canada et elles sont aussi des citoyennes des États-Unis — Aucune des appelantes n'a un lien soutenu avec les États-Unis — En tant que citoyennes des États-Unis, les appelantes sont assujetties dans ce pays à l'impôt sur leur revenu de toutes provenances et aux obligations relatives à la présentation de déclarations annuelles à l'agence américaine du revenu, l'IRS [Internal Revenue Service] — En 2014, le Canada a adopté des lois en vue d'aider les États-Unis dans leurs efforts déployés pour assurer la conformité fiscale des personnes qui détiennent des comptes à l'extérieur des États-Unis et qui sont assujetties à l'imposition universelle américaine — Précédemment, les États-Unis avaient modifié l'Internal Revenue Code qu'on appelle communément la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) — Le Canada et les États-Unis ont conclu un accord (l'accord intergouvernemental ou l'AIG) qui prenait en considération les préoccupations du Canada quant à la FATCA — Le Canada a mis en œuvre ses obligations aux termes de l'AIG en adoptant

to Impugned Provisions constituted seizure but this not changing outcome of appeal — As for whether seizure is unreasonable, general principle is to consider all circumstances, assess whether privacy interests of affected persons are outweighed by public interest in requiring seizure — Federal Court determined that public interest outweighed privacy interests in this case; therefore contemplated seizure was reasonable — Respecting risk of criminal prosecution, it was assumed for appeal purposes that seized information might be used for criminal prosecution for tax evasion in U.S. — Impugned Provisions clearly regulatory in nature — Not intruding significantly on privacy interests of affected persons simply on basis that information may possibly be used for criminal prosecution — Finally, contrary to what appellants submitted, impugned Provisions not harsh, burdensome — Appellants not demonstrating that Impugned Provisions were more intrusive than is necessary to be effective — Appeal dismissed.

Income Tax — Tax treaties — Exchange of information — Appeal from Federal Court decision dismissing action brought by appellants claiming in part that Canadian legislation regarding compliance with U.S. taxation laws (Impugned Provisions) was unconstitutional — Appellants also claimed in their action that Impugned Provisions were ultra vires Parliament — Hearing of action divided into two parts — Both ultra vires, Canadian Charter of Rights and Freedoms claims dismissed — In 2010, U.S. making amendments to Internal Revenue Code, commonly referred to as Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) — Further to FATCA, Canada, U.S. negotiating, concluding agreement (Intergovernmental Agreement) which considered Canada's concerns with FATCA — In 2014, Canada implemented its obligations under Intergovernmental Agreement by enacting Impugned Provisions — Enacted legislation assists U.S. in its compliance efforts relating to accounts held outside U.S. by persons subject to worldwide U.S. taxation — Legislation titled Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act — Impugned Provisions not

les dispositions contestées : Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les dispositions contestées ne prévoyaient pas des fouilles ou des saisies abusives aux termes de l'article 8 de la Charte — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a jugé que les dispositions contestées ne contrevenaient pas à l'article 8 de la Charte — Il convenait d'examiner deux aspects de l'article 8 : Y a-t-il une fouille ou une saisie? Le cas échéant, la fouille ou la saisie est-elle déraisonnable? — Aux fins de cet appel, il a été présumé que le respect des dispositions contestées constituait une saisie, mais cela n'avait pas d'incidence sur l'issue de l'appel — Quant à la question de savoir si la saisie est déraisonnable, le principe général veut que l'on examine l'ensemble des circonstances et que l'on évalue la question de savoir si l'intérêt public d'une demande de saisie l'emporte sur le droit au respect de la vie privée des personnes touchées — La Cour fédérale a jugé, en l'espèce, que l'intérêt public l'emportait sur le droit au respect de la vie privée et que, par conséquent, la saisie prévue était raisonnable — En ce qui concerne le risque de poursuite criminelle, il a été présumé dans le cadre de l'appel que les renseignements saisis pourraient être utilisés aux fins de poursuites criminelles pour évasion fiscale aux États-Unis — Les dispositions contestées étaient clairement de nature réglementaire — Elles ne portaient pas considérablement atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées, simplement pour le motif que les renseignements pourraient éventuellement être utilisés aux fins de poursuites criminelles — Finalement, les dispositions contestées n'étaient pas strictes ni contraignantes, contrairement à ce qu'affirmaient les appelantes — Les appelantes n'ont pas démontré que les dispositions contestées étaient plus intrusives que ce qui est nécessaire pour qu'elles soient efficaces — Appel rejeté.

Impôt sur le revenu — Conventions fiscales — Échange de renseignements — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant une action intentée par les appelantes qui alléguaient en partie que les lois canadiennes relatives à la conformité aux lois fiscales américaines (les dispositions contestées) étaient inconstitutionnelles — Les appelantes alléguaient également dans leurs actions que les dispositions contestées outrepassaient la compétence du législateur — L'instruction de l'action a été divisée en deux parties — Les allégations d'excès des pouvoirs et de contravention à la Charte canadienne des droits et libertés ont toutes deux été rejetées — En 2010, les États-Unis ont modifié l'Internal Revenue Code qu'on appelle communément la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) — Au-delà de la FATCA, le Canada et les États-Unis ont négocié et conclu un accord (l'accord intergouvernemental ou l'AIG) qui prenait en considération les préoccupations du Canada quant à la FATCA — En 2014, le Canada a mis en œuvre ses obligations aux termes de l'AIG en adoptant les dispositions contestées — Les dispositions adoptées

harsh, burdensome — Were example of international cooperation in administration of income tax laws — Record suggested that such cooperation is widely accepted, has been strengthened in recent years.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an action brought by the appellants claiming in part that Canadian legislation regarding compliance with U.S. taxation laws (Impugned Provisions) was unconstitutional. The appellants also claimed in their action that the Impugned Provisions were *ultra vires* Parliament. The hearing of the action was divided into two parts. The *ultra vires* claims were heard first and were dismissed. Although there was an appeal from the earlier decision, it was withdrawn. With respect to section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* involving unreasonable search or seizure, the Federal Court determined that the Impugned Provisions contemplate a seizure but not an unreasonable one. The basis for the Federal Court's reasonableness finding was that: (1) persons affected by the Impugned Provisions have very little privacy interest in the seized information, and (2) Canada had an important objective in enacting the Impugned Provisions. The Federal Court also determined that the Impugned Provisions do not violate section 15 of the Charter and this determination was not appealed.

The appellants are residents and citizens of Canada. They are also citizens of the United States as a result of being born there. Neither appellant has any real ongoing connection with the United States. As citizens of the United States, the appellants are subject to income tax in that country on their worldwide income and are subject to annual reporting obligations to the U.S. Internal Revenue Service (IRS). In 2014, Canada enacted legislation that assists the United States in its compliance efforts relating to accounts held outside the United States by persons subject to worldwide U.S. taxation. The Impugned Provisions require Canadian financial institutions to file with the Minister of National Revenue (Minister) account information concerning their customers that may be subject to worldwide U.S. taxation. Canada is required to disclose this information to the United States. In 2010, the United States enacted amendments to the Internal Revenue Code, which are commonly referred to as the *Foreign Account Tax*

aident les États-Unis dans leurs efforts déployés pour assurer la conformité fiscale des personnes qui détiennent des comptes à l'extérieur des États-Unis et qui sont assujetties à l'imposition universelle américaine — Il s'agit de la Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux — Les dispositions contestées n'étaient pas strictes ni contraignantes — Elles étaient un exemple de coopération internationale dans le cadre de l'administration des lois relatives à l'impôt sur le revenu — Le dossier indiquait que cette coopération est largement acceptée et qu'elle s'est renforcée ces dernières années.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rejetant une action intentée par les appelantes qui alléguaient en partie que les lois canadiennes relatives à la conformité aux lois fiscales américaines (les dispositions contestées) étaient inconstitutionnelles. Les appelantes ont également allégué dans leur action que les dispositions contestées outrepassaient la compétence du législateur. L'instruction de l'action a été divisée en deux parties. Les allégations d'excès des pouvoirs conférés ont d'abord été entendues, puis rejetées. Même si un appel avait été interjeté à l'encontre de la première de ces deux décisions, il a fait l'objet d'un désistement. Relativement à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* concernant les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, la Cour fédérale a jugé que les dispositions contestées prévoyaient une saisie, mais que cette dernière était raisonnable. Le fondement de la conclusion de la Cour fédérale, selon laquelle la disposition était raisonnable, était que : 1) le droit au respect de la vie privée des personnes concernées par les dispositions contestées est très restreint en ce qui concerne les renseignements saisis et 2) le Canada avait un objectif important lorsqu'il a adopté les dispositions contestées. La Cour fédérale a également jugé que les dispositions contestées ne contrevenaient pas à l'article 15 de la Charte et cette décision ne faisait pas l'objet d'un appel.

Les appelantes sont des résidentes et des citoyennes du Canada. Elles sont aussi des citoyennes des États-Unis, étant nées là-bas. Aucune des appelantes n'a un lien soutenu avec les États-Unis. En tant que citoyennes des États-Unis, les appelantes sont assujetties dans ce pays à l'impôt sur leur revenu de toutes provenances et aux obligations relatives à la présentation de déclarations annuelles à l'agence américaine du revenu, l'Internal Revenue Service (l'IRS). En 2014, le Canada a adopté des lois en vue d'aider les États-Unis dans leurs efforts déployés pour assurer la conformité fiscale des personnes qui détiennent des comptes à l'extérieur des États-Unis et qui sont assujetties à l'imposition universelle américaine. Les dispositions contestées exigent que les institutions financières canadiennes déposent auprès du ministre du Revenu national (le ministre) les renseignements sur les comptes de leurs clients qui pourraient être assujettis à l'imposition universelle américaine. Le Canada est tenu de divulguer aux États-Unis ces

Compliance Act (FATCA). FATCA imposed new reporting requirements on certain persons, including U.S. citizens, with respect to financial assets held outside the U.S. The reporting obligation applies to U.S. persons, and is intended to capture individuals who are subject to U.S. tax laws. The Government of Canada was concerned with risks that FATCA posed for the Canadian financial sector, its customers and investors, and the Canadian economy as a whole. The Department of Finance sought to address Canada's concerns with FATCA through negotiations with its United States counterparts. Through these negotiations, Canada obtained a number of concessions that mitigated Canada's concerns. The result was an agreement between Canada and the United States (Intergovernmental Agreement or IGA). Canada implemented its obligations under the IGA by enacting the Impugned Provisions: *Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*.

Broadly, the appellants submitted that the seizure was unreasonable because: (1) the purpose of the Impugned Provisions was not driven by Canada's interests; it simply was to facilitate the interests of the IRS; (2) the seized information may belong to persons with no real connections to the United States or to persons who are not themselves subject to worldwide U.S. taxation; and (3) the IRS may use the information for the enforcement of its tax laws, including for prosecution of tax evasion.

The issue was whether the Federal Court erred when it concluded that the Impugned Provisions do not contemplate an unreasonable search or seizure for purposes of section 8 of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err in finding that the Impugned Provisions do not violate section 8 of the Charter. There are two aspects of section 8 to consider, that is, whether there is a search or seizure; if so, whether the search or seizure is unreasonable. For purposes of this appeal, it was assumed that adherence to the Impugned Provisions constituted a seizure. This did not affect the outcome of the appeal. However, no finding on whether the Impugned Provisions contemplate a seizure was made. As for whether the seizure is unreasonable, the general principle is to consider all the circumstances and assess whether the privacy interests of affected persons are outweighed by the public interest in requiring a seizure. The

renseignements. En 2010, les États-Unis ont modifié l'Internal Revenue Code qu'on appelle communément la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). La FATCA a imposé de nouvelles exigences à certaines personnes, dont les citoyens américains, en matière de déclaration directe des actifs financiers détenus à l'extérieur des États-Unis. L'obligation en matière de déclaration concerne des ressortissants américains et elle vise à englober les personnes assujetties aux lois fiscales américaines. La FATCA a été source, pour le gouvernement canadien, de préoccupations quant aux risques que cette loi présente pour le secteur financier canadien et ses clients et investisseurs, de même que pour l'économie canadienne dans son ensemble. Le ministère des Finances a cherché à répondre aux préoccupations du Canada quant à la FATCA par l'intermédiaire de négociations avec son homologue américain. Grâce à ces négociations, le Canada a obtenu plusieurs concessions qui lui ont permis d'atténuer ses préoccupations. Il en a résulté un accord entre le Canada et les États-Unis (l'accord intergouvernemental ou l'AIG). Le Canada a mis en œuvre ses obligations aux termes de l'AIG en adoptant les dispositions contestées : la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux.*

De façon générale, les appelantes ont fait valoir que la saisie était déraisonnable pour les motifs suivants : 1) l'objectif des dispositions contestées n'était pas motivé par les intérêts du Canada; il consistait simplement à contribuer aux intérêts de l'IRS; 2) les renseignements saisis pourraient concerner des personnes qui n'ont pas de véritables liens avec les États-Unis ou des personnes qui ne sont pas elles-mêmes assujetties à l'imposition universelle américaine; et 3) l'IRS pourrait utiliser les renseignements pour la mise en application de ses lois fiscales, notamment pour intenter des poursuites pour évasion fiscale.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les dispositions contestées ne prévoyaient pas des fouilles ou des saisies abusives aux termes de l'article 8 de la Charte.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les dispositions contestées ne contreviennent pas à l'article 8 de la Charte. Il convient d'examiner deux aspects de l'article 8, à savoir s'il y a une fouille ou une saisie; le cas échéant, si la fouille ou la saisie est déraisonnable. Aux fins du présent appel, il a été présumé que le respect des dispositions contestées constituait une saisie. Cela n'avait pas d'incidence sur l'issue de l'appel. Cependant, la question de savoir si les dispositions contestées prévoyaient une saisie n'a pas été tranchée. Quant à la question de savoir si la saisie est déraisonnable, le principe général veut que l'on examine l'ensemble des circonstances et que l'on évalue la question de savoir si l'intérêt public d'une

Federal Court determined that the public interest outweighed the privacy interests in this case and therefore the contemplated seizure was reasonable.

The appellants submitted in particular that the Federal Court erred in law in reaching the conclusion that the state's interest in enacting the Impugned Provisions outweighed its intrusion into the privacy interests of affected persons. The appellants' submissions did not affect the Federal Court's conclusion that the contemplated seizure was reasonable for purposes of section 8 of the Charter. The appellants submission that the purpose of the Impugned Provisions is to facilitate the interests of the U.S. was rejected. The Federal Court found that the Impugned Provisions were enacted principally to address a concern within Canada and this finding did not give rise to a reviewable error and was amply supported by the record. While it is true that the effect of the Impugned Provisions is to assist the United States with administering its tax laws, the principal purpose of the Impugned Provisions from Canada's perspective was to mitigate the perceived risk that FATCA presented in Canada. The avoidance of the direct application of FATCA was exactly the type of consideration that was relevant for purposes of section 8. Accordingly, and contrary to the appellants' submissions, the Federal Court did not err by taking Canada's objective of avoiding FATCA into account when considering whether the contemplated seizure was reasonable for purposes of section 8.

Respecting the risk of criminal prosecution, it was assumed that the seized information might be used for a criminal prosecution for tax evasion in the U.S. The Impugned Provisions are clearly regulatory in nature and are similar to information automatically provided to the Canada Revenue Agency (CRA) for regulatory purposes. Further, the automatic disclosure of information embodied in the Impugned Provisions has gained widespread international support through the development of a common reporting standard. Thus, it was difficult to see how a seizure contemplated by the Impugned Provisions significantly intruded into privacy interests, as the appellants appeared to suggest. In the result, it was concluded that the Impugned Provisions do not intrude significantly on the privacy interests of affected persons simply on the basis that the information may possibly be used for a criminal prosecution.

Finally, contrary to what the appellants argues, the Impugned Provisions were not harsh and burdensome. The Impugned

demande de saisie l'emporte sur le droit au respect de la vie privée des personnes touchées. La Cour fédérale a jugé, en l'espèce, que l'intérêt public l'emportait sur le droit au respect de la vie privée et que, par conséquent, la saisie prévue était raisonnable.

Les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en parvenant à la conclusion que l'intérêt qu'il y a pour l'État à adopter les dispositions contestées l'emportait sur l'atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées. Les observations des appelantes n'ont pas eu d'incidence sur la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la saisie prévue était raisonnable aux fins de l'article 8 de la Charte. L'observation des appelantes portant que l'objectif des dispositions contestées est de contribuer aux intérêts des États-Unis a été rejetée. La Cour fédérale a conclu que les dispositions contestées ont été adoptées principalement pour répondre à une préoccupation au Canada et que cette conclusion ne donnait pas lieu à une erreur susceptible de révision et qu'elle était bel et bien largement corroborée par le dossier. S'il est vrai que l'effet des dispositions contestées est d'aider les États-Unis dans l'application de leurs lois fiscales, le principal objectif des dispositions contestées, du point de vue du Canada, était d'atténuer le risque perçu que la FATCA présentait au Canada. Le fait d'éviter l'application directe de la FATCA était exactement le type de considération qui était pertinent aux fins de l'article 8 de la Charte. Par conséquent, et contrairement aux observations des appelantes, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tenant compte de l'objectif du Canada d'éviter la FATCA lorsqu'elle s'est penchée sur la question de savoir si la saisie prévue était raisonnable aux fins de l'article 8 de la Charte.

En ce qui concerne le risque de poursuite criminelle, il a été présumé que les renseignements saisis pourraient être utilisés pour des poursuites criminelles pour évasion fiscale aux États-Unis. Les dispositions contestées sont clairement de nature réglementaire et elles sont semblables aux renseignements automatiquement communiqués à l'Agence de revenu du Canada (ARC) à des fins réglementaires. En outre, la communication automatique de renseignements prévue dans les dispositions contestées a reçu un large soutien international grâce à la création d'une norme de déclaration commune. Par conséquent, il était difficile de voir en quoi une saisie prévue par les dispositions contestées portait considérablement atteinte aux droits à la vie privée, comme les appelantes semblaient l'indiquer. Par conséquent, il a été conclu que les dispositions contestées ne portent pas considérablement atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées, simplement pour le motif que les renseignements pourraient éventuellement être utilisés aux fins de poursuites criminelles.

Finalement, les dispositions contestées n'étaient ni strictes ou contraignantes comme l'alléguaient les appelantes. Les

Provisions were an example of international cooperation in the administration of income tax laws. The record suggested that such cooperation is widely accepted and has been strengthened in recent years. Moreover, the appellants did not demonstrate that the Impugned Provisions were more intrusive than is necessary to be effective or that Canada could have achieved a more favourable outcome for affected persons.

In conclusion, the issues raised by the appellants in the appeal did not affect the conclusion reached by the Federal Court. Therefore, the Court did not err in concluding that the Impugned Provisions do not violate section 8 of the Charter.

dispositions contestées étaient un exemple de coopération internationale dans le cadre de l'administration des lois relatives à l'impôt sur le revenu. Le dossier indiquait que cette coopération est largement acceptée et qu'elle s'est renforcée ces dernières années. De plus, les appelantes n'ont pas démontré que les dispositions contestées étaient plus intrusives que ce qui est nécessaire pour qu'elles soient efficaces ou que le Canada aurait pu obtenir un résultat plus favorable pour les personnes touchées.

En conclusion, les questions soulevées par les appelantes dans le présent appel n'ont modifié en rien la conclusion tirée par la Cour fédérale. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les dispositions contestées ne contreviennent pas à l'article 8 de la Charte.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act, S.C. 2014, c. 20, s. 99.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 8, 15.
Income Tax Act, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 263–281.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], art. 1, 7, 8, 15.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5ᵉ suppl.), ch. 1, art. 263–281.
Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux, L.C. 2014, ch. 20, art. 99.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and Capital, [1984] Can. T.S. No. 15, Art. XXVII.
United States. *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), 2010.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, [1984] R.T. Can. nº 15, art. XXVII.
États-Unis. *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA), 2010.

CASES CITED

FOLLOWED:

R. v. Jarvis, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757.

APPLIED:

R. v. Le, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692; *R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220.

DISTINGUISHED:

R. v. Jarvis, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757 (as to facts).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

R. c. Jarvis, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757.

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

R. c. Le, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

R. c. Jarvis, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757 (quant aux faits).

CONSIDERED:

Hillis v. Canada (Attorney General), 2015 FC 1082, [2016] 2 F.C.R. 235.

REFERRED TO:

R. v. Dyment, [1988] 2 S.C.R. 417, 55 D.L.R. (4th) 503; *Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, 11 D.L.R. (4th) 641.

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 960, [2020] 1 F.C.R. 411) dismissing an action brought by the appellants claiming in part that Canadian legislation regarding compliance with U.S. taxation laws was unconstitutional. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Gregory P. DelBigio, Q.C., for appellants.
Michael Taylor, *Whitney Dunn*, and *Adrienne Copithorne* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Thorsteinssons LLP, Vancouver, for appellants.

Deputy Attorney General of Canada for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

WOODS J.A.:

I. Overview

[1] The appellants, Gwendolyn Louise Deegan and Kazia Highton, are residents and citizens of Canada. They are also citizens of the United States as a result of being born there. Neither appellant has any real ongoing connection with the United States.

[2] As citizens of the United States, the appellants are subject to income tax in that country on their worldwide income, and are subject to annual reporting obligations to the U.S. Internal Revenue Service (IRS).

DÉCISION EXAMINÉE :

Hillis c. Canada (Procureur général), 2015 CF 1082, [2016] 2 R.C.F. 235.

DÉCISIONS MENTIONNÉES:

R. c. Dyment, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 960, [2020] 1 R.C.F. 411) rejetant une action intentée par les appelantes qui alléguaient en partie que les lois canadiennes relatives à la conformité aux lois fiscales américaines étaient inconstitutionnelles. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Gregory P. DelBigio, C.R., pour les appelantes.
Michael Taylor, *Whitney Dunn* et *Adrienne Copithorne* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Thorsteinssons LLP, Vancouver, pour les appelantes.
Le sous-procureur général du Canada pour les intimés.

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

LA JUGE WOODS, J.C.A. :

I. Contexte

[1] Les appelantes, Gwendolyn Louise Deegan et Kazia Highton, sont des résidentes et des citoyennes du Canada. Elles sont aussi des citoyennes des États-Unis, étant nées là-bas. Aucune des appelantes n'a un lien soutenu avec les États-Unis.

[2] En tant que citoyennes des États-Unis, les appelantes sont assujetties dans ce pays à l'impôt sur leur revenu de toutes provenances et aux obligations relatives à la présentation de déclarations annuelles à l'agence américaine du revenu, l'IRS [Internal Revenue Service].

[3] In 2014, Canada enacted legislation (Impugned Provisions) that assists the United States in its compliance efforts relating to accounts held outside the United States by persons subject to worldwide U.S. taxation. The Impugned Provisions require Canadian financial institutions to file with the Minister of National Revenue (Minister) account information concerning their customers that may be subject to worldwide U.S. taxation. Canada is required to disclose this information to the United States.

[4] The appellants brought an action in the Federal Court which claims, among other things, that the Impugned Provisions are *ultra vires* Parliament and are unconstitutional. The hearing of the action was divided into two parts. The *ultra vires* claims were heard first and were dismissed by Martineau J. (*Hillis v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1082, [2016] 2 F.C.R. 235). The constitutional claims were subsequently dismissed by Mactavish J., as she then was (*Deegan v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 960, [2020] 1 F.C.R. 411). This is an appeal from the latter decision. Although there was an appeal from the earlier decision, it has been withdrawn.

[5] This appeal involves a single issue: Did the Federal Court err when it concluded that the Impugned Provisions do not contemplate an unreasonable search or seizure for purposes of section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter)? The Federal Court also determined that the Impugned Provisions do not violate section 15 of the Charter, and this determination has not been appealed.

[6] With respect to section 8 of the Charter, the Federal Court determined that the Impugned Provisions contemplate a seizure, but not an unreasonable one. The basis for the Court's reasonableness finding was that: (1) persons affected by the Impugned Provisions have

[3] En 2014, le Canada a adopté des lois (les dispositions contestées) en vue d'aider les États-Unis dans leurs efforts déployés pour assurer la conformité fiscale des personnes qui détiennent des comptes à l'extérieur des États-Unis et qui sont assujetties à l'imposition universelle américaine. Les dispositions contestées exigent que les institutions financières canadiennes déposent auprès du ministre du Revenu national (le ministre) les renseignements sur les comptes de leurs clients qui pourraient être assujettis à l'imposition universelle américaine. Le Canada est tenu de divulguer aux États-Unis ces renseignements.

[4] Alléguant, entre autres choses, que les dispositions contestées outrepassaient la compétence du législateur et qu'elles étaient inconstitutionnelles, les appelantes ont intenté une action devant la Cour fédérale. L'instruction de l'action a été divisée en deux parties. Les allégations d'excès des pouvoirs conférés ont d'abord été entendues, puis rejetées, par le juge Martineau (*Hillis c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1082, [2016] 2 R.C.F. 235). Les demandes de nature constitutionnelle ont ensuite été rejetées par la juge Mactavish, alors juge à la Cour fédérale (*Deegan c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 960, [2020] 1 R.C.F. 411). C'est sur cette dernière décision que porte le présent appel. Même si un appel a été interjeté à l'encontre de la première de ces deux décisions, il a fait l'objet d'un désistement.

[5] Le présent appel porte sur une seule question : la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les dispositions contestées ne prévoyaient pas des fouilles ou des saisies abusives aux termes de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44] (la Charte)? La Cour fédérale a également jugé que les dispositions contestées ne contrevenaient pas à l'article 15 de la Charte et cette décision n'a pas fait l'objet d'un appel.

[6] Relativement à l'article 8 de la Charte, la Cour fédérale a jugé que les dispositions contestées prévoyaient une saisie, mais que cette dernière était raisonnable. Le fondement de la conclusion de la Cour, selon laquelle la disposition était raisonnable, était que : 1) le droit au respect

very little privacy interest in the seized information, and (2) Canada had an important objective in enacting the Impugned Provisions.

[7] In this appeal, the appellants are represented by different counsel from those who appeared in the Federal Court, and some of their submissions were not discussed in the reasons of the Court below. Broadly, the appellants submit that the seizure is unreasonable because: (1) the purpose of the Impugned Provisions was not driven by Canada's interests; it simply was to facilitate the interests of the IRS; (2) the seized information may belong to persons with no real connections to the United States, or to persons who are not themselves subject to worldwide U.S. taxation; and (3) the IRS may use the information for the enforcement of its tax laws, including for prosecution of tax evasion.

[8] As I will explain, I conclude that the Federal Court did not err in finding that the Impugned Provisions do not violate section 8 of the Charter. Accordingly, I would dismiss the appeal.

II. Factual background

A. *The FATCA context*

[9] In 2010, the United States enacted amendments to the Internal Revenue Code, which are commonly referred to as the *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). The Federal Court's reasons, at paragraphs 20–30, provide a detailed description of FATCA as it applies to individuals. A brief summary is provided below.

[10] The Court wrote that "[i]n an effort to thwart tax evasion through the use of off-shore bank accounts, *FATCA* imposed new reporting requirements on certain persons, including U.S. citizens, with respect to financial assets held outside the U.S." (at paragraph 22). The reporting obligation applies to U.S. persons, and is intended to "capture individuals who are subject to U.S. tax

de la vie privée des personnes concernées par les dispositions contestées était très restreint en ce qui concerne les renseignements saisis et 2) le Canada avait un objectif important lorsqu'il a adopté les dispositions contestées.

[7] Dans le présent appel, les appelantes sont représentées par des avocats différents de ceux qui les représentaient à la Cour fédérale et certaines de leurs observations n'ont pas été examinées dans les motifs de la cour de première instance. De façon générale, les appelantes font valoir que la saisie est déraisonnable pour les motifs suivants : 1) l'objectif des dispositions contestées n'était pas motivé par les intérêts du Canada; il consistait simplement à contribuer aux intérêts de l'IRS; 2) les renseignements saisis peuvent concerner des personnes qui n'ont pas de véritables liens avec les États-Unis ou des personnes qui ne sont pas elles-mêmes assujetties à l'imposition universelle américaine et 3) l'IRS peut utiliser les renseignements pour la mise en application de ses lois fiscales, notamment pour intenter des poursuites pour évasion fiscale.

[8] Comme je l'expliquerai, je conclus que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les dispositions contestées ne contreviennent pas à l'article 8 de la Charte. Par conséquent, je rejetterais l'appel.

II. Le contexte factuel

A. *Le contexte de la FATCA*

[9] En 2010, les États-Unis ont modifié l'Internal Revenue Code qu'on appelle communément la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). Les motifs de la Cour fédérale, aux paragraphes 20 à 30, fournissent une description détaillée de la FATCA qui s'applique aux particuliers. Un bref résumé est fourni ci-dessous.

[10] La Cour a écrit que « [v]isant à contrer l'évasion fiscale par le recours à des comptes bancaires étrangers, la FATCA a imposé de nouvelles exigences à certaines personnes, dont les citoyens américains, en matière de déclaration directe des actifs financiers détenus à l'extérieur des États-Unis » (au paragraphe 22). L'obligation en matière de déclaration concerne des ressortissants

laws" (at paragraph 23). By way of background, I note that FATCA also applies to corporations and other persons who are not individuals. However, most of the evidence regarding FATCA before the Federal Court related to affected persons who were individuals. No one made any submissions on this and I assume that it does not affect the outcome in this appeal.

[11] FATCA also imposed a reporting obligation on foreign financial institutions, which requires these institutions to "disclose the identity of U.S. persons who are beneficial owners of foreign financial accounts" (at paragraph 27). FATCA gives "foreign banks the choice of opting in or out of the *FATCA* regime," but if they opt out they will be subject to a 30 percent withholding tax on U.S. source payments (at paragraph 29).

[12] The obligations imposed on foreign financial institutions by FATCA are extensive (at paragraphs 20–30). For example, the foreign financial institution is required to determine whether a customer may be subject to FATCA by having regard to several indicia or connections to the United States, such as an address or telephone number, or an "in-care-of" or "hold mail" address as the sole address on file. If any such indicia are satisfied, the financial institution is required to contact the customer to determine whether they are subject to FATCA. If the customer refuses to provide this information, the financial institution must impose the 30 percent withholding tax on U.S. source payments to that customer.

[13] The Government of Canada was concerned with risks that FATCA "posed for the Canadian financial sector, its customers and investors, and the Canadian economy as a whole" (at paragraph 31). According to Kevin Shoom of the Department of Finance, whose affidavit was before the Federal Court, the Department was concerned that a "broad application of *FATCA* would have serious negative consequences for the Canadian financial system and for the Canadians who rely upon it" (at paragraphs 32–33). This concern was confirmed

américains et elle vise à « englober les personnes assujetties aux lois fiscales américaines » (au paragraphe 23). À titre informatif, je tiens à souligner que la FATCA s'applique également aux sociétés et à d'autres personnes qui ne sont pas des particuliers. Cependant, la plupart des éléments de preuve concernant la FATCA, qui ont été présentés à la Cour fédérale, se rapportaient à des personnes touchées qui étaient des particuliers. Personne n'a formulé d'observations à ce sujet et je présume que cela n'a pas d'incidence sur l'issue du présent appel.

[11] La FATCA a aussi imposé aux institutions financières étrangères une obligation en matière de déclaration qui exige d'elles qu'elles « divulguent l'identité des personnes des États-Unis qui sont propriétaires bénéficiaires de comptes financiers étrangers » (au paragraphe 27). La FATCA offre aux « banques étrangères la possibilité d'adhérer ou non au régime de la FATCA », mais si elles refusent d'y adhérer, elles seront frappées d'une retenue fiscale de 30 p. 100 à l'égard des paiements de source américaine (au paragraphe 29).

[12] Les obligations imposées aux institutions financières étrangères par la FATCA sont vastes (aux paragraphes 20 à 30). Par exemple, les institutions financières étrangères sont tenues d'établir si un client pourrait être assujetti à la FATCA en tenant compte de plusieurs indices ou liens avec les États-Unis, comme une adresse ou un numéro de téléphone ou une simple mention, sur la correspondance, de l'expression « aux soins de » ou « retenir le courrier ». Dans ces cas, les institutions financières sont tenues de communiquer avec le client afin d'établir s'il est assujetti à la FATCA. Si le client refuse de fournir ces renseignements, les institutions financières devront imposer à ce client la retenue fiscale de 30 p. 100 à l'égard des paiements de source américaine.

[13] La FATCA a été source, pour le gouvernement canadien, de préoccupations quant aux risques que cette loi « présente pour le secteur financier canadien et ses clients et investisseurs, de même que pour l'économie canadienne dans son ensemble » (au paragraphe 31). Selon Kevin Shoom du ministère des Finances, dont l'affidavit a été déposé à la Cour fédérale, le ministère des Finances se préoccupait de la possibilité qu'une « application étendue de la FATCA entraîne de lourdes conséquences défavorables pour le système financier

by Matthias Oschinski, an expert in economic impact analysis, whose affidavit was likewise before the Federal Court (at paragraph 32, at footnote 3).

B. *The Impugned Provisions*

[14] The Department of Finance sought to address Canada's concerns with FATCA through negotiations with its United States counterparts. The Federal Court describes the negotiations and their results in its reasons at paragraphs 40–107.

[15] Through these negotiations, which were extensive, Canada obtained a number of concessions that mitigated Canada's concerns. The result was an agreement between Canada and the United States (Intergovernmental Agreement or IGA). Canada implemented its obligations under the IGA by enacting the Impugned Provisions: *Canada-United States Enhanced Tax Information Exchange Agreement Implementation Act*, S.C. 2014, c. 20, at section 99; and *Income Tax Act*, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), at sections 263–269.

[16] One significant difference between the Impugned Provisions and FATCA is that the Impugned Provisions do not require Canadian financial institutions to report directly to the United States. Instead, this obligation is imposed on the Minister who in effect acts as an intermediary. Accordingly, Canadian financial institutions are required to provide the Minister with specified information and the Minister is required to provide this information to the United States. The disclosure to the United States is effected through the exchange of information provisions in Article XXVII of the *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and Capital* [[1984] Can. T.S. No. 15] (Tax Treaty).

III. Preliminary issues

[17] As mentioned earlier, this is an appeal from the 2019 decision of Mactavish J. The decision dealt with

canadien et pour les Canadiens qui en dépendent » (aux paragraphes 32 à 33). Matthias Oschinski, expert en analyse d'impacts économiques, dont l'affidavit a également été déposé à la Cour fédérale, a confirmé cette préoccupation (au paragraphe 32, note de bas de page 3).

B. *Les dispositions contestées*

[14] Le ministère des Finances a cherché à répondre aux préoccupations du Canada quant à la FATCA par l'intermédiaire de négociations avec son homologue américain. La Cour fédérale décrit les négociations et leurs résultats dans ses motifs, aux paragraphes 40 à 107.

[15] Grâce à ces négociations approfondies, le Canada a obtenu plusieurs concessions qui lui ont permis d'atténuer ses préoccupations. Il en a résulté un accord entre le Canada et les États-Unis (l'accord intergouvernemental ou l'AIG). Le Canada a mis en œuvre ses obligations aux termes de l'AIG en adoptant les dispositions contestées : la *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis pour un meilleur échange de renseignements fiscaux*, L.C. 2014, ch. 20, à l'article 99 et la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1 (LIR), aux articles 263 à 269.

[16] Une différence importante entre les dispositions contestées et la FATCA réside dans le fait que les dispositions contestées n'exigent pas que les institutions financières canadiennes rendent compte directement aux États-Unis. Cette obligation est plutôt imposée au ministre qui, en réalité, agit en tant qu'intermédiaire. Par conséquent, les institutions financières canadiennes sont tenues de fournir au ministre certains renseignements et le ministre est tenu de fournir ces renseignements aux États-Unis. La divulgation de renseignements aux États-Unis est assurée par les dispositions concernant l'échange de renseignements à l'article XXVII de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* [[1984] R.T. Can. no 15] (Convention fiscale).

III. Questions préliminaires

[17] Comme je l'ai mentionné précédemment, il s'agit d'un appel de la décision de 2019 rendue par la

three preliminary issues. Although the parties did not raise any of the preliminary issues in this Court, I will discuss two of them briefly.

[18] One of the preliminary issues is whether the appellants have standing to bring the constitutional challenge. This is a concern because there was no evidence before the Federal Court that the appellants had yet been directly affected by the Impugned Provisions. The Court concluded that the appellants did not have a sufficient stake in the litigation to have standing as of right (at paragraph 192). However, the Court granted public interest standing to Ms. Deegan (at paragraph 208).

[19] Ms. Deegan and Ms. Highton have both appealed. Ms. Deegan clearly has standing, but the Federal Court did not find that Ms. Highton has standing. It is difficult to see how Ms. Highton has standing on this appeal. However, no one has raised this as an issue, and therefore it would not be appropriate for this Court to remove her as a party.

[20] A second preliminary issue is whether the Federal Court has jurisdiction to grant the constitutional relief sought. This issue was not raised by the parties in the Court below, but the Federal Court properly concluded that it had to be satisfied that it had the appropriate jurisdiction.

[21] The Federal Court discussed this issue extensively (at paragraphs 212–240) and concluded that the Court did have jurisdiction. I agree with this conclusion substantially for the reasons it gave.

IV. Analysis

A. *Introduction*

[22] This appeal concerns section 8 of the Charter, which reads:

juge Mactavish. La décision portait sur trois questions préliminaires. Bien que les parties n'aient soulevé aucune des questions préliminaires devant notre Cour, j'aborderai sommairement deux d'entre elles.

[18] L'une des questions préliminaires est de savoir si les appelantes ont qualité pour introduire la contestation constitutionnelle. Cette question est importante, étant donné qu'aucun élément de preuve, selon lequel les appelantes avaient été touchées directement par les dispositions contestées, n'a été présenté à la Cour fédérale. La Cour a conclu que les appelantes n'avaient pas un intérêt suffisant dans le contentieux pour avoir de plein droit qualité pour agir (au paragraphe 192). Cependant, la Cour a accordé à M^me^ Deegan la qualité pour agir dans l'intérêt public (au paragraphe 208).

[19] M^me^ Deegan et M^me^ Highton ont toutes les deux fait appel. M^me^ Deegan avait clairement qualité pour agir, mais la Cour fédérale n'a pas tiré la même conclusion au sujet de M^me^ Highton. Il est difficile de voir en quoi M^me^ Highton a qualité pour agir dans le présent appel. Cependant, personne n'a soulevé cette question et il ne serait donc pas approprié que notre Cour décide de la retirer en tant que partie au présent appel.

[20] Une deuxième question préliminaire est celle de savoir si la Cour fédérale a compétence pour accorder la mesure sollicitée au titre de la Constitution. Cette question n'a pas été soulevée par les parties devant l'instance inférieure, mais la Cour fédérale a conclu à juste titre qu'elle devait établir qu'elle disposait de la compétence adéquate.

[21] La Cour fédérale a discuté de cette question en détail (aux paragraphes 212 à 240) et a conclu qu'elle avait compétence. Je souscris à cette conclusion, essentiellement pour les motifs qu'elle a donnés.

IV. Discussion

A. *Introduction*

[22] Le présent appel porte sur l'article 8 de la Charte qui est ainsi libellé :

Search or seizure

8 Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

[23] There are two aspects of section 8 to consider. Is there a search or seizure? If so, is the search or seizure unreasonable?

[24] The Federal Court discussed the first requirement very briefly, noting the parties' agreement that the Impugned Provisions contemplate a seizure. The Federal Court accepted this, citing *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at page 431, 55 D.L.R. (4th) 503 (at paragraph 274).

[25] For purposes of this appeal, I assume that adherence to the Impugned Provisions constitutes a seizure. This does not affect the outcome of the appeal. However, I make no finding on whether the Impugned Provisions contemplate a seizure, and would leave that issue for another day.

[26] As for whether the seizure is unreasonable, the general principle is to consider all the circumstances and assess whether the privacy interests of affected persons are outweighed by the public interest in requiring a seizure (*Hunter et al. v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pages 159–160, 11 D.L.R. (4th) 641).

[27] The Federal Court determined that the public interest outweighs the privacy interests in this case and therefore the contemplated seizure is reasonable (at paragraphs 353–354). As I will explain, I conclude that there is no error in this finding.

B. *Standard of review*

[28] The applicable standard of review is well established: "Questions of law on an appeal attract a standard of correctness.… Questions of fact attract a palpable and overriding error standard.… The application of the law to a given factual matrix, that is, whether a legal standard is met, amounts to a question of law and attracts a correctness standard" (*R. v. Le*, 2019 SCC 34, [2019] 2 S.C.R. 692, at paragraph 23).

Fouilles, perquisitions ou saisies

8 Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

[23] Il convient d'examiner deux aspects de l'article 8. Y a-t-il une fouille ou une saisie? Le cas échéant, la fouille ou la saisie est-elle déraisonnable?

[24] La Cour fédérale a discuté très brièvement de la première exigence, en soulignant que les parties s'entendaient sur le fait que les dispositions contestées prévoyaient une saisie. La Cour fédérale a accepté cette affirmation, mentionnant à cet égard l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la page 431.

[25] Aux fins du présent appel, je présume que le respect des dispositions contestées constitue une saisie. Cela n'a pas d'incidence sur l'issue de l'appel. Cependant, je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si les dispositions contestées prévoient une saisie et j'examinerai cette question à une autre occasion.

[26] Quant à la question de savoir si la saisie est déraisonnable, le principe général veut que l'on examine l'ensemble des circonstances et que l'on évalue la question de savoir si l'intérêt public qu'une demande de saisie l'emporte sur le droit au respect de la vie privée des personnes touchées (*Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pages 159 et 160).

[27] La Cour fédérale a jugé, en l'espèce, que l'intérêt public l'emportait sur le droit au respect de la vie privée et que, par conséquent, la saisie prévue était raisonnable (aux paragraphes 353 et 354). Comme je l'expliquerai, je conclus que cette conclusion n'est pas erronée.

B. *Norme de contrôle*

[28] La norme de contrôle applicable est bien établie : « Les questions de droit en appel commandent l'application de la norme de la décision correcte [...] Les questions de fait sont pour leur part assujetties à la norme de l'erreur manifeste et dominante [...] La question de l'application du droit à un cadre factuel donné, c'est-à-dire la question de savoir si un critère fixé par la loi est rempli, est une question de droit qui est contrôlée au moyen de

[29] The Supreme Court has also instructed on the standard of review where the question involves a determination on reasonableness: "While a trial judge is owed deference in relation to her factual findings, whether those factual findings support reasonable suspicion is a question of law, and as such is reviewable on the correctness standard" (*R. v. Chehil*, 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220, at paragraph 60).

C. *Appellants' submissions*

[30] The Federal Court concluded at paragraphs 353–354 that the state's interest in enacting the Impugned Provisions outweighs its intrusion into the privacy interests of affected persons. The Court reached this conclusion by weighing the following findings:

- The principal purpose underlying the Impugned Provisions is to avoid the consequences of the direct application of FATCA in Canada. The Court described this as important.
- Individuals have a limited privacy interest in their banking records, and the method used to collect the information is minimally intrusive.
- The information that is provided to the United States is afforded protection under the Tax Treaty.

[31] The appellants submit that the Federal Court erred in law in reaching this conclusion. In these reasons, the appellants' submissions have been grouped into four general categories:

- What is Canada's purpose in enacting the Impugned Provisions?
- Is the purpose of avoiding FATCA relevant to section 8?

la norme de la décision correcte » (*R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, au paragraphe 23).

[29] La Cour suprême a également donné des directives sur la norme de contrôle à appliquer lorsque la question vise l'établissement du caractère raisonnable : « Bien que les conclusions de fait tirées par le juge commandent la déférence, la question de savoir si elles justifient ou non l'existence des soupçons raisonnables constitue une question de droit, assujettie à la norme de la décision correcte » (*R. c. Chehil*, 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220, au paragraphe 60).

C. *Les observations des appelantes*

[30] La Cour fédérale a conclu, aux paragraphes 353 et 354, que l'intérêt qu'il y a pour l'État à adopter les dispositions contestées l'emporte sur l'atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées. La Cour est arrivée à cette conclusion en soupesant les conclusions suivantes :

- Le principal objectif qui sous-tend les dispositions contestées est d'éviter les conséquences de l'application directe de la FATCA au Canada. La Cour explique que cet objectif est important.
- Les particuliers ont un droit limité au respect de leur vie privée lorsqu'il s'agit de leurs renseignements bancaires et que la méthode employée pour recueillir ces renseignements est peu intrusive.
- Les renseignements qui sont communiqués aux États-Unis sont protégés par la Convention fiscale.

[31] Les appelantes affirment que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en parvenant à cette conclusion. Dans les présents motifs, les observations des appelantes ont été regroupées en quatre catégories générales :

- Quel est l'objectif du Canada en adoptant les dispositions contestées?
- L'objectif d'éviter les conséquences de la FATCA est-il pertinent pour l'application de l'article 8 de la Charte?

- Is there a risk that the seized information will be used to advance a criminal prosecution into tax evasion? If so, is this a significant intrusion of privacy interests?

- Are the Impugned Provisions harsh and burdensome?

[32] As I will explain, the appellants' submissions, considered together or separately, do not affect the Federal Court's conclusion that the contemplated seizure is reasonable for purposes of section 8 of the Charter.

D. *What is Canada's purpose in enacting the Impugned Provisions?*

[33] The appellants submit that the purpose of the Impugned Provisions is to facilitate the interests of the United States. They describe it this way:

> The Impugned Provisions were not enacted in order to address a harm, gap or concern within Canada, which required a legislative response. Instead, the Impugned Provisions were prompted by and a response to what the United States perceived as a deficiency in the enforcement of its income tax laws.

[34] This submission is diametrically opposed to the Federal Court's finding on this issue. As mentioned, the Court found that the Impugned Provisions were enacted principally to address a concern within Canada (at paragraph 353). As the Court wrote: "[A] major purpose for the enactment of the Impugned Provisions was to avoid the potentially catastrophic impact of *FATCA* on Canadian financial institutions, their customers and the Canadian economy as a whole" (at paragraph 88).

[35] Although the appellants suggest that this raises a question of law, it is either a question of fact or mixed fact and law to which deference should be given. The Federal Court's finding does not give rise to a reviewable error, and indeed the Court's finding is amply supported by the record.

- Les renseignements saisis risquent-ils d'être utilisés pour intenter une poursuite criminelle pour évasion fiscale? Le cas échéant, s'agit-il d'une atteinte importante aux droits à la vie privée?

- Les dispositions contestées sont-elles strictes et contraignantes?

[32] Comme je l'expliquerai, les observations des appelantes, qu'elles soient examinées globalement ou séparément, n'ont pas d'incidence sur la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la saisie prévue est raisonnable aux fins de l'article 8 de la Charte.

D. *Quel est l'objectif du Canada en adoptant les dispositions contestées?*

[33] Les appelantes soutiennent que l'objectif des dispositions contestées est de contribuer aux intérêts des États-Unis. Elles l'expliquent de la manière suivante :

> [traduction] Les dispositions contestées n'ont pas été adoptées pour réparer un tort, combler une lacune ou répondre à une préoccupation au Canada qui nécessitait une réponse législative. Les dispositions contestées ont plutôt été motivées par ce que les États-Unis ont perçu comme une lacune dans la mise en application de leurs lois relatives à l'impôt sur le revenu et ces dispositions se veulent une réponse à cette perception.

[34] Cette observation est diamétralement opposée à la conclusion de la Cour fédérale sur cette question. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour a conclu que les dispositions contestées ont été adoptées principalement pour répondre à une préoccupation au Canada (au paragraphe 353). Comme la Cour l'a écrit : « [u]n objectif majeur de l'adoption de ces dispositions était d'éviter l'impact potentiellement catastrophique de la FATCA sur les institutions financières canadiennes, leurs clients et l'économie canadienne dans son ensemble » (au paragraphe 88).

[35] Même si les appelantes indiquent que cela soulève une question de droit, il s'agit soit d'une question de fait soit d'une question mixte de fait et de droit à l'égard de laquelle il convient de faire preuve de déférence. La conclusion de la Cour fédérale ne donne pas lieu à une erreur susceptible de révision et la conclusion de la Cour est bel et bien largement corroborée par le dossier.

E. *Is the purpose of avoiding FATCA relevant to section 8?*

[36] The appellants submit that the state interest in avoiding the consequences of FATCA is not relevant to the reasonableness test in section 8 of the Charter. They submit that this factor should instead be taken into account in considering the saving provision in section 1 of the Charter. Section 1 provides that the rights set out in the Charter are subject "only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society" (emphasis added). This issue was not discussed in the Court below.

[37] Sections 8 and 1 of the Charter both contain a reasonableness test. The appellants did not refer to any judicial authority to support that the section 8 reasonableness test does not encompass a state interest in avoiding the consequences of FATCA. The appellants submit that the purpose of avoiding FATCA "goes to the very fabric of what can be 'demonstrably justified in a free and democratic society'". Further, they submit that "[t]his is not simply the normative balance of determining the reasonable expectation of balance [*sic*] against the objectives of a law designed to address a risk within Canada or somehow better the lives of people within Canada."

[38] It is true that the effect of the Impugned Provisions is to assist the United States with administering its tax laws. However, the principal purpose of the Impugned Provisions from Canada's perspective is to mitigate the perceived risk that FATCA presented in Canada. Contrary to the appellants' submissions, the Impugned Provisions were designed to address a risk within Canada and better the lives of people in Canada.

[39] In *Southam*, the Supreme Court instructed that the relevant state interest to be considered under section 8 of the Charter is "its rationality in furthering some valid

E. *L'objectif d'éviter les conséquences de la FATCA est-il pertinent pour l'application de l'article 8 de la Charte?*

[36] Selon les appelantes, l'intérêt qu'il y a pour l'État à éviter les conséquences de la FATCA n'est pas pertinent pour le critère sur le caractère raisonnable énoncé à l'article 8 de la Charte. Elles soutiennent que ce critère devrait plutôt être pris en compte lors de l'examen de la disposition d'exception à l'article premier de la Charte. L'article premier dispose que les droits énoncés dans la Charte ne peuvent être restreints « que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (mon soulignement). La présente question n'a pas été discutée devant l'instance inférieure.

[37] L'article 8 et l'article premier de la Charte contiennent tous les deux un critère sur le caractère raisonnable. Les appelantes n'ont invoqué aucune jurisprudence pour étayer le fait que le critère sur le caractère raisonnable à l'article 8 de la Charte n'englobe pas l'intérêt qu'il y a pour l'État à éviter les conséquences de la FATCA. Les appelantes soutiennent que l'objectif d'éviter les conséquences de la FATCA [TRADUCTION] « touche la trame même d'une "justification qui peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique" ». En outre, elles soutiennent [TRADUCTION] qu'« [i]l ne s'agit pas simplement de l'équilibre normatif qui consiste à établir l'attente raisonnable d'équilibre (*sic*) en fonction des objectifs d'une loi qui vise à gérer un risque au Canada ou, d'une manière ou d'une autre, à améliorer la vie des gens au Canada ».

[38] Il est vrai que l'effet des dispositions contestées est d'aider les États-Unis dans l'application de leurs lois fiscales. Cependant, le principal objectif des dispositions contestées, du point de vue du Canada, est d'atténuer le risque perçu que la FATCA présentait au Canada. Contrairement aux observations des appelantes, les dispositions contestées visaient à gérer un risque au Canada et à améliorer la vie des gens au Canada.

[39] Dans l'arrêt *Southam*, la Cour suprême a indiqué que l'intérêt de l'État pertinent à prendre en compte aux termes de l'article 8 de la Charte est « sa rationalité

government objective" (at page 157). The avoidance of the direct application of FATCA is exactly the type of consideration that is relevant for purposes of section 8.

[40] Accordingly, the Federal Court did not err by taking Canada's objective of avoiding FATCA into account when considering whether the contemplated seizure is reasonable for purposes of section 8.

F. *Is there a risk of criminal prosecution, and is this factor significant?*

[41] The appellants submit that the United States may use the seized information "for the enforcement of its tax laws including for the prosecution of tax evasion." I understand this argument to be that the possibility of a U.S. criminal prosecution arising from the use of the seized information significantly intrudes into the privacy interests of affected persons. It appears that this issue was not raised in the Court below.

[42] The first question is whether the appellants' statement is accurate. Is it possible that the United States may use the seized information to further a criminal prosecution?

[43] There is some support for this in the record. The evidence before the Federal Court includes an expert report by Bryan C. Skarlatos, a U.S. attorney, who was asked by the Crown to address this question: "What procedural, notice, and substantive rights does an individual accused by the United States of a tax related offence possess?" In his report, Mr. Skarlatos did not suggest that the seized information was protected from use for criminal enforcement. Although the question to Mr. Skarlatos is very broad, his answer provides some support for the appellants' position that the seized information may be used in a tax evasion prosecution.

dans la poursuite de quelque objectif gouvernemental valable » (à la page 157). Le fait d'éviter l'application directe de la FATCA est exactement le type de considération qui est pertinent aux fins de l'article 8 de la Charte.

[40] Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en tenant compte de l'objectif du Canada d'éviter la FATCA lorsqu'elle s'est penchée sur la question de savoir si la saisie prévue est raisonnable aux fins de l'article 8 de la Charte.

F. *Y a-t-il un risque de poursuite criminelle et s'agit-il d'un facteur important?*

[41] Selon les appelantes, les États-Unis pourraient utiliser les renseignements saisis [TRADUCTION] « pour la mise en application de leurs lois fiscales, notamment pour intenter des poursuites pour évasion fiscale ». Je crois comprendre qu'en avançant cet argument, les appelantes font valoir la possibilité qu'une poursuite criminelle intentée aux États-Unis et découlant de l'utilisation de renseignements saisis porte considérablement atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées. Il semble que cette question n'ait pas été soulevée devant l'instance inférieure.

[42] La première question est de savoir si la déclaration des appelantes est exacte. Est-il possible que les États-Unis utilisent des renseignements saisis pour intenter des poursuites criminelles?

[43] Il y a des éléments à l'appui de cette déclaration dans le dossier. Parmi les éléments de preuve dont disposait la Cour fédérale figurait un rapport d'expert de Bryan C. Skarlatos, un avocat américain, à qui la Couronne a demandé de répondre à la question suivante : [TRADUCTION] « De quels droits procéduraux, droits au préavis et droits fondamentaux dispose un particulier accusé par les États-Unis d'une infraction fiscale? » Dans son rapport, M. Skarlatos n'a pas indiqué que les renseignements saisis sont protégés contre une utilisation à des fins d'application du droit criminel. Bien que la question qui a été posée à M. Skarlatos soit très large, sa réponse étaye dans une certaine mesure la thèse des appelantes selon laquelle les renseignements saisis pourraient être utilisés dans une poursuite pour évasion fiscale.

[44] I also note that the exchange of information provisions in the Tax Treaty, which apply to the seized information, permit exchanged information to be used for domestic income tax purposes in general. This would include a criminal prosecution.

[45] Accordingly, for purposes of this appeal, I assume that the seized information may be used for a criminal prosecution for tax evasion in the United States.

[46] The next question is whether this possibility is a significant intrusion into the privacy interests of affected persons. The starting point is *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757 in which the Supreme Court made a distinction between audit and investigative materials obtained by the Canada Revenue Agency (CRA).

[47] With respect to audit materials, the Court considered section 8 of the Charter and concluded that "taxpayers have very little privacy interest in the materials and records that they are obliged to keep under the ITA, and that they are obliged to produce during an audit.… [T]here is nothing preventing auditors from passing to investigators their files containing validly obtained audit materials" (*Jarvis*, at paragraph 95). Accordingly, section 8 does not prevent audit material from being used for a criminal prosecution by the CRA.

[48] The Court in *Jarvis* took a different view of criminal investigative materials and section 7 of the Charter. Section 7 protects against self-incrimination:

> **Life, liberty and security of person**
>
> **7** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[49] With respect to section 7, the Court wrote that: "when the predominant purpose of a question or

[44] Je remarque également que les dispositions concernant l'échange de renseignements dans la Convention fiscale, qui s'appliquent aux renseignements saisis, permettent l'utilisation de cet échange de renseignements aux fins relatives à l'impôt sur le revenu national, de façon générale. Cela comprendrait les poursuites criminelles.

[45] Par conséquent, aux fins du présent appel, je présume que les renseignements saisis pourraient être utilisés pour des poursuites criminelles pour évasion fiscale aux États-Unis.

[46] La question suivante est de savoir si cette possibilité porte considérablement atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées. L'arrêt *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, dans lequel la Cour suprême a établi une distinction entre les documents de vérification et les documents d'enquête obtenus par l'Agence du revenu du Canada (ARC), est le point de départ.

[47] En ce qui concerne les documents de vérification, la Cour a examiné l'article 8 de la Charte et a conclu que « le droit au respect de la vie privée du contribuable est très restreint en ce qui concerne les documents et registres qu'il doit tenir conformément à la LIR et produire au cours d'une vérification [...] [R]ien n'empêche les vérificateurs de transmettre leurs dossiers, qui renferment des documents de vérification validement obtenus, aux enquêteurs » (arrêt *Jarvis*, au paragraphe 95). Par conséquent, l'article 8 de la Charte n'empêche pas l'utilisation par l'ARC de documents de vérification aux fins de poursuites criminelles.

[48] Dans l'arrêt *Jarvis*, la Cour a perçu différemment les documents d'enquêtes criminelles et l'article 7 de la Charte. L'article 7 de la Charte protège contre l'auto-incrimination :

> **Vie, liberté et sécurité**
>
> **7** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[49] La Cour a écrit ce qui suit en ce qui concerne l'article 7 de la Charte : « lorsqu'un examen ou une question

inquiry is the determination of penal liability, the 'full panoply' of *Charter* rights are engaged for the taxpayer's protection" (*Jarvis*, at paragraph 96).

[50] The circumstances in this case are quite different from the facts in *Jarvis*. However, the general comments in *Jarvis*, above, concerning the use of audit materials is useful in this case. The Federal Court recognized this when it determined that the Impugned Provisions are "essentially of an administrative nature" (at paragraph 268). This suggests that there is very little privacy interest in the seized information even though the United States may use the information for purposes of a criminal prosecution.

[51] The appellants take issue with one aspect of *Jarvis*. They acknowledge that *Jarvis* characterizes the ITA as a regulatory statute even though non-compliance with the statute may lead to criminal charges. However, the appellants suggest there is nothing regulatory about prosecutions under the ITA and that a more nuanced approach to characterizing the ITA should be taken. They suggest that it is timely and appropriate to revisit the comment in *Jarvis* that the ITA is a regulatory statute.

[52] *Jarvis* is of course binding on the Federal Court and this Court. Accordingly, Justice Mactavish did not err in relying on it.

[53] As for whether the comment from *Jarvis* should be revisited by the Supreme Court, the appellants have failed to demonstrate that this is appropriate in the context of this case.

[54] The Impugned Provisions are clearly regulatory in nature. As set out in the Federal Court's reasons, the Impugned Provisions are similar to information automatically provided to the CRA for regulatory purposes (e.g., T4s by employers, T5s by financial institutions, and taxpayers' annual disclosure of foreign holdings).

a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, 'toute la panoplie' des droits garantis par la *Charte* entre en jeu pour le protéger » (arrêt *Jarvis*, au paragraphe 96).

[50] Les circonstances en l'espèce sont assez différentes des faits dans l'arrêt *Jarvis*. Cependant, les commentaires généraux dans l'arrêt *Jarvis* précité, concernant l'utilisation de documents de vérification, sont utiles en l'espèce. C'est ce que la Cour fédérale a reconnu lorsqu'elle a établi que les dispositions contestées étaient « essentiellement de nature administrative » (au paragraphe 268). Cela veut dire que le droit au respect à la vie privée est très restreint en ce qui concerne les renseignements saisis, même si les États-Unis peuvent utiliser les renseignements pour les fins d'une poursuite criminelle.

[51] Les appelantes contestent un aspect de l'arrêt *Jarvis*. Elles reconnaissent que l'arrêt *Jarvis* qualifie la LIR de loi de nature réglementaire, bien que le non-respect de cette loi puisse donner lieu à des accusations criminelles. Cependant, les appelantes indiquent que les poursuites intentées en vertu de la LIR n'ont rien de réglementaire et qu'une approche plus nuancée devrait être adoptée pour décrire la LIR. Elles affirment qu'il est opportun et approprié de revenir sur le commentaire dans l'arrêt *Jarvis* selon lequel la LIR est une loi de nature réglementaire.

[52] L'arrêt *Jarvis* lie évidemment la Cour fédérale et notre Cour. Par conséquent, la juge Mactavish n'a pas commis d'erreur en s'appuyant sur cet arrêt.

[53] En ce qui concerne la question de savoir si la Cour suprême devrait revenir sur le commentaire dans l'arrêt *Jarvis*, les appelantes ne se sont pas acquittées du fardeau de démontrer qu'il y a lieu de le faire dans le contexte de l'espèce.

[54] Les dispositions contestées sont clairement de nature réglementaire. Comme cela a été exposé dans les motifs de la Cour fédérale, les dispositions contestées sont semblables aux renseignements automatiquement communiqués à l'ARC à des fins réglementaires (par exemple les feuillets T4 délivrés par les employeurs, les feuillets T5 délivrés par les institutions financières

et la déclaration annuelle par les contribuables d'avoirs étrangers).

[55] Further, the automatic disclosure of information embodied in the Impugned Provisions has gained widespread international support through the development of a common reporting standard. The standard is reflected in amendments to the ITA in sections 270–281.

[55] En outre, la communication automatique de renseignements prévue dans les dispositions contestées a reçu un large soutien international grâce à la création d'une norme de déclaration commune. Cette norme est mentionnée dans les modifications apportées à la LIR, aux articles 270 à 281.

[56] It is difficult to see how a seizure contemplated by the Impugned Provisions significantly intrudes into privacy interests, as the appellants appear to suggest. Accordingly, I see no reason in this case to revisit the comment in *Jarvis* that the entire ITA is a regulatory statute.

[56] Il est difficile de voir en quoi une saisie prévue par les dispositions contestées porte considérablement atteinte aux droits à la vie privée, comme les appelantes semblent l'indiquer. Par conséquent, je ne vois aucune raison en l'espèce de revenir sur le commentaire figurant dans l'arrêt *Jarvis* selon lequel toute la LIR est de nature réglementaire.

[57] At the hearing, the appellants further suggest that the predominant purpose test developed in *Jarvis* in the context of section 7 of the Charter, should be imported into the Impugned Provisions. This test provides that, with respect to section 7, if the predominant purpose of an inquiry is the determination of penal liability, the "full panoply" of Charter rights applies (*Jarvis*, at paragraph 96).

[57] Lors de l'audience, les appelantes ont en outre affirmé que le critère de l'objet prédominant établi dans l'arrêt *Jarvis*, dans le contexte de l'article 7 de la Charte, devrait être introduit dans les dispositions contestées. Ce critère prévoit qu'en ce qui concerne l'article 7, si un examen a pour objet prédominant d'établir la responsabilité pénale du contribuable, « toute la panoplie » des droits garantis par la Charte s'applique (arrêt *Jarvis*, au paragraphe 96).

[58] The appellants were not able to describe with specificity how the *Jarvis* predominant purpose test could apply to the Impugned Provisions. Without a clearer explanation from the appellants as to how the predominant purpose test is relevant in this appeal, the submission will not be pursued further.

[58] Les appelantes n'ont pas été en mesure d'expliquer précisément dans quelle mesure le critère de l'objet prédominant établi dans l'arrêt *Jarvis* pouvait s'appliquer aux dispositions contestées. Les appelantes n'ayant pas expliqué clairement dans quelle mesure le critère de l'objet prédominant est pertinent dans le présent appel, l'observation ne fera pas l'objet d'une étude plus poussée.

[59] In the result, I conclude that the Impugned Provisions do not intrude significantly on the privacy interests of affected persons simply on the basis that the information may possibly be used for a criminal prosecution.

[59] Par conséquent, je conclus que les dispositions contestées ne portent pas considérablement atteinte aux droits à la vie privée des personnes touchées, simplement pour le motif que les renseignements pourraient éventuellement être utilisés aux fins de poursuites criminelles.

G. *Are the Impugned Provisions harsh and burdensome?*

[60] The appellants suggest that the Impugned Provisions are harsh or burdensome. Some of their concerns are listed below.

- Affected persons may have very few connections to the United States and the United States may not otherwise know about their existence.
- Information will be disclosed about some persons who have no personal connection to the United States. An example was provided of a spouse of a U.S. citizen resident in Canada.
- Affected persons are compelled to provide information to Canadian financial institutions.
- U.S. citizenship is difficult and expensive to renounce or relinquish.
- The provisions are heavy-handed compared to the soft administrative approach of voluntary disclosure programs maintained by the Internal Revenue Service.

[61] In the Federal Court's detailed reasons, the Court considered many concerns of this nature. I agree with the Court's findings on this issue, substantially for the reasons it gave.

[62] Quite simply, the Impugned Provisions are an example of international cooperation in the administration of income tax laws. The record suggests that such cooperation is widely accepted and has been strengthened in recent years.

[63] Moreover, the appellants have not demonstrated that the Impugned Provisions are more intrusive than is necessary to be effective, or that Canada could have achieved a more favourable outcome for affected persons.

G. *Les dispositions contestées sont-elles strictes et contraignantes?*

[60] Les appelantes affirment que les dispositions contestées sont strictes ou contraignantes. Certaines de leurs préoccupations sont énumérées ci-dessous.

- Les personnes touchées pourraient avoir très peu de liens avec les États-Unis et, abstraction faite de ces liens, les États-Unis pourraient bien ignorer qu'elles existent.
- Des renseignements seront communiqués au sujet de personnes n'ayant aucun lien personnel avec les États-Unis. L'exemple d'un conjoint d'un citoyen américain résidant au Canada a été donné.
- Les personnes touchées sont tenues de fournir des renseignements aux institutions financières canadiennes.
- Il est difficile et onéreux de renoncer à la citoyenneté américaine.
- Les dispositions sont trop strictes comparativement à l'approche administrative souple de programmes de divulgation volontaire gérés par l'IRS.

[61] Dans ses motifs détaillés, la Cour fédérale a examiné plusieurs préoccupations de cette nature. Je suis d'accord avec la Cour sur cette question, essentiellement pour les mêmes motifs.

[62] Les dispositions contestées sont tout simplement un exemple de coopération internationale dans le cadre de l'administration des lois relatives à l'impôt sur le revenu. Le dossier indique que cette coopération est largement acceptée et qu'elle s'est renforcée ces dernières années.

[63] De plus, les appelantes n'ont pas démontré que les dispositions contestées sont plus intrusives que ce qui est nécessaire pour qu'elles soient efficaces ou que le Canada aurait pu obtenir un résultat plus favorable pour les personnes touchées.

[64] Finally, I would comment briefly concerning the appellants' concern that financial institutions are required to obtain information from affected persons. It appears that this was not raised as a concern in the Court below, and properly so.

[65] The Impugned Provisions do in fact impose this requirement. However, as discussed in the Federal Court's reasons at paragraph 95, this requirement was imposed unilaterally by Canada to assist affected persons by enhancing access to exceptions that are available to them. This issue does not assist the appellants in this appeal.

V. Conclusion

[66] I conclude that the issues raised by the appellants in this appeal do not affect the conclusion reached by the Federal Court. Accordingly, the Court did not err in concluding that the Impugned Provisions do not violate section 8 of the Charter.

[67] I would dismiss the appeal. As the Crown is not seeking costs, I would not make any order as to costs.

Gleason J.A.: I agree.

Dawson D.J.C.A.: I agree.

[64] Enfin, j'aimerais formuler de brefs commentaires concernant la préoccupation des appelantes selon laquelle les institutions financières sont tenues d'obtenir des renseignements auprès des personnes touchées. Il semble que cette préoccupation n'ait pas été soulevée devant l'instance inférieure, et ce, à juste titre.

[65] En fait, les dispositions contestées imposent cette exigence. Cependant, comme cela a été examiné dans les motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 95, cette exigence a été imposée unilatéralement par le Canada afin d'aider les personnes touchées en facilitant l'accès aux exceptions qui leur sont offertes. Cette question n'est d'aucune aide pour les appelantes dans le présent appel.

V. Conclusion

[66] Je conclus que les questions soulevées par les appelantes dans le présent appel ne modifient en rien la conclusion tirée par la Cour fédérale. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les dispositions contestées ne contreviennent pas à l'article 8 de la Charte.

[67] Je rejetterais l'appel. Étant donné que la Couronne ne demande pas des dépens, je ne rendrai aucune ordonnance quant aux dépens.

La juge Gleason, J.C.A. : Je suis d'accord.

La juge Dawson, J.S.C.A. : Je suis d'accord.

IMM-3069-21
2022 FC 1490

Jose Renne Menjivar Melgar (*Applicant*)

v.

The Minister of Citizenship and Immigration (*Respondent*)

Indexed as: Menjivar Melgar v. Canada (Citizenship and Immigration)

Federal Court, Norris J.—By videoconference, March 17; Ottawa, November 1, 2022.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing applicant's appeal from Immigration Division (ID) decision concluding that applicant was inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act (Act), s. 40(1)(a) because he had engaged in misrepresentation with respect to his marriage — ID issued exclusion order against applicant — IAD member found that applicant had engaged in misrepresentation, that removal order issued by ID was therefore valid — IAD also found that there were insufficient humanitarian and compassionate (H&C) considerations to warrant allowing appeal under Act, s. 67(1)(c) considering seriousness of applicant's misrepresentation, his lack of remorse for his actions — Applicant, El Salvadorian, made refugee claim in Canada but claim rejected — Then submitted application for pre-removal risk assessment (PPRA), which was also refused — Applicant then married male individual, was removed from Canada to El Salvador but was sponsored by applicant's new spouse — Sponsorship application successful, applicant granted permanent resident status — Later, applicant, new spouse divorced — Applicant eventually married woman in El Salvador whom he sponsored; female spouse granted permanent resident status in Canada — Eventually couple had son born in Canada — Subsequently, report under Act, s. 44(1) prepared regarding applicant — On judicial review of IAD's decision, applicant contended that IAD's determinations with respect to validity of removal order, his request for special relief on H&C grounds were both unreasonable — Whether IAD erred in its conclusions that removal order against applicant was valid; that special relief not warranted in this case — With respect to validity of removal order, IAD did not misapprehend evidence in material respects — While IAD did misapprehend some evidence, that error immaterial because it identified numerous other inconsistencies — With respect to applicant's request for special

IMM-3069-21
2022 CF 1490

Jose Renne Menjivar Melgar (*demandeur*)

c.

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

Répertorié : Menjivar Melgar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)

Cour fédérale, juge Norris—Par vidéoconférence, 17 mars; Ottawa, 1er novembre 2022.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la CISR) rejetant l'appel du demandeur interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration (la SI) qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au titre de l'alinéa 40(1)a) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (la Loi) parce qu'il a fait de fausses déclarations sur la véritable nature de son mariage — La SI a pris une mesure d'exclusion contre le demandeur — Le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur avait fait de fausses déclarations et que la mesure de renvoi prise par la SI était donc valide — La SAI a également conclu que les motifs d'ordre humanitaire invoqués étaient insuffisants pour justifier qu'il soit fait droit à l'appel au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi compte tenu de la gravité des fausses déclarations faites par le demandeur et de son absence de remords à l'égard de ses actes — Le demandeur, un Salvadorien, a présenté une demande d'asile au Canada, mais la demande a été rejetée — Il a ensuite présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (la demande d'ERAR), laquelle a également été refusée — Le demandeur a ensuite épousé un homme, a été renvoyé du Canada et est retourné au Salvador, mais son nouvel époux a parrainé le demandeur — La demande de parrainage a été accueillie et le demandeur a obtenu le statut de résident permanent — Par la suite, le demandeur et son nouvel époux ont divorcé — Le demandeur a éventuellement épousé une femme au Salvador, que le demandeur a parrainée; l'épouse a obtenu le statut de résidente permanente au Canada — Le couple a éventuellement eu un fils né au Canada — Subséquemment, un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi a été produit relativement au demandeur — En ce qui concerne la décision de la SAI, le demandeur a soutenu que les conclusions de la SAI relatives à la validité de la mesure de renvoi et à sa

relief, IAD dealt with risk to applicant as bisexual man; made reasonable assessment of evidence before it — However, IAD's treatment of applicant's failure to admit his wrongdoing, express remorse for it was unreasonable — Under Act, s. 67(1)(c), evidence of remorse, possibility of rehabilitation can be relevant considerations when determining whether individual facing removal from Canada should be allowed to remain here — In present case, IAD member found that applicant had not demonstrated remorse because he maintained, throughout this appeal, that his marriage to his first spouse was genuine — IAD member treated applicant's failure to admit his wrongdoing, his lack of remorse not simply as absence of mitigating factors but as aggravating factors weighing heavily against granting of special relief — Was unreasonable for IAD to do so in particular circumstances of this case — Burden of proof on issue of misrepresentation lay with respondent at both ID, IAD — Applicant was entitled to put respondent to proof of allegation that his marriage to first spouse was not genuine — While IAD reasonably rejected applicant's account of his first marriage, should not have faulted applicant for maintaining position that he presumably believed to be truth — With respect to best interests of applicant's child, IAD not reasonably applying principles on this issue to particular circumstances of this case — IAD member found that age of applicant's son limited impact that return to El Salvador would have — Was unreasonable for IAD to find that child's best interests were only slightly positive factor in this case — IAD's specific determination under Act, s. 67(1)(c) was flawed in several respects — Determination on this point could not withstand review — However, IAD's determination on finding of misrepresentation not unreasonable — Accordingly, matter was remitted for redetermination by IAD with direction that applicant was bound by IAD's determination that he was inadmissible due to misrepresentation under Act, s. 40(1)(a), that redetermination was limited to applicant's entitlement to special relief under Act, s. 67(1)(c) — Application allowed.

demande de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire étaient toutes deux déraisonnables — Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur en concluant que la mesure de renvoi à l'égard du demandeur était valide et si la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée dans cette affaire — En ce qui concerne la validité de la mesure de renvoi, la SAI n'a pas mal interprété certains aspects importants de la preuve — Même si la SAI a mal interprété la preuve, il s'agissait d'une erreur sans importance puisque de nombreuses autres incohérences ont été relevées — En ce qui concerne la demande par le demandeur de mesures spéciales, la SAI a traité la question des risques auxquels était exposé le demandeur en tant qu'homme bisexuel; elle a fait une évaluation raisonnable de la preuve dont elle disposait — Toutefois, la façon dont la SAI a traité le fait que le demandeur n'a pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles ni exprimé de remords était déraisonnable — Au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi, la preuve de remords et la possibilité de réadaptation peuvent être des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de décider si une personne visée par une mesure de renvoi du Canada devrait être autorisée à demeurer au pays — En l'espèce, le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de remords puisqu'il a maintenu, tout au long du présent appel, que son mariage avec son premier époux était authentique — Le commissaire de la SAI a traité le fait que le demandeur n'a pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles et n'a pas exprimé de remords, non pas comme une simple absence de facteurs atténuants, mais plutôt comme l'existence de facteurs aggravants qui pesaient lourdement contre la prise de mesures spéciales — Il était déraisonnable de la part de la SAI d'agir ainsi compte tenu des circonstances particulières de l'affaire — Il incombait au défendeur de prouver les fausses déclarations alléguées, tant devant la SI que devant la SAI — Le demandeur avait le droit d'exiger du défendeur qu'il prouve l'allégation selon laquelle son mariage avec son premier époux n'était pas authentique — Même si la SAI a raisonnablement rejeté le récit du demandeur relativement à son premier mariage, elle n'aurait pas dû reprocher au demandeur de maintenir une position qu'il croyait vraisemblablement être la vérité — En ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur, la SAI n'a pas appliqué de façon raisonnable les principes relatifs à cette question aux circonstances particulières en l'espèce — Le commissaire de la SAI a conclu que l'âge du fils du demandeur limitait l'impact qu'aurait un retour au Salvador — Il était déraisonnable pour la SAI de conclure que l'intérêt supérieur de l'enfant constituait un facteur qui ne militait que légèrement en faveur du demandeur en l'espèce — La décision rendue par la SAI au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi était erronée à plusieurs égards — La décision sur ce point ne pouvait pas résister au contrôle — Toutefois, la décision rendue par la SAI en ce qui concerne la conclusion de fausses déclarations n'était pas déraisonnable — Par conséquent, l'affaire a été renvoyée à la SAI pour qu'elle rende une nouvelle décision en tenant compte du fait que le demandeur était lié par la

décision de la SAI selon laquelle il était interdit de territoire pour fausses déclarations au titre de l'alinéa 40(1)a) de la Loi et que la nouvelle décision ne devait porter que sur la question de l'admissibilité du demandeur à des mesures spéciales au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi —Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board dismissing the applicant's appeal from an Immigration Division (ID) decision concluding that the applicant was inadmissible under paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) because the applicant had engaged in misrepresentation with respect to his marriage. The ID issued an exclusion order against the applicant. The IAD member found that the applicant had engaged in misrepresentation and that the removal order issued by the ID was therefore valid. The IAD also found that there were insufficient humanitarian and compassionate (H&C) considerations to warrant allowing the appeal under paragraph 67(1)(c) of the Act considering the seriousness of the applicant's misrepresentation and his lack of remorse for his actions.

The applicant, El Salvadorian, entered Canada and made a refugee claim, which was rejected. He then submitted an application for a pre-removal risk assessment (PPRA) which was also refused. Three days after this refusal, the applicant married a male individual. Two weeks later the applicant was removed from Canada to El Salvador. The applicant's spouse sponsored the applicant for permanent residence in Canada and the sponsorship application was ultimately successful. The applicant then returned to Canada and was granted permanent resident status. According to the applicant, he and his spouse, a figure of some renown in Toronto's Hispanic community, lived together in Toronto. Later, the applicant's spouse was charged with importing heroin after returning to Canada from a trip to Columbia. He and the applicant divorced afterwards. Some time later, the applicant married a woman in El Salvador. According to the applicant, this individual was the first woman he had been attracted to romantically. Until then, all his romantic attractions had been to men. A few years later, the applicant's new spouse was granted permanent resident status in Canada under the applicant's sponsorship. They eventually had a son who was born in Canada. Subsequently, a report under subsection 44(1) of the Act was prepared alleging that the applicant was inadmissible to Canada under paragraph 40(1)(a) of that Act, where it was specifically alleged that the applicant had engaged in misrepresentation by failing to disclose the true nature of his marriage to his first spouse in his application for permanent residence—namely, that it was a marriage of convenience he had entered into for the purpose of obtaining status in Canada. The applicant's position before the ID was that he had not engaged in misrepresentation respecting his marriage to

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la CISR) rejetant l'appel du demandeur interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration (la SI) qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au titre de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la Loi) parce qu'il avait fait de fausses déclarations sur la véritable nature de son mariage. La SI a pris une mesure d'exclusion contre le demandeur. Le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur avait fait de fausses déclarations et que la mesure de renvoi prise par la SI était donc valide. La SAI a également conclu que les motifs d'ordre humanitaire invoqués étaient insuffisants pour justifier qu'il soit fait droit à l'appel au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi compte tenu de la gravité des fausses déclarations faites par le demandeur et de son absence de remords à l'égard de ses actes.

Le demandeur, un Salvadorien, est entré au Canada et a présenté une demande d'asile, laquelle a été rejetée. Il a ensuite présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (la demande d'ERAR), laquelle a également été refusée. Trois jours après ce refus, le demandeur a épousé un homme. Deux semaines plus tard, le demandeur a été renvoyé du Canada et est retourné au Salvador. L'époux du demandeur a parrainé le demandeur afin qu'il obtienne la résidence permanente au Canada et la demande de parrainage a en fin de compte été accueillie. Le demandeur est ensuite revenu au Canada et a obtenu le statut de résident permanent. Selon le demandeur, lui et son époux, qui jouissait d'une certaine renommée au sein de la communauté hispanique de Toronto, vivaient ensemble à Toronto. Plus tard, l'époux du demandeur a été accusé d'avoir importé de l'héroïne lorsqu'il est revenu au Canada après un voyage en Colombie. Le demandeur et lui ont divorcé par la suite. Un peu plus tard, le demandeur a épousé une femme au Salvador. Selon le demandeur, cette personne a été la première femme pour laquelle il a ressenti une attirance amoureuse. Jusque-là, il n'avait été attiré que par des hommes. Quelques années plus tard, la nouvelle épouse du demandeur a obtenu le statut de résidente permanente au Canada grâce au parrainage du demandeur. Ils ont éventuellement eu un fils né au Canada. Subséquemment, un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi a été produit, dans lequel il était allégué que le demandeur était interdit de territoire au Canada au titre de l'alinéa 40(1)a) de la Loi, et plus précisément que le demandeur avait fait de fausses déclarations puisqu'il n'avait pas divulgué la véritable nature de son mariage avec son premier époux dans sa demande de résidence

his first spouse because it was not a marriage of convenience; rather it was genuine and had not been entered into for the purpose of obtaining status in Canada. The applicant appealed the ID's decision and exclusion order. On judicial review of the IAD's decision, the applicant contended that the IAD's determinations with respect to the validity of the removal order and to his request for special relief on H&C grounds were both unreasonable.

The issues were whether the IAD erred in its conclusions that the removal order against the applicant was valid and that special relief was not warranted in this case.

Held, the application should be allowed.

The IAD's decision upholding the removal order was not unreasonable. However, the decision that special relief was not warranted was unreasonable.

With respect to the validity of the removal order, the IAD did not misapprehend the evidence in material respects as the applicant contended. While the IAD misapprehended evidence about events that occurred when the applicant returned to Canada, this error was immaterial because the IAD identified numerous other inconsistencies in the applicant's accounts that were not challenged. The conflation of events during that time could not possibly have affected the result given all the other inconsistencies in the applicant's accounts of his marriage that the IAD member identified and that were not challenged on this application. Furthermore, regarding the IAD's assessment of evidence relating to the applicant's second spouse on the development of their relationship, while there were gaps in the IAD's reasoning that called into question the reasonableness of the IAD's determination, this did not undermine the reasonableness of the decision as a whole. The flaw in question was immaterial given all the other evidence casting doubt on the nature of the applicant's marriage to his first spouse.

With respect to the applicant's request for special relief, the applicant submitted that the IAD fell into reviewable error in three respects in its treatment of H&C considerations under paragraph 67(1)(c) of the Act: (1) in the assessment of the hardships the applicant would face in El Salvador; (2) in the treatment of the absence of remorse on the part of the

permanente — à savoir qu'il s'agissait d'un mariage de convenance qu'il avait contracté dans le but d'obtenir son statut au Canada. Devant la SI, le demandeur a affirmé qu'il n'avait pas fait de fausses déclarations concernant son mariage avec son premier époux puisqu'il ne s'agissait pas d'un mariage de convenance, mais plutôt d'un mariage authentique, qui n'avait pas été contracté dans le but d'obtenir un statut au Canada. Le demandeur a interjeté appel de la décision de la SI et de la mesure d'exclusion. En ce qui concerne la décision de la SAI, le demandeur a soutenu que les conclusions de la SAI relatives à la validité de la mesure de renvoi et à sa demande de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire étaient toutes deux déraisonnables.

Il s'agissait de savoir si la SAI a commis une erreur en concluant que la mesure de renvoi à l'égard du demandeur était valide et que la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée dans cette affaire.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La décision de la SAI de confirmer la mesure de renvoi n'était pas déraisonnable. Toutefois, la conclusion selon laquelle la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée était déraisonnable.

En ce qui concerne la validité de la mesure de renvoi, la SAI n'a pas mal interprété certains aspects importants de la preuve, comme le soutenait le demandeur. Même si la SAI a mal interprété la preuve à l'égard d'événements survenus lorsqu'il est revenu au Canada, il s'agissait d'une erreur sans importance puisque la SAI a relevé dans les récits du demandeur de nombreuses autres incohérences qui n'ont pas été contestées. La confusion des événements survenus à cette époque n'aurait pas pu influer sur l'issue compte tenu de toutes les autres incohérences qui ont été relevées par le commissaire de la SAI dans les récits du mariage du demandeur et qui n'ont pas été contestées dans la présente demande. Par ailleurs, relativement à l'appréciation de la preuve par la SAI à l'égard du témoignage de la deuxième épouse du demandeur concernant l'évolution de leur relation, même s'il y a eu des lacunes dans le raisonnement de la SAI qui remettait en question le caractère raisonnable de la conclusion de la SAI, cela n'a pas miné le caractère raisonnable de la décision dans son ensemble. Cette lacune était sans importance compte tenu de tous les autres éléments de preuve qui soulevaient des doutes sur la nature du mariage du demandeur avec son premier époux.

En ce qui concerne la demande par le demandeur de mesures spéciales le demandeur a soutenu que la SAI a commis une erreur susceptible de contrôle à trois égards dans son traitement des motifs d'ordre humanitaire prévus à l'alinéa 67(1)c) de la Loi : 1) dans l'évaluation des difficultés que le demandeur devrait affronter au Salvador; 2) dans le traitement de la

applicant for his misconduct; and (3) in the assessment of the best interests of the applicant's child. The IAD did not err in the first respect but it erred in the other two respects. Regarding hardship in El Salvador, the IAD dealt with the risk to the applicant as a bisexual man. The IAD made a reasonable assessment of the evidence before it. It was not unreasonable for the IAD member to conclude that, given the current circumstances of the applicant's life, there was little risk he would be targeted for being bisexual. As to the applicant's lack of remorse, the applicant was right in submitting that the IAD's treatment of his failure to admit his wrongdoing and express remorse for it was unreasonable. A sincere expression of remorse can demonstrate a wrongdoer's acceptance of responsibility for their misconduct and its harmful effects, ideas that are well-established in the criminal law. It is equally well-established that, under paragraph 67(1)(c) of the Act, evidence of remorse and the possibility of rehabilitation can be relevant considerations when determining whether an individual facing removal from Canada should be allowed to remain here. In the present case, the IAD member found that the applicant had not demonstrated remorse because he maintained, throughout this appeal, that his marriage to his first spouse was genuine. Reading the IAD's decision as a whole, the IAD member treated the applicant's failure to admit his wrongdoing and his lack of remorse not simply as the absence of mitigating factors but, rather, as aggravating factors weighing heavily against the granting of special relief. It was unreasonable for the IAD to do so in the particular circumstances of this case. First, the member failed to consider that the purpose of the hearing before the ID and, in part, the hearing before the IAD was to determine the genuineness of the applicant's marriage to his first spouse. This was the fundamental factual underpinning to the allegation of inadmissibility due to misrepresentation. The underlying facts had not previously been determined by any other tribunal. Moreover, and importantly, this was an issue on which the burden of proof lay with the respondent at both the ID and the IAD. The applicant was entitled to put the respondent to the proof of the allegation that his marriage to the male spouse was not genuine and to attempt to answer the respondent's case in accordance with what he presumably believed to be a true account of the underlying facts. He was also entitled to appeal the ID's determination to the IAD, which conducts a *de novo* hearing. It was thus unreasonable for the IAD member to fault the applicant for exercising these legal rights instead of simply admitting the respondent's allegation that the marriage was not genuine and that he had, therefore, engaged in misrepresentation. Moreover, determinations as to the genuineness of a marriage can be exceedingly difficult. There will rarely be direct evidence of an improper purpose. It was not unreasonable for the IAD to conclude that the applicant's marriage to his first spouse was a marriage of convenience. Indeed, it could even be said that, at the end of the day, the respondent had presented a strong case of misrepresentation and that the applicant's case in response suffered from many material weaknesses. However,

question de l'absence de remords du demandeur à l'égard de son inconduite; 3) dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur. La SAI n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne le premier point, mais elle en a commis en ce qui concerne les deux autres. En ce qui concerne les difficultés à affronter au Salvador, la SAI a traité la question des risques auxquels était exposé le demandeur en tant qu'homme bisexuel. La SAI a fait une évaluation raisonnable de la preuve dont elle disposait. Il n'était pas déraisonnable de la part de la SAI de conclure qu'il y avait peu de risques que le demandeur soit ciblé en raison de sa bisexualité compte tenu de sa situation personnelle actuelle. En ce qui concerne l'absence de remords du demandeur, le demandeur avait raison de faire valoir que la façon dont la SAI a traité le fait qu'il n'ait pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles ni exprimé de remords était déraisonnable. L'expression sincère de remords peut démontrer que la personne qui a commis les actes répréhensibles assume la responsabilité de son inconduite et ses effets préjudiciables, des idées bien établies en droit pénal. Il est également bien établi qu'au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi, la preuve de remords et la possibilité de réadaptation peuvent être des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de décider si une personne visée par une mesure de renvoi du Canada devrait être autorisée à demeurer au pays. En l'espèce, le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de remords puisqu'il a maintenu, tout au long du présent appel, que son mariage avec son premier époux était authentique. Après avoir lu la décision de la SAI dans son ensemble, le commissaire a traité le fait que le demandeur n'a pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles et n'a pas exprimé de remords, non pas comme une simple absence de facteurs atténuants, mais plutôt comme l'existence de facteurs aggravants qui pesaient lourdement contre la prise de mesures spéciales. Il était déraisonnable de la part de la SAI d'agir ainsi compte tenu des circonstances particulières de l'affaire. Premièrement, le commissaire n'a pas tenu compte du fait que l'objectif de l'audience devant la SI et, en partie, de l'audience devant la SAI était d'établir l'authenticité du mariage du demandeur avec son premier époux. Il s'agissait du fondement factuel de l'allégation d'interdiction de territoire pour fausses déclarations. Aucun autre décideur n'avait statué sur les faits sous-jacents précédemment. De plus, et chose importante, il incombait au défendeur de prouver les fausses déclarations alléguées, tant devant la SI que devant la SAI. Le demandeur avait le droit d'exiger du défendeur qu'il prouve l'allégation selon laquelle son mariage avec son époux n'était pas authentique et de tenter de réfuter la preuve du défendeur en fonction de ce qu'il croyait vraisemblablement être un compte rendu fidèle des faits sous-jacents. Il avait aussi le droit de porter en appel la décision de la SI devant la SAI, laquelle mène une audience *de novo.* Il était donc déraisonnable pour le commissaire de la SAI de reprocher au demandeur d'avoir exercé des droits que lui confère la Loi au lieu d'avoir simplement reconnu que son mariage n'était pas authentique et qu'il avait, par conséquent, fait de fausses déclarations comme

even though the IAD member reasonably rejected the applicant's account of his first marriage, he should not have faulted the applicant for maintaining a position that he presumably believed to be the truth.

Finally, with respect to the best interests of the applicant's child, the IAD did not reasonably apply the principles on this issue to the particular circumstances of this case. The IAD member found that the age of the applicant's son limited the impact that a return to El Salvador would have because, whether he was in Canada or not, his needs would continue to be met by his parents. This failed to account for the likely impacts of removal from Canada on the parents' ability to meet their son's needs. As well, given the evidence of conditions in El Salvador, it was unreasonable for the IAD to find that it was "somewhat, but not entirely, speculative" that the child's needs would be better served in Canada as he got older. In light of these flaws in its reasoning, it was unreasonable for the IAD to find that the child's best interests were only a slight positive factor in this case.

While the IAD's determination that the applicant was inadmissible to Canada under paragraph 40(1)(a) of the Act was not unreasonable, its determination under paragraph 67(1)(c) of the Act was flawed in several respects. These flaws were sufficiently central to the IAD's determination that special relief was not warranted in this case that the IAD's determination on this point could not withstand review. However, in the absence of any reviewable error by the IAD in relation to the finding of misrepresentation, there was no basis to permit the applicant to re-open that issue before the IAD. Accordingly, the matter was remitted for redetermination by the IAD with the direction that the applicant was bound by the IAD's determination that he was inadmissible due to misrepresentation under paragraph 40(1)(a) of the Act and that the redetermination was limited to the applicant's entitlement to special relief under paragraph 67(1)(c) of the Act.

l'alléguait le défendeur. De plus, il peut être extrêmement difficile de trancher la question de l'authenticité d'un mariage. Il existe rarement une preuve directe d'une intention illégitime. Il n'était pas déraisonnable de la part de la SAI de conclure que le mariage du demandeur avec son premier époux en était un de convenance. En effet, on pourrait même dire qu'en fin de compte, le défendeur avait présenté des arguments solides concernant les fausses déclarations et que la réponse du demandeur souffrait de nombreuses faiblesses importantes. Toutefois, même si le commissaire de la SAI a raisonnablement rejeté le récit du demandeur relativement à son premier mariage, il n'aurait pas dû reprocher au demandeur de maintenir une position qu'il croyait vraisemblablement être la vérité.

Finalement, en ce qui concerne l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur, la SAI n'a pas appliqué de façon raisonnable les principes relatifs à cette question aux circonstances particulières de l'affaire. Le commissaire de la SAI a conclu que l'âge du fils du demandeur limitait l'impact qu'aurait un retour au Salvador car, qu'il soit au Canada ou non, ses besoins continueraient d'être comblés par ses parents. Cela ne tenait pas compte des répercussions vraisemblables du renvoi du Canada sur la capacité des parents à répondre aux besoins de leur fils. De plus, eu égard à la preuve sur la situation au Salvador, il était déraisonnable pour la SAI de conclure que les arguments selon lesquels les besoins de l'enfant seraient mieux servis au Canada à mesure qu'il grandira n'étaient « que des conjectures, du moins en partie ». Compte tenu de ces lacunes dans son raisonnement, il était déraisonnable pour la SAI de conclure que l'intérêt supérieur de l'enfant constituait un facteur qui ne militait que légèrement en faveur du demandeur en l'espèce.

Même si la décision de la SAI selon laquelle le demandeur était interdit de territoire au Canada au titre de l'alinéa 40(1)a) de la Loi n'était pas déraisonnable, la décision rendue au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi était erronée à plusieurs égards. Ces lacunes ont joué un rôle suffisamment important dans la décision de la SAI selon laquelle la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée en l'espèce pour empêcher la décision de la SAI de résister au contrôle. Toutefois, en l'absence de toute erreur susceptible de contrôle par le commissaire de la SAI en ce qui concerne la conclusion de fausses déclarations, il n'y avait aucune raison de permettre au demandeur de rouvrir cette question devant la SAI. Par conséquent, l'affaire a été renvoyée à la SAI pour qu'elle rende une nouvelle décision en tenant compte du fait que le demandeur était lié par la décision de la SAI selon laquelle il était interdit de territoire pour fausses déclarations au titre de l'alinéa 40(1)a) de la Loi et que la nouvelle décision ne devait porter que sur la question de l'admissibilité du demandeur à des mesures spéciales au titre de l'alinéa 67(1)c) de la Loi.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(1)(h), 40(1)(a),(b), 44(1), 63(3), 67, 72(1), 74(d).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193.

CONSIDERED:

Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration), [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL); *R. v. Reeve*, 2020 ONCA 381, 151 O.R. (3d) 65; *Chung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 68.

REFERRED TO:

Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2005 FC 1059, [2006] 3 F.C.R. D-58; *Zaiter v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 908; *Lozano Pulido v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 209; *Fosu Atta v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1135, 335 F.T.R. 223; *V.S. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1150; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84; *R. v. Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, [2016] 2 S.C.R. 204; *Yang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1484; *Castellon Viera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1086, 418 F.T.R. 116; *Verbanov v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 324, 65 Imm. L.R. (4th) 303; *Idrizi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1187; *Augusto v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 226; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1633.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(1)h), 40(1)a),b), 44(1), 63(3), 67, 72(1), 74d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1985] D.S.A.I. nº 4 (QL); *R. v. Reeve*, 2020 ONCA 381, 151 O.R. (3d) 65; *Chung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 68.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1059, [2006] 3 R.C.F. F-80; *Zaiter c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 908; *Lozano Pulido c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 209; *Atta Fosu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1135; *V.S. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1150; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84; *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S. 204; *Yang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1484; *Castellon Viera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1086; *Verbanov c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 324; *Idrizi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1187; *Augusto c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 226; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1633.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (2021 CanLII 73170) dismissing the applicant's appeal from an Immigration Division decision (2019 CanLII 22178) concluding that the applicant was inadmissible under paragraph 40(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* because he had engaged in misrepresentation with respect to his first marriage. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (2021 CanLII 73170) rejetant l'appel du demandeur interjeté à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration (2019 CanLII 22178) qui a conclu que le demandeur était interdit de territoire au titre de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* parce qu'il avait fait de fausses déclarations sur la véritable nature de son premier mariage. Demande accueillie.

APPEARANCES

Samuel Plett for applicant.
Maria Burgos for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Desloges Law Group Professional Corporation, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

NORRIS J.:

I. OVERVIEW

[1] Jose Renne Menjivar Melgar, the applicant, was born in El Salvador in December 1983. He entered Canada in January 2004 and made a claim for refugee protection. The claim was rejected in September 2004. The applicant then submitted an application for a pre-removal risk assessment (PRRA). On May 11, 2005, he was notified that the PRRA application had been refused. Three days later, the applicant married Jose Prado in Toronto. Two weeks after the wedding, the applicant was removed from Canada to El Salvador.

[2] In December 2005, Mr. Prado sponsored the applicant for permanent residence in Canada. Despite some concerns arising from a tip received by Citizenship and Immigration Canada that the marriage was one of convenience, the sponsorship application was ultimately successful. In October 2007, the applicant returned to Canada and was granted permanent resident status. According to the applicant, he and Mr. Prado lived together in Toronto.

[3] Mr. Prado was a person of some renown in Toronto's Hispanic community because, despite having lost both his arms in an industrial accident in his native Colombia, he was very active in the community and at a local evangelical church. He had a program on a community radio station and was an inspirational figure for many.

ONT COMPARU :

Samuel Plett pour le demandeur.
Maria Burgos pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Desloges Law Group Professional Corporation, 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

LE JUGE NORRIS :

I. APERÇU

[1] Jose Renne Menjivar Melgar, le demandeur, est né au Salvador en décembre 1983. Il est entré au Canada en janvier 2004 et a présenté une demande d'asile. Sa demande a été rejetée en septembre 2004. Il a ensuite présenté une demande d'examen des risques avant renvoi (la demande d'ERAR). Le 11 mai 2005, il a été informé que la demande d'ERAR avait été rejetée. Trois jours plus tard, le demandeur a épousé Jose Prado à Toronto. Deux semaines après le mariage, le demandeur a été renvoyé du Canada et est retourné au Salvador.

[2] En décembre 2005, M. Prado a parrainé le demandeur afin qu'il obtienne la résidence permanente au Canada. En dépit de certains doutes découlant d'un renseignement reçu par Citoyenneté et Immigration Canada selon lequel le mariage en était un de convenance, la demande de parrainage a en fin de compte été accueillie. Le demandeur est revenu au Canada et a obtenu le statut de résident permanent en octobre 2007. Selon le demandeur, M. Prado et lui vivaient ensemble à Toronto.

[3] M. Prado jouissait d'une certaine renommée au sein de la communauté hispanique de Toronto; en effet, bien qu'il ait perdu ses deux bras dans un accident du travail survenu dans son pays natal, la Colombie, il était très actif dans la communauté et dans une église évangélique locale. Il animait une émission dans une station de radio communautaire et était une source d'inspiration pour beaucoup.

[4] In February 2008, Mr. Prado was charged with importing 800 grams of heroin when he returned to Canada from a trip to Colombia. He and the applicant were divorced in October 2009. The divorce application filed by Mr. Prado states that the two had separated on June 1, 2008. According to the applicant, he ended the relationship because of Mr. Prado's lifestyle, including the latter's involvement with drugs.

[5] In December 2009, the applicant married Ada Maria Ayala de Menjivar (née Ada Maria Ayala Angel) in El Salvador. The two had known each other since childhood but a deeper friendship developed after the applicant returned to El Salvador in 2005 and continued after he returned to Canada in 2007. Eventually, it became a romantic relationship. As will be seen below, when this happened was a live issue in this case. According to the applicant, Ms. Ayala de Menjivar was the first woman he had been attracted to romantically. Until then, all his romantic attractions had been to men.

[6] In August 2014, Ms. Ayala de Menjivar was granted permanent resident status in Canada under the applicant's sponsorship. Their son Renne was born in Canada in May 2019.

[7] In December 2015, an Immigration Officer prepared a report under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) alleging that the applicant is inadmissible to Canada under paragraph 40(1)(a) of that Act. Specifically, the Officer alleged that the applicant had engaged in misrepresentation by failing to disclose the true nature of his marriage to Mr. Prado in his application for permanent residence—namely, that it was a marriage of convenience he had entered into for the purpose of obtaining status in Canada.

[8] The allegation of inadmissibility on grounds of misrepresentation was referred to the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada (IRB) for a hearing. This hearing took place over nine sessions between June 2017 and November 2018.

[4] En février 2008, M. Prado a été accusé d'avoir importé 800 grammes d'héroïne lorsqu'il est revenu au Canada après un voyage en Colombie. Le demandeur et lui ont divorcé en octobre 2009. Selon la demande de divorce déposée par M. Prado, le couple s'était séparé le 1er juin 2008. Le demandeur affirme qu'il a mis fin à la relation en raison du style de vie de M. Prado, notamment de ses activités liées à la drogue.

[5] En décembre 2009, le demandeur a épousé Ada Maria Ayala de Menjivar (née Ada Maria Ayala Angel) au Salvador. Ils se connaissaient depuis l'enfance, mais une amitié plus profonde s'est développée après le retour du demandeur au Salvador en 2005. Cette amitié s'est poursuivie après son retour au Canada en 2007. Elle a fini par se transformer en une relation amoureuse. Comme nous le verrons plus loin, le moment où cela s'est produit était une question à trancher dans la présente affaire. Selon le demandeur, Mme Ayala de Menjivar a été la première femme pour laquelle il a ressenti une attirance amoureuse. Jusque-là, il n'avait été attiré que par des hommes.

[6] En août 2014, Mme Ayala de Menjivar a obtenu le statut de résidente permanente au Canada grâce au parrainage du demandeur. Leur fils Renne est né au Canada en mai 2019.

[7] En décembre 2015, un agent d'immigration a produit un rapport en vertu du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), dans lequel il alléguait que le demandeur était interdit de territoire au Canada au titre de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. Plus précisément, l'agent affirmait que le demandeur avait fait de fausses déclarations puisqu'il n'avait pas divulgué la véritable nature de son mariage avec M. Prado dans sa demande de résidence permanente — à savoir qu'il s'agissait d'un mariage de convenance qu'il avait contracté dans le but d'obtenir un statut au Canada.

[8] En ce qui concerne l'allégation d'interdiction de territoire pour fausses déclarations, l'affaire a été renvoyée à la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la CISR) pour enquête. Cette enquête s'est déroulée sur neuf séances tenues entre juin 2017 et novembre 2018.

[9] In a decision dated February 13, 2019 [2019 CanLII 22178], the ID member concluded that the applicant is inadmissible under paragraph 40(1)(a) of the IRPA because he had misrepresented the true nature of his marriage with Mr. Prado. The member issued an exclusion order against the applicant.

[10] The applicant appealed this determination to the Immigration Appeal Division (IAD) of the IRB. He argued that the ID had erred in concluding that he had engaged in misrepresentation. He also submitted that the IAD should allow the appeal on humanitarian and compassionate (H&C) grounds under paragraph 67(1)(c) of the IRPA given his establishment in Canada, the hardship he would face in El Salvador, and the best interests of his Canadian born child.

[11] Following a two-day hearing, the IAD dismissed the appeal in a decision dated April 15, 2021 [2021 CanLII 73170]. The IAD member found that the applicant had engaged in misrepresentation and that the removal order issued by the ID was therefore valid. The member also found that there were insufficient H&C considerations to warrant allowing the appeal under paragraph 67(1)(c) of the IRPA considering the seriousness of the applicant's misrepresentation and his lack of remorse for his actions.

[12] The applicant now applies for judicial review of the IAD's decision under subsection 72(1) of the IRPA. He contends that the IAD's determinations with respect to the validity of the removal order and with respect to his request for special relief on H&C grounds are both unreasonable.

[13] As I will explain in the reasons that follow, I do not agree that the decision to uphold the removal order is unreasonable; however, I do agree that the IAD's assessment of the applicant's request for special relief on H&C grounds is unreasonable. This application must, therefore, be allowed and the matter remitted for redetermination by a different decision maker.

[9] Dans une décision datée du 13 février 2019 [2019 CanLII 22178], une commissaire de la SI a conclu que le demandeur était interdit de territoire au titre de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR parce qu'il avait fait de fausses déclarations sur la véritable nature de son mariage avec M. Prado. La commissaire a pris une mesure d'exclusion contre le demandeur.

[10] Le demandeur a interjeté appel de cette décision devant la Section d'appel de l'immigration (la SAI) de la CISR. Il a fait valoir que la SI avait commis une erreur en concluant qu'il avait fait de fausses déclarations. Il a également affirmé que la SAI devait accueillir l'appel pour des motifs d'ordre humanitaire au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR compte tenu de son établissement au Canada, des difficultés qu'il rencontrerait au Salvador et de l'intérêt supérieur de son enfant né au Canada.

[11] Après deux jours d'audience, la SAI a rejeté l'appel dans une décision datée du 15 avril 2021 [2021 CanLII 73170]. Le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur avait fait de fausses déclarations et que la mesure de renvoi prise par la SI était donc valide. Le commissaire a également conclu que les motifs d'ordre humanitaire invoqués étaient insuffisants pour justifier qu'il soit fait droit à l'appel au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR compte tenu de la gravité des fausses déclarations faites par le demandeur et de son absence de remords à l'égard de ses actes.

[12] Le demandeur sollicite maintenant le contrôle judiciaire de la décision de la SAI au titre du paragraphe 72(1) de la LIPR. Il soutient que les conclusions de la SAI relatives à la validité de la mesure de renvoi et à sa demande de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire sont toutes deux déraisonnables.

[13] Comme je l'expliquerai plus loin, je ne crois pas que la conclusion selon laquelle la mesure de renvoi est valide est déraisonnable, mais j'estime cependant que l'évaluation faite par la SAI de la demande de mesures spéciales pour des motifs d'ordre humanitaire présentée par le demandeur est déraisonnable. Par conséquent, la demande en l'espèce doit être accueillie et l'affaire doit être renvoyée pour nouvelle décision par un tribunal différemment constitué.

[14] Since the applicant has not established any reviewable errors in the decision upholding the validity of the removal order, the redetermination will be limited to the question of whether his appeal should be allowed under paragraph 67(1)(c) of the IRPA.

II. BACKGROUND

A. *The Decision of the Immigration Division*

[15] The applicant's position before the ID was that he had not engaged in misrepresentation with respect to his marriage to Mr. Prado because it was not a marriage of convenience; rather, it was genuine and had not been entered into for the purpose of obtaining status in Canada. The applicant testified at the hearing before the ID, as did Ms. Ayala de Menjivar.

[16] The ID member found that there were valid reasons to doubt the credibility and trustworthiness of the testimony of the applicant and Ms. Ayala de Menjivar and, as a result, gave their testimony little weight. On the other hand, the member found that information in various documentary exhibits (including immigration applications and interview notes) relating to the applicant's relationship with Mr. Prado was credible and trustworthy and would be given "full weight."

[17] The ID member found that the applicant's testimony was not credible for two main reasons: first, it was inconsistent with other accounts the applicant and Ms. Ayala de Menjivar had provided to immigration authorities at other times about the former's relationship with Mr. Prado; and second, the genuineness of the relationship was belied by the applicant's lack of knowledge of Mr. Prado and of many details of their relationship as well as by Ms. Ayala de Menjivar's account of the development of her own relationship with the applicant at a time when he was being sponsored by Mr. Prado.

[18] The ID member concluded that the applicant's marriage to Mr. Prado was not a genuine one but,

[14] Comme le demandeur n'a pas prouvé l'existence d'erreurs susceptibles de contrôle dans la conclusion selon laquelle la mesure de renvoi est valide, la nouvelle décision se limitera à la question de savoir si l'appel du demandeur devrait être accueilli au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR.

II. LE CONTEXTE

A. *La décision de la Section de l'immigration*

[15] Devant la SI, le demandeur a affirmé qu'il n'avait pas fait de fausses déclarations concernant son mariage avec M. Prado puisqu'il ne s'agissait pas d'un mariage de convenance, mais plutôt d'un mariage authentique, qui n'avait pas été contracté dans le but d'obtenir un statut au Canada. Le demandeur et M^me^ Ayala de Menjivar ont tous deux témoigné lors de l'audience devant la SI.

[16] La commissaire de la SI a conclu qu'il existait des motifs valables de douter de la crédibilité et de la fiabilité des témoignages du demandeur et de M^me^ Ayala de Menjivar et y a, par conséquent, accordé peu de poids. En revanche, la commissaire a estimé que les renseignements figurant dans diverses pièces documentaires (y compris les demandes d'immigration et les notes d'entrevue) concernant la relation entre le demandeur et M. Prado étaient crédibles et dignes de foi et qu'il fallait leur accorder « tout [leur] poids ».

[17] La commissaire de la SI a conclu que le témoignage du demandeur n'était pas crédible pour deux raisons principales : premièrement, il était incompatible avec d'autres récits que M^me^ Ayala de Menjivar et le demandeur avaient fournis aux autorités de l'immigration à d'autres moments au sujet de la relation de ce dernier avec M. Prado; deuxièmement, l'authenticité de la relation était démentie par le fait que le demandeur ne connaissait pas M. Prado et ignorait de nombreux détails à propos de leur relation, ainsi que par le récit fait par M^me^ Ayala de Menjivar de l'évolution de sa propre relation avec le demandeur à une époque où il était parrainé par M. Prado.

[18] La commissaire de la SI a conclu que le mariage du demandeur avec M. Prado n'était pas authentique

rather, "was simply a façade" [ID decision, at paragraph 32]. By not informing Canadian immigration authorities that the marriage was not genuine and that it had been entered into for the purpose of obtaining legal status in Canada, the applicant had "directly misrepresented and withheld material facts, as spousal sponsorship requires a genuine relationship" [ID decision, at paragraph 33]. Accordingly, the member found the applicant to be inadmissible under paragraph 40(1)(a) of the IRPA and issued an exclusion order.

et n'était au contraire « qu'un artifice » [décision de la SI, au paragraphe 32]. Comme le demandeur n'avait pas informé les autorités canadiennes de l'immigration que le mariage n'était pas authentique et qu'il avait été contracté dans le but d'obtenir un statut légal au Canada, il avait « directement fait une présentation erronée sur un fait important et une réticence sur ce fait, car le parrainage d'un époux exige une relation […] authentique » [décision de la SI, au paragraphe 33]. Par conséquent, la commissaire a conclu que le demandeur était interdit de territoire au titre de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR et a pris une mesure d'exclusion contre lui.

B. *The Appeal to the Immigration Appeal Division*

B. *L'appel devant la Section d'appel de l'immigration*

[19] As a permanent resident, under subsection 63(3) of the IRPA, the applicant could appeal the exclusion order made against him by the ID to the IAD. Section 67 of the IRPA provides as follows regarding that appeal:

[19] En tant que résident permanent, le demandeur pouvait, en vertu du paragraphe 63(3) de la LIPR, interjeter appel devant la SAI de la mesure d'exclusion prise contre lui par la SI. L'article 67 de la LIPR porte ce qui suit en ce qui concerne cet appel :

Appeal allowed

67 (1) To allow an appeal, the Immigration Appeal Division must be satisfied that, at the time that the appeal is disposed of,

(a) the decision appealed is wrong in law or fact or mixed law and fact;

(b) a principle of natural justice has not been observed; or

(c) other than in the case of an appeal by the Minister, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case.

Effect

(2) If the Immigration Appeal Division allows the appeal, it shall set aside the original decision and substitute a determination that, in its opinion, should have been made, including the making of a removal order, or refer the matter to the appropriate decision-maker for reconsideration.

Fondement de l'appel

67 (1) Il est fait droit à l'appel sur preuve qu'au moment où il en est disposé :

a) la décision attaquée est erronée en droit, en fait ou en droit et en fait;

b) il y a eu manquement à un principe de justice naturelle;

c) sauf dans le cas de l'appel du ministre, il y a — compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché — des motifs d'ordre humanitaire justifiant, vu les autres circonstances de l'affaire, la prise de mesures spéciales.

Effet

(2) La décision attaquée est cassée; y est substituée celle, accompagnée, le cas échéant, d'une mesure de renvoi, qui aurait dû être rendue, ou l'affaire est renvoyée devant l'instance compétente.

[20] The applicant argued under paragraph 67(1)(a) of the IRPA that the ID had erred in concluding that he had

[20] Le demandeur a invoqué l'alinéa 67(1)a) de la LIPR et fait valoir que la SI avait commis une erreur

engaged in misrepresentation. He maintained his position that the marriage to Mr. Prado was genuine and had not been entered into for the purpose of obtaining status in Canada. The applicant also argued that the appeal should be allowed on the basis of H&C considerations under paragraph 67(1)(c) of the IRPA.

[21] Both the applicant and Ms. Ayala de Menjivar testified again at the hearing before the IAD. The applicant also filed a substantial amount of documentary evidence to demonstrate his establishment in Canada and to support his submissions concerning the hardship he would experience in El Salvador and the best interests of his child.

III. DECISION UNDER REVIEW

A. *The Validity of the Removal Order*

[22] The ID member had found that significant discrepancies in the evidence raised serious concerns about the applicant's credibility. The IAD member found that the applicant's evidence on appeal did little to clear up the credibility issues identified by the ID. There remained material inconsistencies between the applicant's testimony and other accounts of his relationship with Mr. Prado. As well, the IAD member found that the applicant continued to lack knowledge of details about Mr. Prado and about their relationship that it would be reasonable to expect him to know if they had been in a genuine marriage. The member also found that aspects of the applicant's account of his relationship with Mr. Prado simply did not make sense. Further, the applicant had not produced any evidence to corroborate his claim that he and Mr. Prado had lived together as a married couple.

[23] The IAD member concluded as follows [at paragraph 15] regarding the applicant's relationship with Mr. Prado:

> I am willing to believe that at some point, perhaps in 2004 to 2005, the Appellant may have been in a romantic relationship with Mr. Prado and they may have resided

en concluant qu'il avait fait de fausses déclarations. Il a repris son argument selon lequel son mariage avec M. Prado était authentique et n'avait pas été contracté dans le but d'obtenir un statut au Canada. Le demandeur a aussi affirmé que l'appel devait être accueilli pour des motifs d'ordre humanitaire au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR.

[21] Le demandeur et M^me^ Ayala de Menjivar ont tous deux témoigné de nouveau lors de l'audience devant la SAI. Le demandeur a également déposé un grand nombre d'éléments de preuve documentaire pour prouver son établissement au Canada et pour étayer ses arguments concernant les difficultés qu'il devrait surmonter au Salvador et l'intérêt supérieur de son enfant.

III. LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

A. *La validité de la mesure de renvoi*

[22] La commissaire de la SI avait conclu que des incohérences importantes dans le témoignage du demandeur soulevaient des doutes sérieux quant à la crédibilité de celui-ci. Le commissaire de la SAI a jugé que le témoignage du demandeur en appel n'avait guère contribué à dissiper les problèmes de crédibilité relevés par la SI. Il y avait toujours des incohérences importantes entre le témoignage du demandeur et d'autres récits sur sa relation avec M. Prado. De plus, le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur ignorait toujours certains détails sur M. Prado et leur relation qu'il aurait raisonnablement dû connaître si leur mariage avait été authentique. Le commissaire a également estimé que certains aspects du récit du demandeur concernant sa relation avec M. Prado n'avaient tout simplement aucun sens. De plus, le demandeur n'a produit aucun élément de preuve pour étayer sa déclaration selon laquelle M. Prado et lui avaient vécu ensemble comme un couple marié.

[23] Le commissaire de la SAI a tiré la conclusion suivante [au paragraphe 15] concernant la relation du demandeur avec M. Prado :

> Je suis prêt à croire que, à un certain moment, peut-être en 2004 jusqu'en 2005, l'appelant a pu avoir une relation amoureuse avec M. Prado et qu'ils ont pu cohabiter

together for a period. The Appellant provided photos of the two of them together. However, there is not enough evidence to make a finding in this regard. The focus of this hearing is their marriage. The Appellant has been unable to give consistent evidence regarding what should be memorable events surrounding a marriage: the place where a proposal was made, the attendees at the wedding itself, the place of any celebration following and the date of separation. Therefore, I find it more likely than not that the Appellant, who was under a deportation order at this time and whose Pre-Removal Risk Assessment application had been refused, entered into this marriage primarily to obtain status and privilege in Canada. The removal order issued by the ID is therefore valid.

B. *The Request for Special Relief*

[24] The IAD member next considered whether, having regard to all the circumstances, including the best interests of the applicant's child, the appeal should be allowed under paragraph 67(1)(c) of the IRPA because special relief from the requirement to leave Canada was warranted.

[25] Citing *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1059, [2006] 3 F.C.R. D-58, at paragraph 11, the member began by noting that, in a misrepresentation case, the *Ribic* factors that guide determinations under paragraph 67(1)(c) (stemming from *Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1985] I.A.B.D. No. 4 (QL)) are modified slightly. In summary, they are the following: (a) the seriousness of the misrepresentation and the circumstances surrounding it; (b) the remorsefulness of the appellant; (c) the length of time spent in Canada and the appellant's establishment here; (d) family members in Canada, and the impact of removal on them; (e) the best interests of any child directly affected; (f) the family and community support available to the appellant; and (g) the degree of hardship caused by removal, including conditions in the likely country of removal. The IAD member noted that this is not an exhaustive list of potentially relevant factors (although he did not consider any additional factors in this case).

pendant un certain temps. L'appelant a fourni des photos d'eux ensemble. Cependant, les éléments de preuve sont insuffisants pour tirer une conclusion à cet égard. La présente audience porte sur leur mariage. L'appelant n'a pas été en mesure de fournir d'éléments de preuve cohérents concernant ce qui devrait être des aspects mémorables d'un mariage, soit le lieu où la demande en mariage a été faite, les invités au mariage lui-même, le lieu des célébrations qui ont suivi le mariage et la date de la séparation. Par conséquent, j'estime qu'il est plus probable que le contraire que l'appelant, qui était sous le coup d'une mesure d'expulsion à ce moment et dont la demande d'ERAR avait été refusée, a contracté ce mariage principalement pour acquérir un statut et un privilège au Canada. La mesure de renvoi prise par la SI est donc valide.

B. *La demande de mesures spéciales*

[24] Le commissaire de la SAI a ensuite examiné si, compte tenu de toutes les circonstances, y compris l'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur, l'appel devrait être accueilli au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR parce que la prise de mesures spéciales à l'égard de l'obligation de quitter le Canada était justifiée.

[25] Renvoyant au paragraphe 11 de la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1059, [2006] 3 R.C.F. F-80, le commissaire a commencé par noter que, dans une affaire relative à de fausses déclarations, les facteurs énoncés dans la décision *Ribic*, qui orientent les décisions rendues au titre de l'alinéa 67(1)c) (découlant de *Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1985] D.S.A.I. nº 4 (QL)), sont légèrement modifiés. Voici le résumé de ces facteurs : a) la gravité des fausses déclarations ayant entraîné la mesure de renvoi et les circonstances les entourant; b) les remords exprimés par l'appelant; c) le temps passé au Canada par l'appelant et son degré d'établissement; d) la présence de membres de la famille de l'appelant au Canada et les conséquences que le renvoi aurait pour eux; e) l'intérêt supérieur d'un enfant directement touché par la décision; f) le soutien que l'appelant peut obtenir de sa famille et de la collectivité; g) l'importance des difficultés auxquelles serait exposé l'appelant s'il était renvoyé, y compris la situation dans le pays de renvoi probable. Le commissaire de la SAI a noté qu'il ne s'agissait pas d'une liste exhaustive des facteurs susceptibles d'être pertinents

[26] The IAD member also noted that a decision under paragraph 67(1)(c) is an exercise of discretion in which the weight of the relevant factors must be determined in the circumstances of the case at hand. This discretion must be exercised consistently with the objectives of the IRPA, which include "[maintaining] … the integrity of the immigration system in the face of misrepresentations made by potential immigrants" [IAD decision, at paragraph 18].

[27] In summary, the IAD assessed the relevant considerations as follows:

A. **Seriousness of the misrepresentation:** The misrepresentation is very serious. It involved the applicant deliberately misleading immigration authorities. There is no doubt that this led to an error in the administration of the IRPA.

B. **Remorse:** The applicant displayed no remorse and maintained that his marriage to Mr. Prado was genuine. The applicant "might have done better" to admit that the marriage was a marriage of convenience [IAD decision, at paragraph 24].

C. **Establishment in Canada:** The applicant is well-established and this is a positive factor in the appeal. The applicant arrived in Canada at the age of 20 and has spent the majority of his adult life here. He owns and operates a roofing business with four employees with the help of his wife. Together the couple own a home and have a significant amount of savings.

D. **Impact on family members in Canada:** If the appeal is dismissed, both the applicant and his wife will be deemed inadmissible. (Ms. Ayala de Menjivar would be inadmissible for misrepresentation for having been sponsored by a person who is determined to be inadmissible for misrepresentation: see IRPA, paragraph 40(1)(b).) Given (bien qu'il n'ait pris en compte aucun autre facteur supplémentaire en l'espèce).

[26] Le commissaire a également fait observer qu'une décision rendue au titre de l'alinéa 67(1)c) est une décision discrétionnaire dans laquelle le poids à accorder aux facteurs pertinents doit être établi en fonction des circonstances de l'affaire. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec les objectifs de la LIPR, dont l'un d'eux est de « [préserver] l'intégrité du système d'immigration [malgré l'existence] de fausses déclarations faites par des immigrants potentiels » [décision de la SAI, au paragraphe 18].

[27] En résumé, le commissaire de la SAI a examiné les facteurs pertinents de la manière suivante :

A. **Gravité des fausses déclarations :** Les fausses déclarations étaient très graves. Le demandeur les a faites pour tromper délibérément les autorités de l'immigration. Il ne fait aucun doute qu'elles ont entraîné une erreur dans l'application de la LIPR.

B. **Remords :** Le demandeur n'a exprimé aucun remords et a maintenu que son mariage avec M. Prado était authentique. Il « aurait peut-être mieux fait » d'admettre que son mariage en était un de convenance [décision de la SAI, au paragraphe 24].

C. **Établissement au Canada :** Le demandeur est bien établi au Canada, ce qui constitue un facteur favorable dans l'appel. Il est arrivé au Canada à l'âge de 20 ans et y a passé la majorité de sa vie adulte. Il possède une entreprise de couverture qu'il exploite avec l'aide de sa femme et de quatre employés. Le couple est propriétaire d'une maison et a beaucoup d'économies.

D. **Conséquences du renvoi sur les membres de la famille qui sont au Canada :** Advenant le rejet de l'appel, le demandeur et sa femme seront tous deux déclarés interdits de territoire. (M[me] Ayala de Menjivar serait interdite de territoire pour fausses déclarations du fait qu'elle a été parrainée par un répondant qui a été déclaré interdit de territoire

that the applicant's son is a young child, he "will have no choice but to go with his parents" to El Salvador [IAD decision, at paragraph 35].

E. **Best interests of the child:** The applicant's son is two years old and is a Canadian citizen. The best interests of this child are only a slight positive factor in the appeal. The age of the applicant's son limits the impact of the return to El Salvador. The applicant provided evidence of poor education, expensive health care, and risk of gang recruitment in El Salvador. Although the child's interests may be better served in Canada as he gets older, this is "somewhat, but not entirely, speculative" [IAD decision, at paragraph 32]. As well, the applicant can also apply to return to Canada after five years, although there is no guarantee that the application will be successful. In the long term, the interests of the applicant's son "would probably be better served in Canada." However, at the present time, given the child's age, "the relocation … will have little impact on his interests" [IAD decision, at paragraph 48].

F. **Family and community support:** The applicant is not close with his family in El Salvador. The applicant's wife has no immediate family there apart from her mother. Nevertheless, they are not completely without support there.

G. **Hardship on removal:** Three areas of concern were raised in respect of the applicant and his family's removal to El Salvador. Nonetheless, any hardship he or his family may face will be of a temporary nature and weighs only slightly as a positive factor on the appeal.

i. **Gang violence:** The applicant's testimony and country evidence establish that gang violence is a problem in El Salvador. However, neither

pour fausses déclarations : voir la LIPR, alinéa 40(1)b).) Comme le fils du demandeur est encore un enfant, « il n'aura pas le choix de quitter le pays avec ses parents » [décision de la SAI, au paragraphe 35].

E. **Intérêt supérieur de l'enfant :** Le fils du demandeur est âgé de deux ans et est un citoyen canadien. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue un facteur qui ne milite que légèrement en faveur du demandeur en appel. L'âge du fils du demandeur limite les répercussions qu'aurait un retour au Salvador. Le demandeur a fourni des éléments de preuve relatifs à la piètre qualité de l'éducation, au coût élevé des soins de santé et au risque que son fils soit recruté par un gang au Salvador. Même si l'intérêt de l'enfant pourrait être mieux servi au Canada au fur et à mesure qu'il grandira, « ce ne sont là que des conjectures, du moins en partie » [décision de la SAI, au paragraphe 32]. Le demandeur pourra également présenter une demande d'autorisation de retour au Canada après cinq ans, mais il n'y a aucune garantie que cette demande sera acceptée. À long terme, l'intérêt du fils du demandeur « serai[t] probablement mieux serv[i] au Canada ». À l'heure actuelle, cependant, « la réinstallation […] aura peu d'incidence sur [l'intérêt] de l'enfant » compte tenu de son âge [décision de la SAI, au paragraphe 48].

F. **Soutien de la famille et de la collectivité :** Le demandeur n'est pas proche de sa famille au Salvador. Sa femme n'y a pas de famille immédiate, à part sa mère. Néanmoins, ils n'y sont pas totalement sans soutien.

G. **Difficultés occasionnées par le renvoi :** Trois sources de préoccupation ont été soulevées en ce qui concerne le renvoi du demandeur et de sa famille au Salvador. Néanmoins, toute difficulté que lui ou sa famille pourraient être appelés à surmonter ne serait que temporaire et n'est un facteur que légèrement favorable à l'appel.

i. **Violence liée aux gangs :** Le témoignage du demandeur et la preuve sur la situation dans le pays montrent qu'il y a un problème

the applicant nor his family members have been recruited by a gang, though family members have been forced to pay extortion money to the MS-13 gang. The applicant and his family may face a slightly increased risk of violent crime due to their status as returnees from North America.

ii. **Sexual Orientation:** The applicant is unlikely to be targeted in El Salvador because of his bisexuality. He is in a stable heterosexual marriage with which he is satisfied. He also lived in El Salvador for two years between 2005 and 2007 without experiencing any problems. Unless he enters into a relationship with a man, it is unlikely that he will be identified as bisexual in El Salvador.

iii. **Economic Hardship:** Economic conditions in El Salvador are very poor. Any hardship visited on the applicant will be connected to the loss of his Canadian business; however, the applicant will have significant funds from the sale of his assets and this would ameliorate any economic hardship he and his family might face in El Salvador.

[28] Balancing all of these considerations, the IAD member concluded that the favourable considerations did not outweigh the seriousness of the misrepresentation and the applicant's lack of remorse. Consequently, the member concluded that there were insufficient H&C considerations to warrant the granting of special relief and, thus, no basis on which to allow the appeal under paragraph 67(1)(c) of the IRPA. The IAD dismissed the appeal accordingly.

IV. STANDARD OF REVIEW

[29] The parties agree, as do I, that the IAD's decision is to be reviewed on a reasonableness standard: see *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009

de violence liée aux gangs au Salvador. Cependant, ni le demandeur ni les membres de sa famille n'ont été recrutés par un gang même si des membres de leur famille ont été victimes d'extorsion et forcés de verser de l'argent au gang MS-13. Le demandeur et sa famille peuvent être exposés à un risque légèrement accru d'être victimes de crimes violents parce qu'ils retournent dans leur pays après avoir vécu en Amérique du Nord.

ii. **Orientation sexuelle :** Il est peu probable que le demandeur soit ciblé au Salvador en raison de sa bisexualité. Il est dans un mariage hétérosexuel stable dont il est satisfait. Il a également vécu au Salvador pendant deux ans entre 2005 et 2007 sans jamais être inquiété. À moins qu'il n'entretienne une relation avec un homme, il est peu probable qu'il soit identifié comme bisexuel au Salvador.

iii. **Difficultés économiques :** La situation économique au Salvador est très mauvaise. Toute difficulté que le demandeur devra surmonter sera liée à la perte de son entreprise canadienne; toutefois, il disposera de fonds importants provenant de la vente de ses biens, ce qui atténuera toute difficulté économique que lui et sa famille pourraient rencontrer au Salvador.

[28] Après avoir soupesé tous ces facteurs, le commissaire de la SAI a conclu que les facteurs favorables ne l'emportaient pas sur la gravité des fausses déclarations et sur l'absence de remords du demandeur. Par conséquent, il a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment de motifs d'ordre humanitaire justifiant la prise de mesures spéciales et qu'il n'y avait aucune raison de faire droit à l'appel au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR. La SAI a donc rejeté l'appel.

IV. LA NORME DE CONTRÔLE

[29] Les parties conviennent, et je suis de leur avis, que la décision de la SAI est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable (*Canada (Citoyenneté*

SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraphs 57–59. That this is the appropriate standard has been reinforced by *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at paragraph 10.

[30] 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). A decision that displays these qualities is entitled to deference from the reviewing court (*ibid.*). When applying the reasonableness standard, it is not the role of the reviewing court to reweigh or reassess the evidence considered by the decision maker or to interfere with factual findings unless there are exceptional circumstances: see *Vavilov*, at paragraph 125. Discretionary determinations such as the one at issue here are entitled to particular deference from the reviewing court. At the same time, reasonableness review is not a rubber-stamping process; it remains a robust form of review: see *Vavilov*, at paragraph 13.

[31] The onus is on the applicant to demonstrate that the IAD's 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).

V. ANALYSIS

[32] The applicant challenges the reasonableness of the IAD's conclusion that the removal order is valid as well as its determination that special relief was not warranted. As I have already stated, I am not persuaded that the decision to uphold the removal order is unreasonable. However, I do agree that the decision that special relief was not warranted is unreasonable, although not for all the reasons advanced by the applicant.

et Immigration) c. Khosa, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, aux paragraphes 57–59). La Cour suprême du Canada a confirmé, au paragraphe 10 de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, qu'il s'agit de la norme de contrôle appropriée.

[30] 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 assujetti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). La cour de révision doit faire preuve de retenue à l'égard d'une décision qui possède ces attributs (*ibid*.). Il n'appartient pas à la cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable d'apprécier à nouveau la preuve prise en compte par le décideur ou de modifier les conclusions de fait de ce dernier, à moins de circonstances exceptionnelles : voir *Vavilov*, au paragraphe 125. La cour de révision doit faire preuve d'une retenue particulière à l'égard des décisions discrétionnaires comme celle qui est en cause en l'espèce. Par ailleurs, le contrôle selon la norme de la décision raisonnable n'est pas une simple formalité; il s'agit d'un type rigoureux de contrôle : voir *Vavilov*, au paragraphe 13.

[31] Il incombe au demandeur de démontrer que la décision de la SAI 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).

V. ANALYSE

[32] Le demandeur conteste le caractère raisonnable de la conclusion de la SAI selon laquelle la mesure de renvoi est valide, ainsi que la décision par laquelle le commissaire a conclu que la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée. Comme je l'ai déjà indiqué, je ne suis pas convaincu que la décision de confirmer la mesure de renvoi soit déraisonnable. Toutefois, je conviens que la conclusion selon laquelle la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée est déraisonnable, mais pas pour tous les motifs avancés par le demandeur.

A. *The Validity of the Removal Order*

[33] The applicant contends that the decision upholding the removal order is unreasonable because the IAD misapprehended the evidence in material respects. I do not agree.

[34] The applicant submits that the IAD's conclusion that he had given inconsistent accounts of what happened when he returned to Canada in October 2007 is erroneous because the evidence the member relies on to demonstrate the inconsistency actually relates to events that occurred the following year. The respondent agrees that the member misapprehended the evidence in this respect. However, the respondent submits that this error is immaterial because the IAD identified numerous other inconsistencies in the applicant's accounts that have not been challenged.

[35] I agree with the respondent. The conflation of events in 2007 and 2008 could not possibly have affected the result given all the other inconsistencies in the applicant's accounts of his marriage that the member identified and that have not been challenged on this application.

[36] The applicant also contends that the IAD erred in its assessment of Ms. Ayala de Menjivar's evidence concerning the development of her relationship with the applicant. Some additional background is necessary to put this issue in context.

[37] According to the interviewer's notes of her sponsorship interview in March 2014 (which was conducted with the assistance of a Spanish interpreter), Ms. Ayala de Menjivar confirmed that the applicant was already in a relationship with her when he landed in Canada in October 2007. She was then asked the following question and gave the following answer:

Q. And he still went to live with his spouse in Canada?

A. *La validité de la mesure de renvoi*

[33] Le demandeur soutient que la décision par laquelle la mesure de renvoi a été confirmée est déraisonnable parce que la SAI a mal interprété certains aspects importants de la preuve. Je ne suis pas de cet avis.

[34] Le demandeur affirme que la conclusion de la SAI selon laquelle il a donné des comptes rendus incohérents de ce qui s'est passé lorsqu'il est revenu au Canada en octobre 2007 est erronée parce que la preuve sur laquelle le commissaire s'est appuyé pour démontrer l'incohérence se rapporte en fait à des événements qui se sont produits l'année suivante. Le défendeur convient que le commissaire a mal interprété la preuve à cet égard. Il affirme cependant qu'il s'agit d'une erreur sans importance puisque le commissaire de la SAI a relevé dans les récits du demandeur de nombreuses autres incohérences qui n'ont pas été contestées.

[35] Je suis du même avis que le défendeur. La confusion des événements survenus en 2007 et 2008 n'aurait pas pu influer sur l'issue compte tenu de toutes les autres incohérences qui ont été relevées par le commissaire dans les récits du mariage du demandeur et qui n'ont pas été contestées dans la présente demande.

[36] Le demandeur soutient également que la SAI a commis une erreur dans son appréciation du témoignage de M^me^ Ayala de Menjivar concernant l'évolution de leur relation. Quelques éléments supplémentaires sont nécessaires pour replacer cette question dans son contexte.

[37] Selon les notes prises par la personne qui a mené (avec l'aide d'un interprète espagnol) l'entrevue relative au parrainage en mars 2014, M^me^ Ayala de Menjivar a confirmé que le demandeur et elle entretenaient déjà une relation lorsqu'il est arrivé au Canada en octobre 2007. Voici la question qui lui a été posée ensuite et la réponse qu'elle a donnée :

[TRADUCTION]

Q. Et il est quand même allé vivre avec son mari au Canada?

A. As far as I understand when he landed in Canada his husband was waiting for him at the airport and then he went to live with him. It was nothing formal it was just a relationship of friends with benefits.

[38] At both the ID and IAD hearings, Ms. Ayala de Menjivar testified that when she stated that she and the applicant were in a relationship in October 2007, she did not mean a romantic relationship; they were just very good friends. The applicant described their relationship at that time in the same way. Ms. Ayala de Menjivar also testified that the questions and answers in the sponsorship interview had been transcribed incorrectly. She had actually been asked another question about her relationship with the applicant (which is omitted from the notes) and this is what she was responding to when she stated that the relationship was "nothing formal" and "just a relationship of friends with benefits." Contrary to what the notes suggest, she was not referring to the applicant's relationship with Mr. Prado. Further, she explained that what she meant was that her relationship with the applicant was a very close friendship. She did not say anything in Spanish that would imply that at that time it involved anything sexual (as the English phrase "friends with benefits" does). She reiterated that there was nothing sexual about her relationship with the applicant at that time. The applicant also confirmed that he and Ms. Ayala de Menjivar did not yet have a sexual relationship when he returned to Canada in October 2007.

[39] The IAD states the following about this evidence [at paragraph 14]:

> [Ms. Ayala de Menjivar] also stated [in her sponsorship interview] that the Appellant's relationship with Mr. Prado was more of a "friends with benefits" relationship. Her explanation for this was that she was referring to the relationship between the Appellant and herself. This does not make sense as the Appellant and his wife both testified that they did not have sexual relations until after their wedding. This casts more doubt as to the nature of the Appellant's first marriage.

[40] I agree with the applicant that the IAD appears to have overlooked the evidence that Ms. Ayala de Menjivar

R. D'après ce que j'ai compris, lorsqu'il a atterri au Canada, son mari l'attendait à l'aéroport et il est allé vivre avec lui. Leur relation n'avait rien d'officiel; ils étaient simplement des amis-amants.

[38] Lors des audiences devant la SI et la SAI, M[me] Ayala de Menjivar a déclaré que, lorsqu'elle a affirmé que le demandeur et elle entretenaient une relation en octobre 2007, elle ne parlait pas d'une relation amoureuse; ils étaient simplement de très bons amis. Le demandeur a décrit leur relation à cette époque de la même manière. M[me] Ayala de Menjivar a également déclaré que les questions et les réponses de l'entrevue relative au parrainage avaient été mal transcrites. On lui avait en fait posé une autre question (qui n'a pas été consignée dans les notes) sur sa relation avec le demandeur, et c'est à cette question qu'elle répondait lorsqu'elle a déclaré que la relation n'avait [TRADUCTION] « rien d'officiel » et qu'ils étaient [TRADUCTION] « simplement des amis-amants ». Contrairement à ce qu'indiquent les notes, elle ne faisait pas référence à la relation du demandeur avec M. Prado. De plus, elle a expliqué qu'elle voulait dire que le demandeur et elle étaient des amis très proches. Elle n'a rien dit en espagnol qui pourrait laisser penser qu'ils avaient des rapports sexuels à cette époque (contrairement à l'expression anglaise « *friends with benefits* »). Elle a répété qu'elle n'avait pas de rapports sexuels avec le demandeur à l'époque. Le demandeur a également confirmé que M[me] Ayala de Menjivar et lui n'avaient pas encore de relations sexuelles lorsqu'il est revenu au Canada en octobre 2007.

[39] Le commissaire de la SAI a affirmé ce qui suit concernant ce témoignage [au paragraphe 14] :

> [M[me] Ayala de Menjivar] a aussi affirmé [dans son entrevue de parrainage] que la relation de l'appelant avec M. Prado était plutôt une relation [TRADUCTION] « d'amis-amants ». Elle a expliqué qu'elle faisait référence à la relation entre l'appelant et elle-même, ce qui n'est pas logique puisque l'appelant et son épouse ont tous deux déclaré qu'ils n'ont eu de relations sexuelles qu'après leur mariage. Cela jette davantage le doute sur la nature du premier mariage de l'appelant.

[40] Je conviens avec le demandeur que la SAI semble avoir négligé le témoignage montrant que M[me] Ayala de

did not intend to characterize her relationship with the applicant in October 2007 as a sexual one and that she did not say anything in Spanish that would have the same sexual implications as the English expression "friends with benefits." If that evidence is accepted, there would be no basis to conclude, as the IAD did, that Ms. Ayala de Menjivar cannot have been referring to her own relationship with the applicant (because "friends with benefits" implies a sexual relationship, which Ms. Ayala de Menjivar says she did not have with the applicant at that time); rather, she must be referring to the applicant's relationship with Mr. Prado. The problem, however, is that the IAD member does not address this evidence in the decision nor, assuming the member did reject it, does he give any reasons for doing so. Consequently, the member's determination that Ms. Ayala de Menjivar's comment "casts more doubt" as to the nature of the applicant's marriage to Mr. Prado is lacking justification, transparency and intelligibility.

[41] While I agree with the applicant that this leaves a gap in the IAD member's reasoning and calls the reasonableness of this particular determination into question, I do not agree that this undermines the reasonableness of the decision as a whole. Even if the member should not have simply presumed that Ms. Ayala de Menjivar had used an expression in Spanish that, like the English expression "friends with benefits," had a sexual connotation and, further, should not have concluded that she must have been referring to the applicant's relationship with Mr. Prado (as the interview notes suggest), this flaw is immaterial given all the other evidence casting doubt on the nature of the applicant's marriage to Mr. Prado. Importantly, there is no basis to find that the IAD attributed particular significance to this evidence; it simply raised "more doubt" about the nature of the applicant's marriage to Mr. Prado. Doubts about the genuineness of the marriage are reasonably supported by a great deal of other evidence besides this.

Menjivar n'avait pas voulu laisser entendre que sa relation avec le demandeur en octobre 2007 en était une de nature sexuelle et qu'elle n'avait rien dit en espagnol qui aurait la même connotation sexuelle que l'expression anglaise « *friends with benefits* ». Si ce témoignage était retenu, il n'y aurait aucune raison de conclure, comme l'a fait la SAI, que M^me^ Ayala de Menjivar ne pouvait pas faire référence à sa propre relation avec le demandeur (parce que l'expression anglaise « *friends with benefits* » implique des rapports sexuels et que M^me^ Ayala de Menjivar affirme qu'elle n'avait pas de tels rapports avec le demandeur à l'époque); elle devait plutôt faire référence à la relation du demandeur avec M. Prado. Le problème, cependant, c'est que le commissaire de la SAI ne se penche pas sur cet élément de preuve dans sa décision et que, à supposer qu'il l'ait rejeté, il n'en donne pas les motifs. Par conséquent, la conclusion du commissaire selon laquelle le commentaire de M^me^ Ayala de Menjivar « jette davantage le doute » sur la nature du mariage du demandeur avec M. Prado est dépourvue de justification, de transparence et d'intelligibilité.

[41] Bien que je souscrive à l'opinion du demandeur selon laquelle cela donne lieu à une lacune dans le raisonnement du commissaire de la SAI et remet en question le caractère raisonnable de cette conclusion en particulier, je ne saurais convenir que cela mine le caractère raisonnable de la décision dans son ensemble. S'il est vrai que le commissaire n'aurait pas dû simplement présumer que M^me^ Ayala de Menjivar avait utilisé une expression en espagnol qui, comme l'expression anglaise « *friends with benefits* », avait une connotation sexuelle et, en outre, qu'il n'aurait pas dû conclure qu'elle devait faire référence à la relation du demandeur avec M. Prado (comme l'indiquent les notes d'entrevue), cette lacune est sans importance compte tenu de tous les autres éléments de preuve qui soulèvent des doutes sur la nature du mariage du demandeur avec M. Prado. Il est important de noter que rien ne permet de conclure que le commissaire de la SAI a accordé une importance particulière à cet élément de preuve; il « jet[ait] [simplement] davantage le doute » sur la nature du mariage du demandeur avec M. Prado. Les doutes sur l'authenticité du mariage sont raisonnablement étayés par de nombreux autres éléments de preuve.

[42] Finally, the applicant submits that the IAD member erred by making implausibility findings that do not meet the "clearest of cases" threshold established in the jurisprudence: see *Zaiter v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 908, at paragraphs 8–11 and the cases discussed therein; see also *Lozano Pulido v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 209, at paragraph 37.

[43] I do not agree that this principle is applicable here. The member was not assessing what could reasonably be expected to have happened in light of common sense or common experience, an exercise that calls for particular caution; rather, he was concerned with the internal logic of the applicant's account. The member reasonably found the internal logic of the account to be wanting in material respects and on that basis (among others) drew an adverse inference about the applicant's credibility. There is no basis to interfere with that determination.

[44] For these reasons, I am not persuaded that the IAD's decision to uphold the removal order is unreasonable.

B. *The Request for Special Relief*

[45] The applicant submits that the IAD fell into reviewable error in three respects in its treatment of H&C considerations under paragraph 67(1)(c) of the IRPA: (1) in the assessment of the hardships the applicant would face in El Salvador; (2) in the treatment of the absence of remorse on the part of the applicant for his misconduct; and (3) in the assessment of the best interests of the applicant's child. As I will explain, I do not agree that the IAD erred in the first respect but I do agree that it erred in the other two respects.

(1) Hardship in El Salvador

[46] The applicant submits that the IAD's assessment of the hardship he would face in El Salvador is unreasonable. In particular, he submits that the IAD member assessed the risks posed by criminal gangs unreasonably.

[42] Enfin, le demandeur soutient que le commissaire de la SAI a commis une erreur lorsqu'il a tiré des conclusions d'invraisemblance qui ne respectent pas le critère des « cas les plus évidents » établi dans la jurisprudence : voir *Zaiter c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 908, aux paragraphes 8–11, et les affaires examinées dans cette décision; voir aussi *Lozano Pulido c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 209, au paragraphe 37.

[43] À mon avis, ce principe n'est pas applicable en l'espèce. Le commissaire ne cherchait pas à savoir à quoi on pouvait raisonnablement s'attendre suivant le bon sens ou l'expérience commune — un exercice qui exige une prudence particulière; il s'intéressait plutôt à la logique interne du récit du demandeur. Le commissaire a raisonnablement conclu qu'il y avait des lacunes importantes dans la logique interne du récit et il a tiré une conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur sur ce fondement (entre autres). Il n'y a aucune raison de modifier cette décision.

[44] Pour ces motifs, je ne suis pas convaincu que la décision du commissaire de la SAI de confirmer la mesure de renvoi est déraisonnable.

B. *La demande de mesures spéciales*

[45] Le demandeur soutient que la SAI a commis une erreur susceptible de contrôle à trois égards dans son traitement des motifs d'ordre humanitaire prévus à l'alinéa 67(1)c) de la LIPR : 1) dans l'évaluation des difficultés qu'il devrait affronter au Salvador; 2) dans le traitement de la question de son absence de remords à l'égard de son inconduite; 3) dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de son enfant. Comme je vais l'expliquer, je ne crois pas que la SAI ait commis une erreur en ce qui concerne le premier point, mais je crois qu'elle en a commis une en ce qui concerne les deux autres.

1) Les difficultés à affronter au Salvador

[46] Le demandeur soutient que l'évaluation faite par le commissaire de la SAI des difficultés qu'il rencontrerait au Salvador est déraisonnable. En particulier, il affirme que l'évaluation des risques posés par les gangs

He also contends that the member unreasonably expected him to conceal his identity as a bisexual man. I do not agree.

[47] The IAD member accepted that gang violence is a problem in El Salvador. The member also accepted that deportees from North America could be perceived as having money and therefore can become targets for extortion. The member accepted the applicant's evidence that he had been targeted for extortion in the past, as had his mother-in-law. On this basis, the member found [at paragraph 38] that there was a "slightly increased risk" that the applicant or his family would be the victims of violent crime if they returned to El Salvador. The member simply did not agree that the degree of risk from criminal gangs was as great as the applicant had contended. That determination is not unreasonable. The applicant's arguments on this application effectively ask the Court to reweigh the evidence and reach a different conclusion. This is not the Court's proper function on judicial review.

[48] The IAD dealt with the risks to the applicant as a bisexual man as follows [at paragraph 40]:

> I find that the likelihood of the Appellant being targeted in El Salvador because of his bisexuality to be low for several reasons. The Appellant is in a heterosexual marriage which appears to be stable. He testified that he is satisfied with this marriage. The Appellant returned to El Salvador in February 2005 and lived with his parents for two and a half years. He was employed during part of this period. He gave no evidence that he was harassed or targeted because of his sexuality during this period. Unless he engages in a relationship with a man, I find it unlikely that the Appellant will be identified as bisexual in El Salvador and be subject to harassment or violence.

[49] In my view, this is a reasonable assessment of the evidence before the IAD. It was not unreasonable for the member to conclude that, given the current

criminels était déraisonnable. Il fait également valoir qu'il était déraisonnable de la part du commissaire de s'attendre à ce qu'il dissimule son identité d'homme bisexuel. Je ne suis pas de cet avis.

[47] Le commissaire de la SAI a reconnu que la violence des gangs constitue un problème au Salvador. Il a également reconnu que les personnes expulsées d'Amérique du Nord peuvent être perçues comme des personnes qui ont de l'argent et, donc, devenir des cibles d'extorsion. Le commissaire a retenu le témoignage du demandeur selon lequel il avait été la cible d'extorsion dans le passé, tout comme sa belle-mère. Pour cette raison, le commissaire a conclu [au paragraphe 38] qu'il y avait un « risque légèrement accru » que le demandeur ou sa famille soient victimes de crimes violents s'ils retournaient au Salvador. Le commissaire n'a tout simplement pas reconnu que le degré de risque lié aux gangs criminels était aussi élevé que le demandeur le soutenait. Cette conclusion n'est pas déraisonnable. Compte tenu des arguments soulevés dans la présente demande, le demandeur sollicite en fait de la Cour qu'elle soupèse de nouveau la preuve et qu'elle tire une conclusion différente. Ce n'est pas là le véritable rôle de la Cour en matière de contrôle judiciaire.

[48] La SAI a traité la question des risques auxquels était exposé le demandeur en tant qu'homme bisexuel de la manière suivante [au paragraphe 40] :

> J'estime que la probabilité que l'appelant soit ciblé au Salvador en raison de sa bisexualité est faible pour plusieurs raisons. Le mariage de l'appelant est fondé sur une relation hétérosexuelle et semble être stable. Il a déclaré être satisfait de ce mariage. L'appelant est retourné au Salvador en février 2005 et a vécu avec ses parents pendant deux ans et demi. Pendant une partie de cette période, il avait un emploi. Il n'a fourni aucun élément de preuve démontrant qu'il a[vait] été harcelé ou ciblé en raison de sa sexualité pendant cette période. À moins qu'il n'entretienne une relation avec un homme, j'estime qu'il est peu probable que l'appelant soit étiqueté comme bisexuel au Salvador et qu'il fasse l'objet de harcèlement ou d'actes de violence.

[49] À mon avis, il s'agit d'une évaluation raisonnable de la preuve dont disposait la SAI. Il n'était pas déraisonnable de la part du commissaire de conclure qu'il y avait

circumstances of the applicant's life, there was little risk he would be targeted for being bisexual. I do not agree with the applicant that the IAD effectively required him to conceal his sexual identity. Had it done so, this would have been a reviewable error: see *Fosu Atta v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1135, 335 F.T.R. 223, at paragraph 17, and *V.S. v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1150, at paragraph 7. Instead, the IAD member accepted that, on the applicant's own account, this aspect of his sexual identity is not a significant or overt part of his life as he is now living it and on this basis found that the risk of being targeted for this reason is therefore low. More particularly, the member did not suggest that the applicant should not engage in a relationship with a man; rather, the member accepted the applicant's evidence that suggested there was little if any likelihood that he would do so. This was a reasonable determination in the circumstances of this case.

peu de risques que le demandeur soit ciblé en raison de sa bisexualité compte tenu de la situation personnelle actuelle de celui-ci. Je ne souscris pas à l'avis du demandeur selon lequel le commissaire de la SAI l'a en fait obligé à dissimuler son identité sexuelle. S'il l'avait fait, il aurait commis une erreur susceptible de contrôle : voir *Atta Fosu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 1135, au paragraphe 17, et *V.S. c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1150, au paragraphe 7. Le commissaire a plutôt accepté ce que le demandeur lui-même avait reconnu, à savoir que cet aspect de son identité sexuelle ne constitue pas une partie importante ou manifeste de sa vie actuelle, et il a, sur ce fondement, conclu que le risque d'être ciblé pour ce motif était donc faible. Plus particulièrement, le commissaire n'a pas dit que le demandeur ne devrait pas entretenir une relation avec un homme; il a plutôt retenu le témoignage du demandeur selon lequel la probabilité qu'il le fasse était faible, voire nulle. Il s'agissait d'une conclusion raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire.

(2) The applicant's lack of remorse

2) L'absence de remords du demandeur

[50] The applicant submits that the IAD's treatment of his failure to admit his wrongdoing and express remorse for it is unreasonable. I agree.

[50] Le demandeur fait valoir que la façon dont la SAI a traité le fait qu'il n'ait pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles ni exprimé de remords est déraisonnable. J'en conviens.

[51] A sincere expression of remorse can demonstrate a wrongdoer's acceptance of responsibility for their misconduct and its harmful effects. This can be an important mitigating circumstance when it comes to determining what consequences should be imposed for the misconduct because it can reflect positively on the wrongdoer's character and prospects for rehabilitation.

[51] L'expression sincère de remords peut démontrer que la personne qui a commis les actes répréhensibles assume la responsabilité de son inconduite et ses effets préjudiciables. Il peut s'agir d'une circonstance atténuante importante lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences à imposer pour l'inconduite puisqu'elle peut donner une image favorable de la personnalité de l'auteur de la faute et de ses possibilités de réadaptation.

[52] These ideas are well-established in the criminal law. As the Court of Appeal for Ontario explains in *R. v. Reeve*, 2020 ONCA 381, 151 O.R. (3d) 65, at paragraph 11:

> A genuine expression of remorse can constitute an important mitigating consideration at the time of sentencing. When an offender demonstrates, through actions and/or words, that he or she is genuinely remorseful for his or

[52] Ces idées sont bien établies en droit pénal. Comme l'a expliqué la Cour d'appel de l'Ontario au paragraphe 11 de l'arrêt *R. v. Reeve*, 2020 ONCA 381, 151 O.R. (3d) 65 :

> [TRADUCTION] L'expression sincère de remords peut constituer une importante circonstance atténuante à l'étape de la détermination de la peine. Si le délinquant démontre, par des actions ou des paroles, qu'il éprouve

her conduct, it can show that the offender has some insight into his or her past actions and takes responsibility for them. Taking responsibility for past conduct is an important step toward rehabilitation and gives cause for hope that the offender may be set on a path of change. The greater the genuine insight into past offending behaviour, the greater the cause for hope.

de véritables remords pour sa conduite, cela peut indiquer qu'il a une certaine compréhension des actes qu'il a commis dans le passé et qu'il en assume la responsabilité. Le fait d'assumer la responsabilité de sa conduite antérieure constitue une étape importante vers la réadaptation et permet d'espérer que le délinquant s'engage sur la voie du changement. L'espoir est d'autant plus grand si le délinquant a réellement conscience de son comportement antérieur.

[53] It is equally well-established that, under paragraph 67(1)(c) of the IRPA, evidence of remorse and the possibility of rehabilitation can be relevant considerations when determining whether an individual facing removal from Canada should be allowed to remain here: see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84, at paragraphs 40, 41 and 90, and *Khosa*, at paragraphs 7 and 64–66, where the Court discusses the *Ribic* factors.

[53] Il est également bien établi qu'au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR, la preuve de remords et la possibilité de réadaptation peuvent être des facteurs pertinents lorsqu'il s'agit de décider si une personne visée par une mesure de renvoi du Canada devrait être autorisée à demeurer au pays : voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84, aux paragraphes 40, 41 et 90, et *Khosa*, aux paragraphes 7 et 64–66, où la Cour suprême du Canada a renvoyé aux facteurs établis dans la décision *Ribic*.

[54] Concerns about rehabilitation are often central in cases of inadmissibility based on criminality given the overarching objective of protecting public health and safety and maintaining the security of Canadian society: see IRPA, at paragraph 3(1)(h). Indeed, one of the *Ribic* factors is the possibility of rehabilitation: see *Khosa*, at paragraph 7. While in misrepresentation cases this factor has been modified to refer to the remorsefulness of the party for having engaged in the misrepresentation as opposed to the possibility of rehabilitation (see *Wang*, at paragraph 11), I see this simply as a change in emphasis given the close connection between a party's prospects for rehabilitation and their remorsefulness. The language of rehabilitation may be more suited to the criminal context but whether the issue is inadmissibility due to criminality or due to misrepresentation, evidence that the conduct that led to the finding of inadmissibility is not likely to be repeated can be a favourable consideration in a request for special relief.

[54] Les préoccupations relatives à la réadaptation sont souvent au cœur des questions liées à l'interdiction de territoire pour criminalité étant donné l'objectif primordial de protéger la santé et la sécurité publiques et de garantir la sécurité de la société canadienne : LIPR, alinéa 3(1)h). En effet, l'un des facteurs établis dans la décision *Ribic* est la possibilité de réadaptation : voir *Khosa*, au paragraphe 7. Bien que ce facteur ait été modifié dans les cas de fausses déclarations pour faire référence au remords exprimés par la partie qui a fait de fausses déclarations plutôt qu'à la possibilité de réadaptation (voir *Wang*, au paragraphe 11), je considère qu'il s'agit simplement d'un changement d'orientation étant donné le lien étroit entre les possibilités de réadaptation d'une partie et ses remords. La terminologie liée à la réadaptation est peut-être plus adaptée au contexte pénal. Cela dit, qu'il s'agisse d'une interdiction de territoire pour criminalité ou pour fausses déclarations, la preuve que la conduite qui a mené à la conclusion d'interdiction de territoire ne risque pas de se répéter peut être une considération favorable dans une demande de mesures spéciales.

[55] Even apart from the question of whether there is a risk that the wrongful conduct will be repeated, remorse can also be relevant in a broader sense. Evidence of

[55] Même en faisant abstraction de la question de savoir s'il existe un risque que la conduite répréhensible se répète, la question des remords peut également être

genuine contrition and acceptance of responsibility for one's wrongdoing can add support—sometimes significant support—to the argument that the offending party's removal from Canada is not a proportionate step that is necessary to protect the integrity of the immigration system. As the Court emphasizes in *Khosa*, the weight to be given to evidence of remorse and the prospects for rehabilitation in determining whether special relief is warranted under paragraph 67(1)(c) of the IRPA must be assessed "in light of all the circumstances of the case" (at paragraph 66).

[56] When remorse is expressed through an admission of the wrongful conduct—for example, in the criminal context, by a guilty plea—this can have additional beneficial effects (e.g. saving the public resources that would otherwise have had to be expended to prove the misconduct and relieving witnesses of the burden of having to testify). These can also constitute important mitigating circumstances: see *R. v. Anthony-Cook*, 2016 SCC 43, [2016] 2 S.C.R. 204, at paragraphs 39–40.

[57] Thus, it is clear that admitting one's wrongdoing and being remorseful can make things better for a wrongdoer when it comes to determining the legal consequences of that wrongdoing. But can the absence of these things make things worse?

[58] In the criminal context, it is an error in principle to treat a failure to plead guilty and the absence of remorse as aggravating factors (as opposed to the absence of mitigating factors). Even after a guilty verdict, "an accused is entitled to maintain his or her innocence and cannot be punished for maintaining that stance" (*Reeve*, at paragraph 12). However, as the Federal Court of Appeal explains in *Chung v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 68, these principles cannot simply be transposed into the immigration context because, in the criminal context, they are grounded in the presumption of innocence and this presumption is inapplicable in the immigration context: see *Chung*, at paragraph 20. That being said, the decision maker's treatment

pertinente dans un sens plus large. La preuve d'un repentir sincère et de l'acceptation de la responsabilité des actes répréhensibles peut étayer — parfois de façon importante — l'argument selon lequel le renvoi du Canada de la partie fautive n'est pas une mesure proportionnée nécessaire pour protéger l'intégrité du système d'immigration. Comme la Cour suprême le souligne dans l'arrêt *Khosa*, l'importance qu'il convient d'accorder à la preuve de remords et aux possibilités de réadaptation pour trancher la question de savoir si des mesures spéciales sont justifiées au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR doit être évaluée « au regard de toutes les circonstances de l'espèce » (au paragraphe 66).

[56] L'expression de remords par l'aveu de la conduite répréhensible — par exemple, dans le contexte pénal, par un plaidoyer de culpabilité — peut avoir des effets bénéfiques supplémentaires (par exemple, économiser les ressources publiques qui auraient autrement dû être engagées pour prouver la faute et soulager les témoins du fardeau de devoir témoigner). Elle peut également constituer une importante circonstance atténuante : voir *R. c. Anthony-Cook*, 2016 CSC 43, [2016] 2 R.C.S. 204, aux paragraphes 39–40.

[57] Ainsi, il est évident que le fait d'admettre les actes répréhensibles et d'exprimer des remords peut améliorer la situation de l'auteur lorsqu'il s'agit de déterminer les conséquences juridiques de ces actes répréhensibles. Mais l'absence de ces éléments peut-elle aggraver la situation?

[58] Dans le contexte pénal, le fait de considérer l'absence d'un plaidoyer de culpabilité et de remords comme un facteur aggravant (par opposition à l'absence de facteurs atténuants) constitue une erreur de principe. Même après un verdict de culpabilité, [TRADUCTION] « l'accusé a le droit de maintenir son innocence et ne peut être puni pour l'avoir fait » (*Reeve*, au paragraphe 12). Cependant, comme l'explique la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Chung c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 68, ces principes ne peuvent pas simplement être transposés dans le contexte de l'immigration puisqu'ils sont fondés sur le droit à la présomption d'innocence dans le contexte pénal alors que cette présomption ne s'applique pas dans le contexte de l'immigration : voir

of evidence of remorse under paragraph 67(1)(c) of the IRPA must still be reasonable in light of the particular circumstances of the case: see *Khosa*, at paragraphs 66–67 and *Chung*, at paragraph 24.

[59] In the present case, the IAD member found that the applicant had not demonstrated remorse "because he maintained, throughout this appeal, that his marriage to Mr. Prado was genuine" [at paragraph 23]. According to the member, the applicant "might have done better to admit that his marriage to Mr. Prado was a marriage of convenience and not waste this Division's time with a hearing that necessitated two sittings" [at paragraph 24]. In the IAD's view, the applicant's "insistence that his first marriage was genuine and his lack of remorse is not a factor in his favour" [at paragraph 25].

[60] The member returned to these points in his overall conclusion, stating [at paragraphs 46 and 50]:

> I found the Appellant's misrepresentation to be of a serious nature. The Appellant entered into what was clearly a marriage of convenience in order to obtain status in Canada. He continued to insist that this marriage is genuine, despite unexplained inconsistencies in the accounts of the events that led to the marriage and the circumstances after. Accordingly, he has shown no remorse in misleading Canadian immigration authorities in order to gain status in Canada. He wasted the time and resources of the ID and the IAD in maintaining that his first marriage was genuine.
>
> …
>
> The humanitarian and compassionate factors in this appeal do not outweigh the seriousness of the misrepresentation that allowed the Appellant to obtain status in Canada and his lack of remorse for so doing.

[61] Reading the IAD's decision as a whole, I am satisfied that the member treated the applicant's failure to admit his wrongdoing and his lack of remorse not simply as the absence of mitigating factors but, rather, as aggravating factors weighing heavily against the granting of

Chung, au paragraphe 20. Cela dit, le traitement par le décideur de la preuve de remords pour l'application de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR doit quand même être raisonnable au regard des circonstances particulières de l'affaire : voir *Khosa*, aux paragraphes 66–67, et *Chung*, au paragraphe 24.

[59] En l'espèce, le commissaire de la SAI a conclu que le demandeur n'avait pas fait preuve de remords « puisqu'il a maintenu, tout au long du présent appel, que son mariage avec M. Prado était authentique » [au paragraphe 23]. Selon le commissaire, le demandeur « aurait peut-être mieux fait d'admettre que son mariage avec M. Prado était un mariage de convenance et de ne pas faire perdre son temps à la Section en lui faisant tenir une audience nécessitant deux séances » [au paragraphe 24]. À son avis, « [l]'insistance qu'a mise [le demandeur] pour affirmer que son premier mariage était authentique et son absence de remords ne militent pas en sa faveur » [au paragraphe 25].

[60] Le commissaire est revenu sur ces points dans sa conclusion générale [aux paragraphes 46 et 50] :

> Je conclus que les fausses déclarations de l'appelant sont de nature grave. L'appelant a contracté ce qui était clairement un mariage de convenance afin d'obtenir un statut au Canada. Il a continué d'insister sur le fait que ce mariage était authentique, malgré les incohérences inexpliquées dans les récits qu'il a faits des événements ayant mené au mariage et des circonstances ultérieures. Il n'a pas non plus manifesté de remords pour avoir trompé les autorités canadiennes de l'immigration en vue d'obtenir un statut au Canada. Il a gaspillé le temps et les ressources de la SI et de la SAI en soutenant que son premier mariage était authentique.
>
> […]
>
> Les motifs d'ordre humanitaire en l'espèce ne l'emportent pas sur la gravité des fausses déclarations qui ont permis à l'appelant d'obtenir un statut au Canada et sur son absence de remords à cet égard.

[61] Après avoir lu la décision de la SAI dans son ensemble, j'estime que le commissaire a traité le fait que le demandeur n'avait pas reconnu avoir commis des actes répréhensibles et n'a pas exprimé de remords, non pas comme une simple absence de facteurs atténuants, mais

special relief. In my view, it was unreasonable for the IAD to do so in the particular circumstances of this case. I say this for the following reasons.

[62] First, the member fails to consider that the purpose of the hearing before the ID and, in part, the hearing before the IAD was to determine the genuineness of the applicant's marriage to Mr. Prado. This is the fundamental factual underpinning to the allegation of inadmissibility due to misrepresentation. The underlying facts had not previously been determined by any other tribunal. Unless and until the ID and the IAD determined otherwise, the Minister's claim that the applicant's marriage to Mr. Prado was a marriage of convenience was an unproven allegation. Moreover, and importantly, this was an issue on which the burden of proof lay with the Minister at both the ID and the IAD: see *Yang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 1484, at paragraphs 21–23.

[63] The applicant was entitled to put the Minister to the proof of the allegation that his marriage to Mr. Prado was not genuine and to attempt to answer the Minister's case in accordance with what he presumably believed to be a true account of the underlying facts. He was also entitled to appeal the ID's determination to the IAD, which conducts a *de novo* hearing: see *Castellon Viera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1086, 418 F.T.R. 116, at paragraphs 10–12, and *Verbanov v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2019 FC 324, 65 Imm. L.R. (4th) 303, at paragraph 26. It was unreasonable for the IAD member to fault the applicant for exercising these legal rights instead of simply admitting the Minister's allegation that the marriage was not genuine and that he had, therefore, engaged in misrepresentation.

[64] The present case must be distinguished from those where the underlying wrongful conduct has already been established in a separate proceeding—in particular, cases where inadmissibility rests on a finding of

plutôt comme l'existence de facteurs aggravants qui pesaient lourdement contre la prise de mesures spéciales. À mon avis, il était déraisonnable de la part de la SAI d'agir ainsi compte tenu des circonstances particulières de l'affaire. Je suis de cet avis pour les raisons exposées ci-dessous.

[62] Premièrement, le commissaire n'a pas tenu compte du fait que l'objectif de l'audience devant la SI et, en partie, de l'audience devant la SAI était d'établir l'authenticité du mariage du demandeur avec M. Prado. Il s'agit du fondement factuel de l'allégation d'interdiction de territoire pour fausses déclarations. Aucun autre décideur n'avait statué sur les faits sous-jacents précédemment. Jusqu'à ce que la SI et la SAI en décident autrement, la prétention du ministre selon laquelle le mariage du demandeur avec M. Prado était un mariage de convenance était une allégation non prouvée. De plus, et chose importante, il incombait au ministre de prouver les fausses déclarations alléguées, tant devant la SI que devant la SAI : voir *Yang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1484, aux paragraphes 21–23.

[63] Le demandeur avait le droit d'exiger du ministre qu'il prouve l'allégation selon laquelle son mariage avec M. Prado n'était pas authentique et de tenter de réfuter la preuve du ministre en fonction de ce qu'il croyait vraisemblablement être un compte rendu fidèle des faits sous-jacents. Il avait aussi le droit de porter en appel la décision de la SI devant la SAI, laquelle mène une audience *de novo* : voir *Castellon Viera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1086, aux paragraphes 10–12, et *Verbanov c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 324, au paragraphe 26. Il était déraisonnable pour le commissaire de la SAI de reprocher au demandeur d'avoir exercé des droits que lui confère la loi au lieu d'avoir simplement reconnu que son mariage n'était pas authentique et qu'il avait, par conséquent, fait de fausses déclarations, comme l'alléguait le ministre.

[64] Il y a lieu d'établir une distinction entre la présente affaire et celles dans lesquelles la conduite fautive sous-jacente a déjà été prouvée dans une instance distincte — en particulier, les affaires dans lesquelles

guilt after a criminal trial. The Federal Court of Appeal held in *Chung* that, in such cases, it may be reasonable for the IAD to treat the failure to admit and accept responsibility for what had been established beyond a reasonable doubt in a criminal trial as an aggravating factor under paragraph 67(1)(c) of the IRPA. That is not the case here.

[65] Second, it was both unreasonable and unwarranted for the IAD member to conclude [at paragraph 46] that the applicant had "wasted the time and resources of the ID and the IAD in maintaining that his first marriage was genuine." No doubt, the proceedings before the ID and the IAD would have been shorter if the applicant had simply admitted that his first marriage was not genuine. However, to repeat, the applicant was entitled to put the Minister to the proof of its case. There is nothing to suggest that in doing so the applicant acted improperly or otherwise abused the process of the ID or the IAD.

[66] Third, as I have discussed elsewhere (see *Idrizi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1187, at paragraph 30), determinations as to the genuineness of a marriage can be exceedingly difficult. There will rarely be direct evidence of an improper purpose. Typically, intent must be inferred from the conduct of the parties and the particular circumstances of the case. As well, evidence that could support the genuineness of a marriage may be lacking even though the marriage is, in fact, genuine. These challenges distinguish cases like the present one from cases of alleged misrepresentation where the wrongful conduct can be established with direct evidence and the decision maker's task is therefore much more straightforward—for example, a case where there is credible and trustworthy evidence from a university that it never conferred the degree that a party claimed to have received. Here, there is more room for error and, as a result, more room for the applicant to disagree with the Minister's allegations and with the ID's finding regarding his marriage to Mr. Prado. Contrary to the view of

l'interdiction de territoire repose sur un verdict de culpabilité obtenu au terme d'un procès pénal. La Cour d'appel fédérale a statué dans l'arrêt *Chung* que, dans de telles affaires, il peut être raisonnable de la part de la SAI de considérer comme un facteur aggravant pour l'application de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR le fait de ne pas reconnaître une faute et de ne pas assumer la responsabilité de ce qui a été prouvé hors de tout doute raisonnable dans un procès pénal. La situation est différente en l'espèce.

[65] Deuxièmement, il était à la fois déraisonnable et injustifié de la part du commissaire de la SAI de conclure que le demandeur avait « gaspillé le temps et les ressources de la SI et de la SAI en soutenant que son premier mariage était authentique » [au paragraphe 46]. Il ne fait aucun doute que les instances devant la SI et la SAI auraient été plus brèves si le demandeur avait simplement admis que son premier mariage n'était pas authentique. Toutefois, je le répète, le demandeur avait le droit d'exiger du ministre qu'il prouve ce qu'il avançait. Rien ne porte à croire que, ce faisant, il a agi de manière inappropriée ou a abusé de quelque manière que ce soit de la procédure de la SI ou de la SAI.

[66] Troisièmement, comme je l'ai déjà mentionné (voir *Idrizi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1187, au paragraphe 30), il peut être extrêmement difficile de trancher la question de l'authenticité d'un mariage. Il existe rarement une preuve directe d'une intention illégitime. En général, l'intention doit être déduite de la conduite des parties et des circonstances particulières de l'affaire. De plus, il est possible que les éléments de preuve qui pourraient prouver l'authenticité d'un mariage soient insuffisants, et ce, même si le mariage est bel et bien authentique. Ces difficultés permettent d'établir une distinction entre les affaires comme celle qui nous occupe et les affaires de fausses déclarations alléguées dans lesquelles la conduite répréhensible peut être prouvée par des éléments de preuve directs et dans lesquelles la tâche du décideur est donc beaucoup plus simple — par exemple, une affaire dans laquelle une université apporte des éléments de preuve crédibles et dignes de foi montrant qu'elle n'a jamais délivré le diplôme qu'une partie prétend avoir obtenu. En l'espèce, il y a davantage de

the IAD, it was not improper for the applicant to bring that disagreement forward by way of an appeal.

[67] Put another way, as I have found, it was not unreasonable for the IAD to conclude that the applicant's marriage to Mr. Prado was a marriage of convenience. Indeed, it could even be said that, at the end of the day, the Minister had presented a strong case of misrepresentation and that the applicant's case in response suffered from many material weaknesses. However, this does not preclude the reasonable possibility that the applicant was describing his relationship with Mr. Prado truthfully. Even though the IAD member reasonably rejected the applicant's account of his marriage to Mr. Prado, he should not have faulted the applicant for maintaining a position that he presumably believed to be the truth.

[68] In summary, the IAD member reasonably could have found that the applicant had not demonstrated remorse for his wrongdoing. Indeed, on the record before the IAD, it would be unreasonable for the member to have found otherwise. Thus, the member reasonably could have assessed the request for special relief on the basis that a factor that could have weighed positively for the applicant was absent. However, the IAD member went beyond this. He held that the applicant's failure to admit the Minister's allegation and to show remorse were factors that weighed heavily *against* the request for special relief. In the particular circumstances of this case, this was an unreasonable determination.

(3) The best interests of the applicant's child

[69] Finally, the applicant submits that the IAD member took an unreasonably truncated view of his son's best interests by focusing on his son's young age. I agree.

possibilités d'erreur et, par conséquent, davantage de possibilités que le demandeur ne souscrive ni aux allégations du ministre ni aux conclusions de la SI concernant son mariage avec M. Prado. Contrairement à ce qu'a affirmé le commissaire de la SAI, il n'était pas inapproprié pour le demandeur de soulever ce désaccord dans le cadre d'un appel.

[67] En d'autres termes, comme je l'ai déjà mentionné, il n'était pas déraisonnable de la part de la SAI de conclure que le mariage du demandeur avec M. Prado en était un de convenance. En effet, on pourrait même dire qu'en fin de compte, le ministre avait présenté des arguments solides concernant les fausses déclarations et que la réponse du demandeur souffrait de nombreuses faiblesses importantes. Toutefois, cela n'exclut pas la possibilité raisonnable que le demandeur décrivait honnêtement sa relation avec M. Prado. Même si le commissaire de la SAI a raisonnablement rejeté le récit du demandeur relativement à son mariage avec M. Prado, il n'aurait pas dû reprocher au demandeur de maintenir une position qu'il croyait vraisemblablement être la vérité.

[68] En résumé, le commissaire de la SAI aurait pu raisonnablement conclure que le demandeur n'avait pas exprimé de remords pour les actes répréhensibles commis. En effet, d'après la preuve présentée à la SAI, il aurait été déraisonnable pour le commissaire de conclure le contraire. Ainsi, le commissaire aurait pu raisonnablement évaluer la demande de mesures spéciales en se fondant sur l'absence d'un facteur qui aurait pu jouer en faveur du demandeur. Le commissaire de la SAI est cependant allé plus loin. Il a conclu que le fait que le demandeur n'ait pas admis l'allégation du ministre et n'ait pas exprimé de remords constituait un facteur qui pesait lourdement contre la prise de mesures spéciales. Dans les circonstances particulières de l'affaire, il s'agissait d'une décision déraisonnable.

3) L'intérêt supérieur de l'enfant du demandeur

[69] Enfin, le demandeur soutient que le commissaire de la SAI a fait une interprétation déraisonnablement restreinte de l'intérêt supérieur de son fils puisqu'il s'est concentré sur le jeune âge de ce dernier. Je suis d'accord avec lui.

[70] As the Supreme Court of Canada held in a related context in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 75, where the best interests of a child must be considered in making a discretionary determination, for that exercise of discretion to be reasonable, the decision maker "should consider children's best interests as an important factor, give them substantial weight, and be alert, alive and sensitive to them." This does not mean that children's best interests must always outweigh other considerations or that there may not be other reasons for denying relief even when a child's interests are considered in this way. However, the Court continues, "where the interests of children are minimized, in a manner inconsistent with Canada's humanitarian and compassionate tradition and the Minister's guidelines, the decision will be unreasonable."

[71] The IAD member quotes these principles in the decision but I am not satisfied that he applied them reasonably to the particular circumstances of this case.

[72] The IAD member found [at paragraph 32] that the age of the applicant's son "limits the impact that a return to El Salvador would have" because, whether he is in Canada or not, his needs would continue to be met by his parents. This implies that the change in the child's circumstances entailed by removal from Canada will have little or no impact on his interests. This fails to account for the likely impacts of removal from Canada on the parents' ability to meet their son's needs. As well, given the evidence of conditions in El Salvador, it was unreasonable for the IAD to find that it was "somewhat, but not entirely, speculative" that the child's needs would be better served in Canada as he gets older. At the very least, this issue warranted more careful consideration: see *Augusto v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2022 FC 226, at paragraphs 39 and 42. The IAD's approach also erroneously suggests that, the younger the child, the less necessary it is to consider the child's best interests: see *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1633, at paragraph 31.

[70] Comme la Cour suprême du Canada l'a confirmé dans un contexte similaire au paragraphe 75 de l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, lorsque l'intérêt supérieur d'un enfant doit être pris en considération dans le cadre d'une décision discrétionnaire, le décideur « devrait considérer l'intérêt supérieur des enfants comme un facteur important, lui accorder un poids considérable, et être réceptif, attentif et sensible à cet intérêt » pour exercer son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable. Cela ne veut pas dire que l'intérêt supérieur des enfants doit toujours l'emporter sur les autres considérations ni qu'il n'y aura pas d'autres motifs pour rejeter une demande de mesures spéciales, même si l'intérêt des enfants est pris en compte. La Cour suprême a toutefois ajouté que, « quand l'intérêt des enfants est minimisé, d'une manière incompatible avec la tradition humanitaire du Canada et les directives du ministre, la décision est déraisonnable ».

[71] Le commissaire de la SAI cite ces principes dans sa décision, mais je ne saurais conclure qu'il les a appliqués de façon raisonnable aux circonstances particulières de l'affaire.

[72] Le commissaire de la SAI a conclu [au paragraphe 32] que l'âge du fils du demandeur « limite l'impact qu'aurait un retour au Salvador » car, qu'il soit au Canada ou non, ses besoins continueraient d'être comblés par ses parents. Cela signifie que le changement qu'entraînerait le renvoi du demandeur sur la situation de son enfant n'aurait que peu ou pas de répercussions sur l'intérêt de ce dernier. Cela ne tient pas compte des répercussions vraisemblables du renvoi sur la capacité des parents à répondre aux besoins de leur fils. De plus, eu égard à la preuve sur la situation au Salvador, il était déraisonnable pour la SAI de conclure que les arguments selon lesquels les besoins de l'enfant seraient mieux servis au Canada à mesure qu'il grandira n'étaient « que des conjectures, du moins en partie ». La question méritait à tout le moins un examen plus approfondi : voir *Augusto c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2022 CF 226, aux paragraphes 39 et 42. L'approche de la SAI sous-entend également, à tort, que plus l'enfant est jeune, moins il est nécessaire de tenir compte de son

[73] In light of these flaws in its reasoning, it was unreasonable for the IAD [at paragraph 34] to find that the child's best interests "are only a slight positive factor" in this case.

C. *Remedy*

[74] As I have explained, I am not persuaded that the IAD's determination that the applicant is inadmissible to Canada under paragraph 40(1)(a) of the IRPA is unreasonable. On the other hand, I am persuaded that the IAD's determination under paragraph 67(1)(c) of the IRPA is flawed in the respects identified above. I am also satisfied that these flaws are sufficiently central to the IAD's determination that special relief was not warranted that this determination cannot withstand review. Consequently, the application for judicial review must be allowed in this respect. However, in the absence of any reviewable error by the IAD in relation to the finding of misrepresentation, there is no basis to permit the applicant to re-open that issue before the IAD.

[75] Accordingly, pursuant to paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, the matter will be remitted for redetermination by the IAD with the direction that the applicant is bound by the IAD's determination that he is inadmissible due to misrepresentation under paragraph 40(1)(a) of the IRPA and that the redetermination is limited to the applicant's entitlement to special relief under paragraph 67(1)(c) of the IRPA.

VI. CONCLUSION

[76] For these reasons, the application for judicial review is allowed and the matter is remitted for redetermination by a different decision maker. This redetermination will be limited to the applicant's

intérêt supérieur : voir *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1633, au paragraphe 31.

[73] Compte tenu de ces lacunes dans son raisonnement, il était déraisonnable pour le commissaire de la SAI [au paragraphe 34] de conclure que l'intérêt supérieur de l'enfant « constitue un facteur qui ne milite que légèrement en faveur » du demandeur en l'espèce.

C. *Les mesures de réparation demandées*

[74] Comme je l'ai expliqué, je ne peux conclure que la décision du commissaire de la SAI selon laquelle le demandeur est interdit de territoire au Canada au titre de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR est déraisonnable. Par contre, je suis convaincu que la décision rendue au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR est erronée à plusieurs égards, comme il est indiqué ci-dessus. J'estime que ces lacunes jouent un rôle suffisamment important dans la décision du commissaire de la SAI selon laquelle la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée pour empêcher sa décision de résister au contrôle. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie à cet égard. Toutefois, en l'absence de toute erreur susceptible de contrôle par le commissaire de la SAI en ce qui concerne la conclusion de fausses déclarations, il n'y a aucune raison de permettre au demandeur de rouvrir cette question devant la SAI.

[75] Par conséquent, conformément à l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, l'affaire sera renvoyée à la SAI pour qu'elle rende une nouvelle décision en tenant compte du fait que le demandeur est lié par la décision du commissaire de la SAI selon laquelle il est interdit de territoire pour fausses déclarations au titre de l'alinéa 40(1)a) de la LIPR et que la nouvelle décision ne portera que sur la question de l'admissibilité du demandeur à des mesures spéciales au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR.

VI. CONCLUSION

[76] Pour les motifs qui précèdent, la demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué pour nouvelle décision. Cette nouvelle décision se limitera à la question

entitlement to special relief under paragraph 67(1)(c) of the IRPA.

[77] The parties did not suggest any serious questions of general importance for certification under paragraph 74(d) of the IRPA. I agree that none arise.

JUDGMENT in IMM-3069-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is allowed.

2. The decision of the Immigration Appeal Division dated April 15, 2021, is set aside and the matter is remitted for redetermination by a different decision maker.

3. Pursuant to paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, the redetermination is limited to the applicant's entitlement to special relief under paragraph 67(1)(c) of the IRPA. The applicant is bound by the IAD's determination that he is inadmissible due to misrepresentation under paragraph 40(1)(a) of the IRPA.

4. No question of general importance is stated.

de l'admissibilité du demandeur à des mesures spéciales au titre de l'alinéa 67(1)c) de la LIPR.

[77] Les parties n'ont soulevé aucune question grave de portée générale à certifier au titre de l'alinéa 74d) de la LIPR. Je conviens que l'affaire n'en soulève aucune.

JUGEMENT dans le dossier IMM-3069-21

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

2. La décision de la Section d'appel de l'immigration du 15 avril 2021 est annulée et l'affaire est renvoyée à un tribunal différemment constitué pour nouvelle décision.

3. Conformément à l'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, la nouvelle décision sera limitée à la question de l'admissibilité du demandeur à des mesures spéciales au titre de l'alinéa 67(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur est lié par la décision de la SAI selon laquelle il est interdit de territoire pour fausses déclarations au titre de l'alinéa 40(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*.

4. Aucune question de portée générale n'est soulevée.

T-1324-20
2023 FC 31

Democracy Watch and **Duff Conacher** (*Applicants*)

v.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Indexed as: Democracy Watch v. Canada (Attorney General)

Federal Court, Southcott J.—By videoconference, November 7, 2022; Ottawa, January 9, 2023.

Judges and Courts — Application challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Authority to appoint judges to superior courts assigned to Governor General under Constitution Act, 1867 (Constitution), s. 96 — Federal judicial appointments made by Governor General on advice of Cabinet — In turn, Cabinet acting on advice of Minister of Justice (Minister), who receives list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC) — Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada (FJA) responsible for administering JACs — Applications for judicial appointment assessed by applicable JAC — Report of JAC's assessment of each candidate provided to Minister — Before recommending that Cabinet make particular judicial appointment, Minister may consult with others — Much of disputed evidence in present application surrounded nature of those consultations — Applicants sought order and/or declaration stating that federal judicial appointments, elevations systems fail to comply or accord with Constitution, s. 96, Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 7, 11(d), 24(1), principles of fundamental justice, including unwritten constitutional principles of judicial independence and/or rule of law — Submitted, inter alia, that Minister's involvement in appointment of majority of members of JACs, involvement of members of ruling party in consultations conducted by Minister in developing recommendations to Cabinet, demonstrating degree of political interference in federal judicial appointments process that violates principles of judicial independence, impartiality — Whether federal judicial appointments, elevations systems violating Constitution, s. 96, Charter, ss. 7, 11(d), 24(1), unwritten constitutional principles of judicial independence, rule of law — No constitutional violation found — Controversy related to process occurring between Minister's receipt of JAC recommendations, Minister

T-1324-20
2023 CF 31

Démocratie en surveillance et Duff Conacher (*demandeurs*)

c.

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

Répertorié : Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)

Cour fédérale, juge Southcott—Par vidéoconference, 7 novembre 2022; Ottawa, 9 janvier 2023.

Juges et Tribunaux — Demande contestant la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Le gouverneur général détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures conformément à l'article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 (la Constitution) — Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet — Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM) — Le Commissariat à la magistrature fédérale Canada (CMF) est chargé d'administrer les CCM — Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont évaluées par le CCM concerné — Le CCM prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat pour le ministre — Le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte), ainsi qu'aux principes de justice fondamentale, notamment les principes constitutionnels non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit — Ils ont soutenu, entre autres choses, que la part que prend le ministre dans la nomination de la majorité des membres des CCM puis celle que prennent des membres du parti au pouvoir dans les consultations menées par le ministre avant de formuler ses recommandations au Cabinet témoignent d'une

making recommendation to Cabinet on judicial appointment — Common ground that Minister may consult with anyone before making recommendation — Evidence supporting applicants' position that consultations conducted before Minister makes recommendation to Cabinet on judicial appointment can include consultations with other ministers, Members of Parliament in caucus of ruling party — Respondent argued that there is necessarily some level of political involvement in appointment process — Question was whether these features of process offend principles of judicial independence, impartiality — Test for judicial independence asking whether reasonable person, fully informed of all circumstances, would consider that particular court enjoys necessary independent status — There are three essential conditions or core characteristics of judicial independence — Applicants asked Court to find additional condition that would apply to particular process leading up to appointment — Design of appointment process not within Court's purview — In determining constitutionality, Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, applied principles of judicial independence, impartiality — Authorities upon which applicants relied not supporting arguments seeking to add further pre-appointment condition — This not surprising given particular constitutional structure governing judicial appointments — Effect of s. 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet, a political body — Political element "baked" into appointments process by Constitution's designation of Cabinet as appointing authority — Application dismissed.

Constitutional Law — Fundamental Principles — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Authority to appoint judges to superior courts assigned to Governor General under Constitution Act, 1867 (Constitution), s. 96 — Federal judicial appointments made by Governor General on advice

certaine ingérence politique dans le processus de nomination à la magistrature fédérale, ce qui contrevient aux principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires — Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit? — Il n'y a eu aucune violation de la Constitution — Il y avait des divergences entre les parties en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La preuve appuyait la thèse des demandeurs selon laquelle les consultations menées avant que le ministre formule une recommandation au Cabinet relativement à une nomination à la magistrature peuvent comprendre des consultations auprès d'autres ministres et députés faisant partie du groupe parlementaire du parti au pouvoir — Le défendeur a affirmé que le processus de nomination comporte forcément un certain degré d'intervention politique — La question était de savoir si ces caractéristiques du processus enfreignent les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires — Le critère de l'indépendance judiciaire pose la question de savoir si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis — Il y a trois conditions ou caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire — Les demandeurs ont demandé à la Cour de reconnaître une condition supplémentaire qui s'appliquerait précisément au processus menant à une nomination — La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour — Pour se prononcer sur la constitutionnalité, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués — La jurisprudence invoquée par les demandeurs n'a pas étayé leur argument cherchant à ajouter une autre condition préalable à la nomination — Ceci n'était pas étonnant, compte tenu de la structure constitutionnelle particulière qui régit les nominations à la magistrature au Canada — L'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet, un organe politique — Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Le gouverneur général détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures conformément à l'article 96 de la

of Cabinet — In turn, Cabinet acting on advice of Minister of Justice (Minister), who receives list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC) — Applications for judicial appointment assessed by applicable JAC — Report of JAC's assessment of each candidate provided to Minister — Before recommending that Cabinet make particular judicial appointment, Minister may consult with others — Much of disputed evidence in present application surrounded nature of those consultations — Applicants sought order and/or declaration stating that federal judicial appointments, elevations systems fail to comply or accord with Constitution, s. 96 — Whether federal judicial appointments, elevations systems violating Constitution, s. 96, unwritten constitutional principles of judicial independence, rule of law — No constitutional violation found — Controversy related to process occurring between Minister's receipt of JAC recommendations, Minister making recommendation to Cabinet on judicial appointment — Design of appointment process not within Court's purview — In determining constitutionality, Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, applied principles of judicial independence, impartiality — Effect of s. 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet, a political body — Political element "baked" into appointments process by Constitution's designation of Cabinet as appointing authority — Changes to appointments process can be made that are not so fundamental as to require constitutional amendment — However, not Court's role to comment on such possibilities.

Practice — Parties — Standing — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Applicants not asserting personal interest in judicial appointments or elevations process that they wished to challenge — Whether applicants should be granted public interest standing to bring application — Public interest standing granted to applicants — Applicants having genuine interest in issue raised herein — Constitutional issue surrounding judicial independence satisfied seriousness requirement — Determination of whether particular matter offending constitutional principles very much in Court's

Loi constitutionnelle de 1867 (la Constitution) — Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet — Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM) — Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont évaluées par le CCM concerné — Le CCM prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat pour le ministre — Le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations — Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution — Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit? — Il n'y a eu aucune violation de la Constitution — Des divergences existaient en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature — La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour — Pour se prononcer sur la constitutionnalité, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués — L'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet, un organe politique — Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations — Des changements peuvent être apportés au processus de nomination à la magistrature fédérale qui ne sont pas si fondamentaux qu'ils nécessitent une modification constitutionnelle — Cependant, il n'appartenait pas à la Cour de formuler des observations sur ces possibilités.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Les demandeurs n'ont pas fait valoir d'intérêt propre quant aux processus de nomination ou de promotion au sein de la magistrature qu'ils voulaient contester — La qualité pour agir dans l'intérêt public devait-elle être accordée aux demandeurs afin de présenter leur demande? — La qualité pour agir dans l'intérêt public a été reconnue aux demandeurs — Les deux demandeurs avaient un intérêt véritable dans la question soulevée en l'espèce — La

wheelhouse — This application did not address arguments advanced solely in hypothetical, abstract sense — Potential implications of issue did not make issue non-justiciable — Doctrine of necessity applied herein — Court not without factual matrix to support adjudication of issue.

Practice — Affidavits — Applicants challenging constitutional validity of Government of Canada's federal judicial appointments system, judicial elevations system, for superior, appellate courts, Federal Court of Appeal, Federal Court, Tax Court of Canada — Portions of applicants' affidavits struck as impermissible hearsay, impermissible opinion evidence — Affidavits referencing, appending as exhibits media articles that refer to statements by, inter alia, Government officials related to judicial appointments process — No evidence that applicants made efforts to obtain direct evidence — Applicants did not meet burden to establish that direct evidence was unavailable — Constitutional cases with wide implications should not be decided based on what one finds in newspapers.

This was an application challenging the constitutional validity of the Government of Canada's federal judicial appointments system and judicial elevations system.

The applicant Mr. Conacher is the coordinator of the other applicant, Democracy Watch, a not-for-profit organization that advocates for democratic reform, citizen participation in public affairs, and ethical behaviour in government and business in Canada. The applicants challenged the constitutionality of the process leading up to federal judicial appointments to provincial/territorial superior and appellate courts, the Federal Court of Appeal, the Federal Court, and the Tax Court of Canada. They also challenged the process for elevation of judges to appellate courts (both provincial/territorial appellate courts and the Federal Court of Appeal). The federal judicial appointments system is the process by which judges are appointed to the courts identified above. The authority to appoint judges to the superior courts is assigned to the Governor General under section 96 of the *Constitution Act, 1867* (Constitution). Section 101 of the Constitution empowers the Parliament of Canada to create courts for the better administration of the laws of Canada. Acting on this authority, Parliament created the Federal Court, the Federal Court of

question constitutionnelle se rapportant à l'indépendance judiciaire satisfaisait à l'exigence du sérieux — Il est du ressort de la Cour de décider si un élément donné contrevient aux principes constitutionnels — La présente demande ne soulevait pas des thèses formulées uniquement d'un point de vue hypothétique et abstrait — Les répercussions possibles de la question soulevée par les demandeurs ne rendaient pas cette question non justiciable — La théorie de la nécessité s'appliquait à l'espèce — La Cour disposait d'un cadre factuel lui permettant de se prononcer sur la question.

Pratique — Affidavits — Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt — Certaines parties des affidavits des demandeurs ont été exclues parce qu'elles constituaient du ouï-dire inadmissible et un témoignage d'opinion inadmissible — Les affidavits faisaient état et étaient assortis, à titre de pièces, de plusieurs articles de presse traitant, entre autres choses, de déclarations de représentants du gouvernement au sujet du processus de nomination à la magistrature — Aucune preuve ne démontrait que les demandeurs ont tenté d'obtenir des éléments de preuve directs — Les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de montrer qu'il n'existait pas d'éléments de preuve — Les affaires constitutionnelles ayant de vastes répercussions ne devraient pas être tranchées sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux.

Il s'agissait d'une demande contestant la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale.

Le demandeur Duff Conacher est coordonnateur pour la codemanderesse, Démocratie en surveillance, un organisme sans but lucratif qui préconise la mise en place de réformes démocratiques, la participation citoyenne aux affaires publiques, ainsi que la conduite éthique au sein du gouvernement et du milieu des affaires au Canada. Les demandeurs ont contesté la constitutionnalité du processus aboutissant à la nomination des magistrats fédéraux aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt. Ils ont contesté également le processus de promotion des juges aux cours d'appel (à la fois les cours d'appel provinciales et territoriales et la Cour d'appel fédérale). Le système de nomination à la magistrature fédérale est le processus par lequel les juges sont nommés aux cours mentionnées précédemment. C'est le gouverneur général qui, conformément à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (la Constitution), détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures. L'article 101 de la Constitution habilite le Parlement du Canada à créer

Appeal, and the Tax Court of Canada. All federal judicial appointments are made by the Governor General on the advice of Cabinet. In turn, Cabinet acts on the advice of the Minister of Justice (Minister), who receives a list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC). Each province and territory has at least one JAC. The Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada (FJA) has responsibility for administering the JACs. Applications for judicial appointment are submitted to FJA, following which such applications are assessed by the applicable JAC. After the applicable JAC completes its review of the candidates and their applications, it will prepare a report of its assessment of each candidate. This report is provided to the Minister. Before recommending that Cabinet make a particular judicial appointment, the Minister may consult with others. However, much of the disputed evidence in this application surrounded the nature of those consultations. Elevations are made by the Governor General on the advice of Cabinet, which acts on the advice of the Minister.

The applicants sought an order and/or declaration stating that the Government's federal judicial appointments system and federal judicial elevations system fail to comply or accord with section 96 of the Constitution, section 7, subsection 11(d), and paragraph 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), and/or the principles of fundamental justice, including the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law; and directions with respect to changes to the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system necessary to make them constitutionally compliant. Because neither of the applicants asserted a personal interest in the judicial appointments or elevations process that they wished to challenge, they also sought public interest standing to bring the present application. The applicants submitted, *inter alia*, that the Minister's involvement in the appointment of the majority of the members of the JACs, and the subsequent involvement of members of the ruling party in the consultations conducted by the Minister in developing recommendations to Cabinet, demonstrate a degree of political interference in the federal judicial appointments process that violates the principles of judicial independence and impartiality. The applicants also submitted that these systems have produced a judiciary membership in which women, visible minorities, and Indigenous people are underrepresented.

The main issues were whether the applicants should be granted public interest standing to bring the application, and whether the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate section 96 of the Constitution,

des cours pour améliorer l'application des lois du Canada. Conformément à ce pouvoir, le Parlement a créé la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. Toutes les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet. Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre), qui reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM). Chaque province et territoire compte au moins un CCM. Le Commissariat à la magistrature fédérale Canada (CMF) est chargé d'administrer les CCM. Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont transmises au CMF; elles sont ensuite évaluées par le CCM concerné. Le CCM concerné, après avoir examiné les candidatures, prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat. Ce rapport est remis au ministre. Le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature. Cependant, la plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernaient la nature de ces consultations. Les promotions sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet, qui agit sur l'avis du ministre.

Les demandeurs sollicitaient une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués par le gouvernement pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), ainsi qu'aux principes de justice fondamentale, notamment les principes constitutionnels non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit; et des directives quant aux modifications à apporter aux systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale afin de les rendre conformes sur le plan constitutionnel. Les demandeurs souhaitaient aussi se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande, étant donné qu'aucun d'eux n'a fait valoir d'intérêt propre quant aux processus de nomination ou de promotion au sein de la magistrature qu'ils voulaient contester. Les demandeurs ont soutenu, entre autres choses, que la part que prend le ministre dans la nomination de la majorité des membres des CCM puis celle que prennent des membres du parti au pouvoir dans les consultations menées par le ministre avant de formuler ses recommandations au Cabinet témoignent d'une certaine ingérence politique dans le processus de nomination à la magistrature fédérale, ce qui contrevient aux principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires. Les demandeurs ont aussi ajouté que ces systèmes ont créé une magistrature au sein de laquelle les femmes, les minorités visibles et les Autochtones sont sous-représentés.

Il s'agissait de déterminer principalement si les demandeurs devaient se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande, et si les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale

section 7, paragraph 11(d), and/or subsection 24(1) of the Charter, and/or the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law.

Held, the application should be dismissed.

At the outset, some portions of the applicants' affidavits were struck as impermissible hearsay and impermissible opinion evidence. These affidavits referenced and appended as exhibits a number of media articles that refer to statements by Government officials related to the judicial appointments process, as well as media articles and articles and public statements by lawyers, legal academics, and other sources. There was no evidence before the Court to the effect that the applicants made efforts to obtain direct evidence, for instance by approaching the relevant journalists, and were unable to do so. In the case at hand, the applicants did not meet their burden to establish that direct evidence was unavailable or would have been unduly difficult to obtain. Constitutional cases with wide implications should not be decided based on what one finds in a newspaper. The opinion evidence the applicants sought to adduce was irrelevant to the issue in this application.

Public interest standing was granted to the applicants. Both applicants had a genuine interest in the issue raised in this application. The constitutional issue surrounding judicial independence raised by this application was clearly an important one and satisfied the seriousness requirement. With respect to justiciability, the determination of whether a particular matter offends constitutional principles is very much in the Court's wheelhouse. In assessing the constitutionality of activity of the executive branch, the Court is not being asked to express an opinion informed by moral, political, or other policy considerations. Depending upon the nature of a constitutional violation identified in a particular matter, the Court can identify and dimension that violation to inform subsequent work by other branches of government to remedy the violation. This application did not address arguments that were advanced solely in the hypothetical and abstract sense. The potential implications of the issue raised by the applicants did not serve to make the issue non-justiciable. The Court was permitted, and arguably obliged, to adjudicate this application. This result followed from the doctrine of necessity. Although there is a general rule that a judge who is not impartial is disqualified from hearing a case, there is an exception to this rule that allows a judge who would otherwise be disqualified to hear the case nonetheless, if there is no impartial judge who can take their place. This doctrine should not be applied mechanically and will not apply in circumstances where its application would involve positive

contreviennent à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Dans un premier temps, certaines parties des affidavits des demandeurs ont été exclues parce qu'elles constituaient du ouï-dire inadmissible et un témoignage d'opinion inadmissible. Ces affidavits faisaient état et étaient assortis, à titre de pièces, de plusieurs articles de presse traitant de déclarations de représentants du gouvernement au sujet du processus de nomination à la magistrature, ainsi que d'articles de presse et de déclarations publiques d'avocats, de professeurs de droit et d'autres sources. La Cour ne disposait d'aucun élément de preuve montrant que les demandeurs ont tenté d'obtenir des éléments de preuve directs, par exemple en s'adressant aux journalistes concernés, mais n'y sont pas parvenus. En l'espèce, les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de montrer qu'il n'existait pas d'éléments de preuve directs ou qu'il aurait été excessivement difficile de les obtenir. Les affaires constitutionnelles ayant de vastes répercussions ne devraient pas être tranchées sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux. Les témoignages d'opinion que les demandeurs cherchaient à produire n'étaient pas pertinents par rapport à la question en litige dans la présente demande.

La qualité pour agir dans l'intérêt public a été reconnue aux demandeurs. Les deux demandeurs avaient un intérêt véritable dans la question soulevée en l'espèce. La question constitutionnelle se rapportant à l'indépendance judiciaire qui était soulevée dans la présente demande constituait de toute évidence une question importante et elle satisfaisait à l'exigence du sérieux. En ce qui concerne la justiciabilité, il est tout à fait du ressort de la Cour de décider si un élément donné contrevient aux principes constitutionnels. La Cour n'est pas appelée, lorsqu'elle se penche sur la constitutionnalité d'activités de la branche exécutive, à exprimer une opinion éclairée par des considérations morales ou politiques ou par d'autres considérations stratégiques. En fonction de la nature de la violation constitutionnelle constatée dans une affaire donnée, la Cour peut caractériser et mesurer cette violation de façon à éclairer les travaux que devront ensuite effectuer les autres branches du gouvernement afin d'y remédier. La présente demande ne soulevait pas des thèses formulées uniquement d'un point de vue hypothétique et abstrait. Les répercussions possibles de la question soulevée par les demandeurs ne rendaient pas cette question non justiciable. La Cour avait le droit et l'obligation de se prononcer sur la présente demande. Cette conclusion découlait de la théorie de la nécessité. La règle générale selon laquelle un juge qui n'est pas impartial est inhabile à entendre une affaire connaît une exception. Cette exception permet à un juge qui, sans elle, serait inhabile à connaître d'un litige

and substantial injustice or beyond the extent that necessity justifies. The Federal Court had exclusive jurisdiction in this matter. Any member of the Federal Court would equally have been subject to the impartiality concerns articulated in this case. As such, the doctrine of necessity applied to the case at hand. The Court was not without a factual matrix to support adjudication of the issue raised by the applicants.

No constitutional violation was found. There appeared to be little substantive controversy between the parties on the role and operation of the JACs. There was perhaps greater controversy related to the process that occurs between the Minister's receipt of JAC recommendations and the Minister making a recommendation to Cabinet on a judicial appointment. However, this controversy related more to the parties' characterization of the process than to the underlying facts. It was common ground between the parties that, between receiving JAC recommendations and deciding whom to recommend to Cabinet for appointment, the Minister may consult with anyone. There was evidence before the Court supporting the applicants' position that consultations conducted before the Minister makes a recommendation to Cabinet on a judicial appointment can include consultations with other ministers and Members of Parliament in the caucus of the ruling party. The respondent argued that, as Cabinet appoints judges and as Cabinet is a political body, there is necessarily some level of political involvement in the appointment process. The question was whether these features of the process offend the principles of judicial independence and impartiality. The test for judicial independence as determined by the Supreme Court in *Valente v. The Queen* asks whether a reasonable person, who is fully informed of all the circumstances, would consider that a particular court enjoys the necessary independent status. The three essential conditions or core characteristics of judicial independence are security of tenure, financial security and administrative independence. The applicants asked the Court to find an additional condition that would apply to the particular process leading up to the appointment. The design of the appointment process is not within the Court's purview, other than to the extent the current design renders it unconstitutional. In determining constitutionality, while taking into account the non-judicial sources upon which the applicants relied, the Court had to be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, and applied the principles of judicial independence and impartiality when such matters have arisen before the courts. The authorities upon which the applicants relied did not support their arguments seeking to add a further pre-appointment condition. The lack of jurisprudential support for the applicant's position was not surprising given the particular constitutional structure that governs judicial appointments

d'entendre quand même cette affaire dans les cas où il n'y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer. Cette théorie ne devrait pas être appliquée machinalement et ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle, ni au-delà de la mesure justifiée par la nécessité. La Cour fédérale avait compétence exclusive en l'espèce. Tout membre actuel de la Cour fédérale aurait également été visé par les préoccupations énoncées dans la présente affaire quant à l'impartialité. La théorie de la nécessité s'appliquait donc à l'espèce. La Cour disposait d'un cadre factuel lui permettant de se prononcer sur la question soulevée par les demandeurs.

Il n'y a eu aucune violation de la Constitution. Il n'y avait apparemment guère de controverse réelle entre les parties quant au rôle et au fonctionnement des CCM. Il y avait peut-être davantage de divergences entre les parties en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature. Toutefois, ce débat était davantage lié à la façon dont les parties concevaient le processus qu'aux faits sous-jacents. Les parties s'entendaient sur le fait que le ministre peut consulter les personnes de son choix entre le moment où il reçoit les recommandations des CCM et le moment où il décide des candidats dont il recommandera la nomination au Cabinet. La Cour disposait d'éléments de preuve à l'appui de la thèse des demandeurs selon laquelle les consultations menées avant que le ministre formule une recommandation au Cabinet relativement à une nomination à la magistrature peuvent comprendre des consultations auprès d'autres ministres et députés faisant partie du groupe parlementaire du parti au pouvoir. Le défendeur a affirmé que le processus de nomination comporte forcément un certain degré d'intervention politique puisque les juges sont nommés par le Cabinet, qui est un organe politique. La question était de savoir si ces caractéristiques du processus enfreignent les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires. Le critère de l'indépendance judiciaire tel que déterminé par la Cour suprême dans l'arrêt *Valente c. La Reine* pose la question de savoir si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis. Les trois conditions ou caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire sont l'inamovibilité, la sécurité financière et l'indépendance administrative. Les demandeurs ont demandé à la Cour de reconnaître une condition supplémentaire qui s'appliquerait précisément au processus menant à une nomination. La forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour, sauf si cette forme rendait le processus inconstitutionnel. Pour se prononcer sur la constitutionnalité, bien qu'en tenant compte des sources non judiciaires sur lesquelles s'appuient les demandeurs, la Cour devait principalement se fonder sur la jurisprudence dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués lorsque de telles questions ont

in Canada. The provision of the Constitution most fundamental to this structure is section 96, which provides that "[t]he Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick." The effect of section 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet and Cabinet is inherently a political body. There is a political element "baked" into the appointments process by the Constitution's designation of Cabinet as the appointing authority. As with the changes to the appointments process that were made in 2016 aimed at increasing diversity and transparency, changes can be made that are not so fundamental as to require a constitutional amendment. It may be that there would be merit to further changes. However, it is not the Court's role to comment on such possibilities.

été portées devant les tribunaux. La jurisprudence invoquée par les demandeurs n'a pas étayé leur argument cherchant à ajouter une autre condition préalable à la nomination. Le manque de jurisprudence à l'appui de la thèse des demandeurs n'était peut-être pas étonnant, compte tenu de la structure constitutionnelle particulière qui régit les nominations à la magistrature au Canada. La disposition de la Constitution essentielle à cette structure est l'article 96, qui prévoit que « [l]e gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick. » L'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet et le Cabinet est fondamentalement un organe politique. Le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations. Tout comme les changements au processus de nomination à la magistrature fédérale apportés en 2016 qui visaient à améliorer la diversité et la transparence, il est possible d'apporter des changements qui ne sont pas si fondamentaux qu'ils nécessitent une modification constitutionnelle. Il est possible qu'il y ait lieu d'apporter d'autres changements. Cependant, il n'appartenait pas à la Cour de formuler des observations sur ces possibilités.

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(d), 24(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 96, 101.
Constitutional Reform Act 2005 (U.K.), c. 4.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 312, Tariff B, Column III.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21.
Judges Act, R.S.C., 1985, c. J-1, Part I.
Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces, art. 111.22.
Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, C. T-2.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], art. 1, 7, 11(d), 24(1).
Constitutional Reform Act 2005 (R.-U.), ch. 4.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, nº 1) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 5], art. 96, 101.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21.
Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1.
Loi sur les juges, L.R.C. (1985), ch. J-1, partie I.
Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadienne, art. 111.22.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, Tarif B, Colonne III.

CASES CITED

APPLIED:

Valente v. The Queen, [1985] 2 S.C.R. 673, 24 D.L.R. (4th) 161; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance); Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, 122 D.L.R. (4th) 129; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 2 S.C.R. 484; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, 155 D.L.R. (4th) 1; *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354.

DISTINGUISHED:

MacBain v. Lederman, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.).

CONSIDERED:

League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Odynsky, 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, 94 D.L.R. (4th) 590; *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 292; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72, [2021] 3 F.C.R. 294; *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, 61 D.L.R. (4th) 604; *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241, 451 D.L.R. (4th) 225; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 133, [2021] 2 F.C.R. D-11.

REFERRED TO:

Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union, 2005 FCA 262, [2006] 3 F.C.R. D-19; *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 4; *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 68 D.L.R. (3d) 716; *Boily v. Canada*, 2017 FC 1021, [2018] 3 F.C.R. D-9; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43; *Smart Cloud Inc. v. International Business Machines Corporation*, 2021 FC 236; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1290;

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Valente c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 673; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Canadien Pacifique Ltée. c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 2 R.C.S. 484; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

MacBain c. Lederman, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Odynsky, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *Bande Indienne Coldwater c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 292; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294; *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49; *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 133, [2021] 2 R.C.F. F-13.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Telus Communications Inc. c. Syndicat des travailleurs en télécommunications, 2005 CAF 262, [2006] 3 R.C.F. F-35; *Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 4; *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Boily c. Canada*, 2017 CF 1021, [2018] 3 R.C.F. F-9; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43; *Smart Cloud Inc. c. International Business Machines Corporation*, 2021 CF 236; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 1290; *Démocratie*

Democracy Watch v. Canada (Attorney General), 2018 FC 1291; *Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 920, [2010] 3 F.C.R. 411, affd 2010 FCA 131, [2011] 4 F.C.R. 22; *British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506; *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, 83 D.L.R. (4th) 297; *Page v. Mulcair*, 2013 FC 402, *sub nom. Canada (Parliamentary Budget Officer) v. Canada (Leader of the Opposition)*, [2014] 4 F.C.R. 297; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, 18 D.L.R. (4th) 481; *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161; *Fortune Dairy Products Limited v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 540; *May v. CBC/Radio Canada*, 2011 FCA 130; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, 61 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, 128 N.R. 1; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice); Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board); Bodner v. Alberta; Conférence des juges du Québec v. Quebec (Attorney General); Minc v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 194.

en surveillance c. Canada (Procureur général), 2018 CF 1291; *Conacher c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 920, [2010] 3 R.C.F. 411, conf. par 2010 CAF 131, [2011] 4 R.C.F. 22; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Page c. Mulcair*, 2013 CF 402, *sub nom. Canada (Directeur parlementaire du budget) c. Canada (Chef de l'opposition)*, [2014] 4 R.C.F. 297; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161; *Fortune Dairy Products Limited c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 540; *May c. CBC/Radio Canada*, 2011 CAF 130; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 194.

AUTHORS CITED

Arvay, Joseph, Sean Hern and Alison Latimer. "Why we need a constitutional challenge on judicial appointments", opinion, *The Globe and Mail* (August 6, 2015).

Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. "Candidates: How to Apply – Questionnaire", online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.

Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. "Code of Ethics for Judicial Advisory Committee Members", online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.

Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. "Guide for Candidates", online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.

Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. "Guidelines for Judicial Advisory Committee Members", online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.

Canada. Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs. "Overview of Federal Judicial Appointments", online: Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada.

Canadian Bar Association. "Statement from the CBA President on judicial appointments" (November 6, 2020), online: Canadian Bar Association.

DOCTRINE CITÉE

Arvay, Joseph, Sean Hern et Alison Latimer, "Why we need a constitutional challenge on judicial appointments", opinion, *The Globe and Mail* (6 août 2015).

Association du Barreau canadien. « Déclaration du président de l'ABC sur les nominations à la magistrature » (6 novembre 2020), en ligne : Association du Barreau canadien.

Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Aperçu du régime de nomination à la magistrature fédérale », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Candidats : Comment poser sa candidature – Questionnaire », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Code d'éthique pour membres des comités consultatifs », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Guide pour candidats », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

Canada. Commissariat à la magistrature fédérale. « Lignes directrices pour membres des comités consultatifs », en ligne : Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

Commission internationale des juristes (Section canadienne). « *Interim Report : The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform* » (août 2016).

Canadian Judicial Council. News release, "Judicial Appointments: Perspective from the Canadian Judicial Council" (February 20, 2007).
Halsbury's Laws of England, 4th ed., Vol. 1(1). London: Butterworths, 1989.
Harrington, Johanna. "From the U.K., a lesson on judicial appointments", opinion, *The Globe and Mail* (July 29, 2015).
International Commission of Jurists Canada. "*Interim Report: The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform*" (August 2016).
Letter to the Honourable David Lametti, P.C., M.P. Minister of Justice and Attorney-General of Canada, "Appointment of BIPOC judges to Canada's federal courts" (September 14, 2020).

APPLICATION challenging the constitutional validity of the Government of Canada's federal judicial appointments system and judicial elevations system. Application dismissed.

APPEARANCES

Ashley Wilson and *Jennifer Zdriluk* for applicants.

Andrea Burke, *Christine Mohr* and *James Schneider* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Ross & McBride LLP, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

SOUTHCOTT J.:

I. Overview

[1] This decision relates to an application brought by the Applicants, Democracy Watch and Duff Conacher, under section 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act), challenging the constitutional validity of the Government of Canada's federal judicial appointments system and judicial elevations system.

Conseil canadien de la magistrature. Communiqué, « Nominations à la magistrature : la perspective du Conseil canadien de la magistrature » (20 février 2007).
Halsbury's Laws of England, 4e éd., vol. 1(1). Londres : Butterworths, 1989.
Harrington, Joanna, "From the U.K., a lesson on judicial appointments", opinion, *The Globe and Mail* (29 juillet 2015).
Lettre à l'honorable David Lametti, C.P., député, ministre de la Justice et procureur général du Canada, « Appointment of BIPOC judges to Canada's federal courts » (14 septembre 2020).

DEMANDE contestant la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale. Demande rejetée.

ONT COMPARU :

Ashley Wilson et *Jennifer Zdriluk* pour les demandeurs.
Andrea Burke, *Christine Mohr* et *James Schneider* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ross & McBride LLP, Toronto, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE SOUTHCOTT :

I. Aperçu

[1] La Cour est saisie d'une demande, déposée en application de l'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (Loi), dans laquelle les demandeurs, Démocratie en surveillance et Duff Conacher, contestent la constitutionnalité des systèmes appliqués par le gouvernement du Canada pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale.

[2] The Applicants assert that these systems are unconstitutional, because they are subject to too much discretionary political control, influence and interference by the Minister of Justice and the Governor in Council. Specifically, the Applicants allege that these systems therefore undermine the structural independence and impartiality of the judiciary in ways that violate section 96 of the *Constitution Act, 1867* (Constitution), sections 7, paragraph 11(d), and subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), and/or the constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law.

[3] As explained in greater detail below, this application is dismissed because, applying the constitutional principles of judicial independence and impartiality as informed by the authorities and analysis set out in these Reasons, I find no constitutional violation.

II. Factual Background

[4] The Applicant, Duff Conacher, is a Ph.D. student at the University of Ottawa Faculty of Law. He has previously served as a part-time or visiting professor at the University of Toronto Faculty of Law and the University of Ottawa, including a cross appointment at the University of Ottawa Faculty of Law and School of Political Studies. Mr. Conacher is the coordinator of the other Applicant, Democracy Watch, a not-for-profit organization that advocates for democratic reform, citizen participation in public affairs, and ethical behaviour in government and business in Canada.

[5] The Applicants challenge the constitutionality of the process leading up to federal judicial appointments to provincial/territorial superior and appellate courts, the Federal Court of Appeal, the Federal Court, and the Tax Court of Canada. They also challenge the process for elevation of judges to appellate courts (both provincial/territorial appellate courts and the Federal Court of Appeal). They do not challenge appointments to the Court Martial Appeal Court of Canada (presumably

[2] Les demandeurs font valoir que ces systèmes sont inconstitutionnels parce qu'ils sont trop empreints d'influence, d'ingérence et de décisions politiques discrétionnaires de la part du ministre de la Justice et du gouverneur en conseil. Ils allèguent, plus précisément, que, de ce fait, ces systèmes nuisent à l'indépendance structurelle et à l'impartialité de la magistrature de façons qui contreviennent à l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (Constitution), à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte), ainsi qu'aux principes constitutionnels de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit.

[3] Pour les motifs exposés plus en détail ci-dessous, la présente demande est rejetée. À la lumière des principes constitutionnels de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires, tels qu'ils ressortent de la jurisprudence et de l'analyse présentées ci-dessous, je conclus qu'il n'y a pas violation de droits constitutionnels.

II. Contexte factuel

[4] Le demandeur Duff Conacher est doctorant à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il a déjà été professeur invité ou à temps partiel à la Faculté de droit de l'Université de Toronto et à l'Université d'Ottawa, et a notamment obtenu une nomination conjointe à la Faculté de droit et à l'École d'études politiques de l'Université d'Ottawa. M. Conacher est coordonnateur pour la codemanderesse, Démocratie en surveillance, un organisme sans but lucratif qui préconise la mise en place de réformes démocratiques, la participation citoyenne aux affaires publiques, ainsi que la conduite éthique au sein du gouvernement et du milieu des affaires au Canada.

[5] Les demandeurs contestent la constitutionnalité du processus aboutissant à la nomination des magistrats fédéraux aux cours supérieures et aux cours d'appel provinciales et territoriales, à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt. Ils contestent également le processus de promotion des juges aux cours d'appel (à la fois les cours d'appel provinciales et territoriales et la Cour d'appel fédérale). Ils ne contestent pas les nominations à la Cour d'appel de

because its members are judges who have already been appointed to another court) or the Supreme Court of Canada (presumably because it is subject to a different appointment process).

[6] Later in these Reasons, I will address a motion by the Respondent, the Attorney General of Canada, seeking to strike portions of the Applicants' affidavit evidence. As is apparent from that motion, the parties disagree on the record that should inform the Court's analysis of their respective positions on the merits of this application. However, much of the factual background surrounding the federal judicial appointments and elevations processes is not controversial.

[7] The Respondent has filed in this application an affidavit of Philippe Lacasse, the Executive Director, Judicial Appointments and Senior Counsel in the Judicial Appointments Secretariat within the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada (FJA). As described in Mr. Lacasse's affidavit, FJA was created in 1978 to safeguard the independence of the judiciary and provide support for federally appointed judges. While the Commissioner acts as a deputy to the Minister of Justice for the purposes of carrying out Part I of the *Judges Act*, R.S.C., 1985, c. J-1, FJA is separate and independent from the Department of Justice. The following summary of the federal judicial appointments and elevations processes is derived largely from the explanation of those processes contained in Mr. Lacasse's affidavit. I do not understand the following factual background to be contested by the Applicants.

[8] The federal judicial appointments system is the process by which judges are appointed to the courts identified above. The authority to appoint judges to the superior courts (for example, the Ontario Superior Court of Justice or the Alberta Court of King's Bench) is assigned to the Governor General under section 96 of the Constitution. In addition to these superior courts, section 101 of the Constitution empowers the Parliament of Canada to create courts for the better administration of the laws of Canada. Acting on this authority, Parliament

la cour martiale du Canada (probablement parce que ses membres sont des juges qui ont déjà été nommés à une autre cour) ni à la Cour suprême du Canada (vraisemblablement parce que le processus de nomination y est différent).

[6] J'examine, plus loin dans les présents motifs, une requête déposée par le défendeur, le procureur général du Canada, en vue d'obtenir la radiation de passages des éléments de preuve par affidavit des demandeurs. Il ressort de cette requête que les parties ne s'entendent pas sur le dossier dont devrait disposer la Cour pour analyser leurs thèses respectives quant au bien-fondé de la présente demande. Quoi qu'il en soit, une bonne partie du contexte factuel entourant les processus de nomination et de promotion à la magistrature fédérale n'est pas contestée.

[7] Le défendeur a déposé, en l'espèce, l'affidavit de Philippe Lacasse, directeur exécutif, Nominations à la magistrature et avocat principal au secrétariat des nominations judiciaires du Commissariat à la magistrature fédérale Canada (CMF). Comme l'a indiqué M. Lacasse dans son affidavit, le CMF a été créé en 1978 afin de préserver l'indépendance de la magistrature et d'appuyer les juges nommés par le gouvernement fédéral. Bien que le commissaire agisse en tant que délégué du ministre de la Justice pour l'application de la partie I de la *Loi sur les juges*, L.R.C. (1985), ch. J-1, le CMF est distinct et indépendant du ministère de la Justice. Le résumé qui suit des processus de nomination et de promotion à la magistrature fédérale repose en grande partie sur l'explication de ces processus donnée dans l'affidavit de M. Lacasse. Je crois comprendre que les demandeurs ne remettent pas en question le contexte factuel exposé ci-après.

[8] Le système de nomination à la magistrature fédérale est le processus par lequel les juges sont nommés aux cours mentionnées précédemment. C'est le gouverneur général qui, conformément à l'article 96 de la Constitution, détient le pouvoir de nommer les juges aux cours supérieures (comme la Cour supérieure de justice de l'Ontario ou la Cour du Banc du Roi de l'Alberta). Outre ces cours supérieures, l'article 101 de la Constitution habilite le Parlement du Canada à créer des cours pour améliorer l'application des lois du Canada. Conformément à

created the Federal Court, the Federal Court of Appeal, and the Tax Court of Canada. These courts are referred to as statutory courts. In accordance with the Act and the *Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, the Governor in Council (GIC) is responsible for appointing judges to these statutory courts.

[9] By constitutional convention, when appointing judges to provincial superior courts, the Governor General acts on the advice of the Committee of the Privy Council of Canada. Similarly, the GIC, which appoints judges to the Federal Court, the Federal Court of Appeal, and the Tax Court of Canada, is defined in the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, as the Governor General acting on the advice or consent of the Privy Council for Canada. The Privy Council is composed of all the ministers of the Crown, who meet in the body known as Cabinet (see *League for Human Rights of B'Nai Brith Canada v. Odynsky,* 2010 FCA 307, *sub nom. League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, [2012] 2 F.C.R. 312 (*B'Nai Brith*), at paragraph 77). As such, all federal judicial appointments are made by the Governor General on the advice of Cabinet. In turn, Cabinet acts on the advice of the Minister of Justice (Minister). (In the case of appointment of Chief Justices and Associate Chief Justices, it is the Prime Minister who provides the advice to Cabinet. For simplicity, these Reasons will refer to the advice to Cabinet being provided by the Minister.)

[10] Turning from constitutional and statutory provisions to current practice, the federal judicial appointments process involves the Minister receiving a list of recommendations from a Judicial Advisory Committee (JAC). Across Canada, there are 17 JACs, which communicate to the Minister their recommendations for judicial appointments in their respective regions of responsibility. Each province and territory has at least one JAC, as does the Tax Court of Canada. The following explanation relates to the functioning of the JACs under the practice as in place since 2016.

ce pouvoir, le Parlement a créé la Cour fédérale, la Cour d'appel fédérale et la Cour canadienne de l'impôt. On dit que ces cours sont des tribunaux d'origine législative. Conformément à la Loi et à la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, le gouverneur en conseil est responsable de la nomination des juges aux cours d'origine législative.

[9] Par convention constitutionnelle, lorsqu'il nomme des juges aux cours supérieures provinciales, le gouverneur général agit sur l'avis du comité du Conseil privé du Canada. De même, le gouverneur en conseil, qui nomme les juges à la Cour d'appel fédérale, à la Cour fédérale et à la Cour canadienne de l'impôt, est défini dans la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, comme le gouverneur général agissant sur l'avis ou avec le consentement du Conseil privé. Le Conseil privé est composé de tous les ministres fédéraux, qui siègent au sein d'un organisme connu sous le nom de Cabinet (voir *Ligue des droits de la personne de B'Nai Brith Canada c. Odynsky*, 2010 CAF 307, *sub nom. Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, [2012] 2 R.C.F. 312 (*B'Nai Brith*), au paragraphe 77). Ainsi, toutes les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet. Le Cabinet, quant à lui, agit sur l'avis du ministre de la Justice (ministre). (S'agissant de la nomination des juges en chef et des juges en chef adjoints, l'avis au Cabinet est émis par le premier ministre. Par souci de simplicité, je désigne, dans les présents motifs, l'avis au Cabinet comme étant donné par le ministre.)

[10] Ayant fait état des dispositions constitutionnelles et législatives, je passe à l'usage actuel : dans le cadre du processus de nomination à la magistrature fédérale, le ministre reçoit une liste de recommandations de la part d'un comité consultatif à la magistrature (CCM). Il y a, au Canada, 17 CCM qui transmettent au ministre leurs recommandations concernant les nominations à la magistrature dans leurs régions respectives. Chaque province et territoire compte au moins un CCM. La Cour canadienne de l'impôt a également son propre CCM. L'explication qui suit porte sur le fonctionnement des CCM selon la pratique suivie depuis 2016.

[11] The provincial and territorial JACs each have seven members, comprised of:

A. One nominee from the provincial or territorial Law Society;

B. One nominee from the provincial or territorial branch of the Canadian Bar Association (CBA);

C. One judge nominated by the Chief Justice of the province or territory;

D. One nominee from the provincial Attorney General or the territorial Minister of Justice; and

E. Three nominees of the Government of Canada (the Government) representing the general public.

[12] The nominees of the Government representing the general public are selected by the Minister in their sole discretion following an application process that is open to anyone. While the applicable Law Society, CBA branch, and provincial Attorney General or territorial Minister of Justice is each responsible for putting forward a list of three nominees for the JAC, the individuals appointed to the JAC are ultimately selected by the Minister from those nominees. JAC members are appointed for a two-year term, with the possibility of one term renewal.

[13] The JAC that provides recommendations for appointments to the Tax Court of Canada is comprised of five members, consisting of one judge nominated by the Chief Justice of the Court and four Government nominees.

[14] FJA has responsibility for administering the 17 JACs, including providing orientation training to new JAC members, consulting the JAC chairs, attending JAC meetings, drafting committee reports to the Minister outlining JAC findings, and acting as the contact person to address any questions from prospective candidates or other individuals concerning the federal judicial appointments process. Applications for judicial appointment are submitted to FJA, following which such applications are assessed by the applicable JAC.

[11] Les CCM provinciaux et territoriaux comptent chacun sept membres :

A. un représentant du barreau de la province ou du territoire;

B. un représentant de la division provinciale ou territoriale de l'Association du Barreau canadien (ABC);

C. un juge désigné par le juge en chef de la province ou du territoire;

D. un représentant du procureur général de la province ou du ministre de la Justice du territoire;

E. trois représentants du grand public sélectionnés par le gouvernement du Canada (gouvernement).

[12] Les personnes sélectionnées par le gouvernement pour représenter le grand public sont choisies par le ministre, à sa seule discrétion, à la suite d'un processus de mise en candidature ouvert à tous. Bien qu'il incombe à chaque barreau, division de l'ABC et procureur général provincial ou ministre de la Justice territorial concerné de proposer une liste de trois candidats pour le CCM, les personnes nommées au CCM sont, au bout du compte, sélectionnées par le ministre parmi les candidats proposés. Les membres du CCM sont nommés pour deux ans et leur mandat est renouvelable une fois.

[13] Le CCM qui formule les recommandations pour les nominations à la Cour canadienne de l'impôt comprend cinq membres : un juge désigné par le juge en chef de la Cour canadienne de l'impôt et quatre représentants du gouvernement.

[14] Le CMF est chargé d'administrer les 17 CCM et notamment d'offrir une formation d'orientation aux nouveaux membres des CCM, de consulter les présidents des CCM, d'assister aux réunions des CCM, de rédiger à l'intention du ministre des rapports présentant les conclusions des CCM et d'agir à titre de personne-ressource pour répondre aux questions des éventuels candidats et d'autres personnes au sujet du processus de nomination à la magistrature fédérale. Les candidatures pour une nomination à la magistrature sont transmises au CMF; elles sont ensuite évaluées par le CCM concerné.

[15] After the applicable JAC completes its review of the candidates and their applications, including potentially consulting with members of both the legal and non-legal community, it will prepare a report of its assessment of each candidate and indicate whether the candidate is "recommended" or "highly recommended" or whether the JAC is "unable to recommend" the candidate. This report is provided to the Minister.

[16] It is common ground between the parties that, before recommending that Cabinet make a particular judicial appointment, the Minister may consult with others. However, much of the disputed evidence in this application surrounds the nature of those consultations. I will therefore address those details later in these Reasons.

[17] Once a candidate is appointed to the bench, the JACs are not involved in any subsequent decision to elevate the judge to an appellate court (either a provincial/territorial Court of Appeal or the Federal Court of Appeal). As with initial judicial appointments, elevations are made by the Governor General on the advice of Cabinet, which acts on the advice of the Minister.

III. Procedural Background

[18] In support of their application, the Applicants have filed two affidavits sworn by Mr. Conacher, the first on December 17, 2020 (the First Conacher Affidavit), and the second on August 26, 2021 (the Second Conacher Affidavit). These affidavits reference and append as exhibits a number of media articles that refer to statements by Government officials related to the judicial appointments process, as well as media articles and articles and public statements by lawyers, legal academics, and other sources. This evidence is intended to support the Applicants' position that the extent of the discretionary political control, exerted by the Minister and Cabinet over the judicial appointments and elevations systems, violates the constitutional protection of judicial independence and impartiality at issue in this application.

[15] Le CCM concerné, après avoir examiné les candidatures, et après avoir éventuellement mené des consultations auprès de la communauté juridique et non juridique, prépare un rapport d'évaluation de chaque candidat auquel il attribue l'une des mentions suivantes : « recommandé », « fortement recommandé » ou « sans recommandation ». Ce rapport est remis au ministre.

[16] Il est acquis de part et d'autre que le ministre peut consulter d'autres personnes avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature. Cependant, la plupart des éléments de preuve contestés dans la présente demande concernent la nature de ces consultations. J'examine donc ces détails plus loin dans les présents motifs.

[17] Une fois qu'un candidat est nommé à la magistrature, les CCM ne prennent part à aucune décision touchant la promotion du juge à une cour d'appel (une cour d'appel provinciale ou territoriale, ou la Cour d'appel fédérale). Comme dans le cas des nominations initiales à la magistrature, les promotions sont faites par le gouverneur général, sur l'avis du Cabinet, qui agit sur l'avis du ministre.

III. Contexte procédural

[18] À l'appui de leur demande, les demandeurs ont déposé deux affidavits souscrits par M. Conacher; le premier date du 17 décembre 2020 (premier affidavit de M. Conacher) et le deuxième, du 26 août 2021 (deuxième affidavit de M. Conacher). Ces affidavits font état et sont assortis, à titre de pièces, de plusieurs articles de presse traitant de déclarations de représentants du gouvernement au sujet du processus de nomination à la magistrature, ainsi que d'articles de presse et de déclarations publiques d'avocats, de professeurs de droit et d'autres sources. Ces éléments de preuve visent à étayer la thèse des demandeurs voulant que le degré de pouvoir politique discrétionnaire exercé par le ministre et le Cabinet sur les systèmes de nomination et de promotion à la magistrature porte atteinte à la protection constitutionnelle de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires en cause dans la présente demande.

[19] The Respondent takes the position that significant portions of the First Conacher Affidavit and the entirety of the Second Conacher Affidavit are inadmissible as impermissible hearsay and/or opinion evidence. In respect of the Second Conacher Affidavit, the Respondent also asserts delay on the Applicants' part in seeking to adduce that evidence.

[20] The parties' arguments on these issues were initially presented to Justice Aylen in her capacity as Case Management Judge. In respect of the First Conacher Affidavit, Justice Aylen concluded that the parties had not satisfied her that exceptional circumstances existed that would warrant an early determination of the issue. In respect of the Second Conacher Affidavit, Justice Aylen noted that its admissibility was inextricably linked to the admissibility of the Frist Conacher Affidavit. As such, she held that determination of the admissibility of both affidavits should be left to the judge hearing the application on its merits.

[21] Based on this reasoning, Justice Aylen issued an order dated August 16, 2021(the Aylen Order), dismissing the Respondent's motion to strike the impugned portions of the First Conacher Affidavit and provisionally allowing the Applicants' motion for leave to file the Second Conacher Affidavit. This relief was ordered without prejudice to the Respondent's ability to challenge the admissibility of the two affidavits before the judge hearing the application.

[22] The parties presented arguments on the Respondent's motion to strike in the course of the hearing of this application. As such, these Reasons will address that motion before turning to the merits of the application.

IV. Relief Sought

[23] In this application, the Applicants seek the following relief:

A. An order and/or declaration stating that the Government's federal judicial appointments system and federal judicial elevations system fail to comply or accord with section 96 of the Constitution, section 7, paragraph 11(d), and subsection 24(1) of

[19] Le défendeur soutient que des passages importants du premier affidavit de M. Conacher et l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher sont irrecevables parce qu'ils constituent du ouï-dire ou un témoignage d'opinion inadmissibles. Le défendeur ajoute que les demandeurs ont tardé à produire en preuve le deuxième affidavit de M. Conacher.

[20] Les arguments des parties sur ces points ont d'abord été présentés à la juge Aylen en sa qualité de juge chargée de la gestion de l'instance. En ce qui concerne le premier affidavit de M. Conacher, la juge Aylen a conclu que les parties ne l'avaient pas convaincue de l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant un règlement rapide de la question. Elle a également indiqué que l'admissibilité du deuxième affidavit de M. Conacher était inextricablement liée à l'admissibilité du premier affidavit de M. Conacher. Cela étant, elle a conclu qu'il conviendrait que le juge saisi de la demande sur le fond décide de l'admissibilité des deux affidavits.

[21] Suivant ce raisonnement, la juge Aylen a rendu, le 16 août 2021, une ordonnance (ordonnance de la juge Aylen) rejetant la requête du défendeur en vue de radier les passages contestés du premier affidavit de M. Conacher et accueillant provisoirement la requête des demandeurs sollicitant l'autorisation de déposer le deuxième affidavit de M. Conacher. Cette ordonnance n'empêchait pas le défendeur de contester l'admissibilité des deux affidavits devant le juge saisi de la demande.

[22] À l'audition de la présente demande, les parties ont présenté leurs arguments quant à la requête en radiation du défendeur. Ainsi, dans les présents motifs, j'examinerai cette requête avant d'étudier le bien-fondé de la demande.

IV. Mesure de réparation demandée

[23] Dans la présente demande, les demandeurs sollicitent les réparations suivantes :

A. une ordonnance ou une déclaration selon laquelle les systèmes appliqués par le gouvernement pour les nominations et les promotions au sein de la magistrature fédérale ne sont pas conformes à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à

the Charter, and/or the principles of fundamental justice, including the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law; and

B. Directions with respect to changes to the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system necessary to make them constitutionally compliant.

V. Issues

[24] Taking into account the parties' respective arguments on the Respondent's motion to strike and the main application, I would characterize the issues for the Court's determination as follows:

A. Should portions of the First Conacher Affidavit and the entirety of the Second Conacher Affidavit be struck as impermissible hearsay?

B. Should portions of the First Conacher Affidavit be struck as impermissible opinion evidence?

C. Should the Second Conacher Affidavit be struck because of delay?

D. Should the Applicants be granted public interest standing to bring the application?

E. Do the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate section 96 of the Constitution, section 7, paragraph 11(d), and/or subsection 24(1) of the Charter, and/or the unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law?

F. If the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate the Charter, whether the infringement can be saved by section 1 of the Charter?

l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale, notamment les principes constitutionnels non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit.

B. des directives quant aux modifications à apporter aux systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale afin de les rendre conformes sur le plan constitutionnel.

V. Questions en litige

[24] À la lumière des arguments de chacune des parties sur la requête en radiation déposée par le défendeur et la demande principale, voici comment je formulerais les questions que la Cour doit trancher :

A. Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher et l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent du ouï-dire inadmissible?

B. Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent un témoignage d'opinion inadmissible?

C. Faut-il radier le deuxième affidavit de M. Conacher pour cause de retard?

D. Les demandeurs devraient-ils se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande?

E. Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit?

F. Si les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent à la Charte, l'atteinte peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte?

G. To what remedy, if any, are the Applicants entitled?

VI. Analysis

A. *Should portions of the First Conacher Affidavit and the entirety of the Second Conacher Affidavit be struck as impermissible hearsay?*

[25] The Respondent takes the position that paragraphs 13 to 20, the first clause of the first sentence of paragraph 21, paragraphs 23 to 27, paragraphs 30 to 31, and Exhibits D to J, N to W, and Z to BB of the First Conacher Affidavit, and the entirety of the Second Conacher Affidavit, should be struck as impermissible hearsay.

[26] At the hearing of this application, the Applicants' counsel acknowledged that they seek to rely on the challenged evidence for a hearsay purpose, i.e., to establish the truth of the contents of the statements made or referenced in the impugned paragraphs and exhibits. However, the Applicants argue that the evidence is admissible under the principled exception to the hearsay rule, which allows for the admission of hearsay evidence if it is reliable and necessary to the case (see, e.g., *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, 94 D.L.R. (4th) 590 (*Smith*), at pages 930–934; *Telus Communications Inc. v. Telecommunications Workers Union*, 2005 FCA 262, [2006] 3 F.C.R. D-19, at paragraphs 25–26; *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 4, at paragraph 30).

[27] As explained in *Coldwater First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 292, at paragraphs 52–55 and 59, necessity must be given a flexible definition, which can potentially extend to expediency, such as promoting speed and efficiency by avoiding an impractically large number of affidavits. The Applicants argue that it is necessary that they introduce the evidence in the manner they have, because if every single source of the hearsay evidence were required to provide an affidavit speaking to their first-hand knowledge, the Court

G. À quelles réparations, s'il y a lieu, les demandeurs ont-ils droit?

VI. Discussion

A. *Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher et l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent du ouï-dire inadmissible?*

[25] Le défendeur fait valoir que les paragraphes 13 à 20, la proposition subordonnée au début de la première phrase du paragraphe 21, les paragraphes 23 à 27, les paragraphes 30 à 31, ainsi que les pièces D à J, N à W, et Z à BB du premier affidavit de M. Conacher, de même que l'intégralité du deuxième affidavit de M. Conacher, devraient être radiés parce qu'ils constituent du ouï-dire inadmissible.

[26] À l'audition de la présente demande, les avocates des demandeurs ont reconnu qu'elles cherchaient à se servir des éléments de preuve contestés à des fins de ouï-dire, c'est-à-dire pour établir la véracité du contenu des déclarations faites ou mentionnées dans les pièces et paragraphes contestés. Cependant, les demandeurs prétendent que les éléments de preuve sont admissibles suivant l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire, qui permet l'admission d'éléments de preuve par ouï-dire si les critères de la nécessité et de la fiabilité sont remplis (voir, p. ex., *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915 (*Smith*), aux pages 930–934; *Telus Communications Inc. c. Syndicat des travailleurs en télécommunications*, 2005 CAF 262, [2006] 3 R.C.F. F-35, aux paragraphes 25–26; *Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 4, au paragraphe 30).

[27] Comme l'a expliqué la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Bande indienne Coldwater c. Canada (Procureur Général)*, 2019 CAF 292, aux paragraphes 52–55 et 59, il faut donner au critère de la nécessité une définition souple, pouvant aller jusqu'à la commodité, par exemple en favorisant la rapidité et l'efficacité et en évitant la production d'un nombre important et difficilement réalisable d'affidavits. Les demandeurs font valoir qu'il était nécessaire de présenter les éléments de preuve comme ils l'ont fait; en effet, selon eux, s'il fallait accompagner

would be faced with an impractically large number of affidavits that would undermine the expeditious hearing of the application. The Applicants also argue that many of the media articles quote directly from Government documents, which are not available to the Applicants.

[28] The Respondent submits that none of the hearsay evidence is necessary, because the Court has the benefit of direct evidence from Mr. Lacasse, who has first-hand knowledge of the procedures and policies that apply to federal judicial appointments. I am not convinced that this argument engages with the meaning of necessity as prescribed by the jurisprudence. As explained in *Smith,* it would be illogical if uncorroborated hearsay evidence would be admissible, but could become inadmissible if corroborated by another source (at page 933). Rather, the question is whether the particular hearsay evidence that is impugned could not be otherwise made available as direct evidence (see *Smith*, at page 934).

[29] However, I find more compelling the Respondent's argument that there is no evidence before the Court to the effect that the Applicants made efforts to obtain direct evidence, for instance by approaching the relevant journalists, and were unable to do so. The Applicants' argument on necessity rests principally on the assertion that it would have been unduly burdensome to attempt to assemble direct evidence. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, 2021 FCA 72, [2021] 3 F.C.R. 294 (*Canadian Council for Refugees*), the Federal Court of Appeal expressed concern about relying on media reports to prove country conditions where other better types of evidence were readily available (at paragraph 150). In the case at hand, the Applicants have not met their burden to establish that direct evidence is unavailable or would have been unduly difficult to obtain.

chaque source de preuve par ouï-dire d'un affidavit attestant d'une connaissance directe, la Cour se retrouverait face à un nombre important et difficilement réalisable d'affidavits qui ralentirait l'audition de la demande. Les demandeurs ajoutent que les articles de presse citent directement des documents gouvernementaux auxquels ils n'ont pas accès.

[28] Le défendeur affirme qu'aucun des éléments de preuve par ouï-dire n'est nécessaire puisque la Cour peut compter sur les éléments de preuve directs de M. Lacasse, qui a une connaissance personnelle des procédures et des politiques applicables aux nominations à la magistrature fédérale. Je ne suis pas convaincu que cet argument prend en compte le sens que la jurisprudence donne au mot « nécessité ». Selon les enseignements de l'arrêt *Smith*, il serait illogique que la preuve par ouï-dire non corroborée soit admissible, mais devienne inadmissible si elle est corroborée par une autre source (à la page 933). La question est plutôt de savoir si les éléments particuliers de preuve par ouï-dire contestés ne pourraient pas être disponibles autrement en tant qu'éléments de preuve directs (voir *Smith*, à la page 934).

[29] Cependant, je suis davantage convaincu par l'argument du défendeur selon lequel la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve montrant que les demandeurs ont tenté d'obtenir des éléments de preuve directs, par exemple en s'adressant aux journalistes concernés, mais n'y sont pas parvenus. L'argument des demandeurs en ce qui concerne la nécessité repose principalement sur l'affirmation selon laquelle il aurait été trop contraignant de tenter de recueillir des éléments de preuve directs. Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294 (*Conseil canadien pour les réfugiés*), la Cour d'appel fédérale a formulé une mise en garde contre le recours à des articles de presse pour démontrer les conditions qui règnent dans un pays alors qu'il existe de meilleures sources de preuve (au paragraphe 150). En l'espèce, les demandeurs ne se sont pas acquittés de leur fardeau de montrer qu'il n'existe pas d'éléments de preuve directs ou qu'il aurait été excessivement difficile de les obtenir.

[30] Turning to reliability, the Applicants argue that much of the evidence comes from well-respected media outlets that hold themselves to the highest standards of journalistic integrity, in many cases quoting directly from material authored by individuals within the Government. They submit that both the particular journalists and their employers' outlets have an interest in protecting their reputations, which provides a guarantee of reliability.

[31] The Respondent emphasizes that it is not challenging the integrity of any of the media outlets responsible for the articles upon which the Applicants seek to rely. Rather, admitting media reports to prove the truth of their contents raises the sorts of dangers identified in *Canadian Council for Refugees* surrounding inaccuracy, partiality, and lack of opportunity for it to be tested and assessed. I agree with those concerns. As expressed by the Federal Court of Appeal, constitutional cases with wide implications should not be decided based on what one finds in a newspaper (at paragraph 150).

[32] One of the documents challenged by the Respondent is not a media article but rather a letter from the Canadian Judicial Council reporting on an investigation it had conducted. While the nature of that body assists with the reliability analysis, the Applicant has still offered no evidence to support a conclusion of necessity, particularly given that the complaint that was the subject of the investigation appears to have resulted from an article published in *The Globe and Mail*. Again, there is no evidence before the Court to the effect that the Applicants made efforts to obtain direct evidence, for instance by approaching the relevant journalist.

[33] In my view, this analysis results in exclusion of the articles attached as Exhibits D, E, F, G, H, I, J, N, O, S, T, U, V, Z, and BB to the First Conacher Affidavit and Exhibit A to the Second Conacher Affidavit because they are inadmissible hearsay. Paragraphs 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (first clause of first sentence), 23, 26, 30, and the last sentence of paragraph 31 of the First Conacher Affidavit and paragraph 2 of the Second Conacher

[30] En ce qui concerne la fiabilité, les demandeurs prétendent que la plupart des éléments de preuve proviennent de médias respectés qui se conforment aux normes les plus élevées en matière d'intégrité journalistique et qu'on y cite directement, dans de nombreux cas, des documents rédigés par des agents du gouvernement. Ils affirment que les journalistes concernés, tout comme les médias qui les emploient, ont intérêt à préserver leur réputation, ce qui leur confère une garantie de fiabilité.

[31] Le défendeur rappelle qu'il ne remet en cause l'intégrité d'aucun des médias à l'origine des articles sur lesquels les demandeurs cherchent à s'appuyer. Il affirme plutôt qu'en admettant des articles de presse pour prouver la véracité de leur contenu, la Cour s'expose aux dangers relevés dans l'arrêt *Conseil canadien pour les réfugiés* quant à l'inexactitude, à la partialité et à l'impossibilité de soumettre les auteurs au contre-interrogatoire. Je partage ces craintes. Comme l'a indiqué la Cour d'appel fédérale, les affaires constitutionnelles ayant de vastes répercussions ne devraient pas être tranchées sur le fondement de ce qu'on peut lire dans les journaux (au paragraphe 150).

[32] L'un des documents contestés par le défendeur n'est pas un article de presse; il s'agit d'une lettre du Conseil canadien de la magistrature au sujet d'une enquête qu'il a menée. Bien que la nature de cet organisme contribue à l'analyse de la fiabilité, les demandeurs n'ont tout de même présenté aucun élément de preuve permettant de conclure à la nécessité, d'autant plus que la plainte qui a suscité l'enquête semble avoir découlé d'un article publié dans le journal *The Globe and Mail*. Encore une fois, la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve indiquant que les demandeurs se sont efforcés d'obtenir des éléments de preuve directs, par exemple en s'adressant au journaliste concerné.

[33] À mon avis, cette analyse a pour effet d'exclure les articles joints en tant que pièces D, E, F, G, H, I, J, N, O, S, T, U, V, Z et BB au premier affidavit de M. Conacher, et en tant que pièce A au deuxième affidavit de M. Conacher, parce qu'ils constituent du ouï-dire irrecevable. Les paragraphes 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (proposition subordonnée au début de la première phrase), 23, 26 et 30, ainsi que la dernière phrase du

Affidavit, which reference or rely on these excluded exhibits, are also inadmissible.

[34] The Respondent also seeks to strike as hearsay paragraph 13 of the First Conacher Affidavit, in which Mr. Conacher states that, after reviewing applications from people who apply to be judges, each jurisdiction's JAC submits a long list of nominated candidates to the Minister. I agree with the Applicants' position that paragraph 13 simply repeats the information set out in paragraph 10 of the affidavit, which the Respondent's own written representations state is not contentious because it is based on a description from the FJA website. I will not strike this paragraph.

[35] Exhibit B to the Second Conacher Affidavit is also inadmissible, as the Applicants' counsel confirmed at the hearing that the Applicants would not seek to rely on this exhibit, because it is illegible.

[36] Turning to the other exhibits to the Second Conacher Affidavit, in my view, three of these documents (Exhibits C, D and E) are admissible for a non-hearsay purpose—to demonstrate the fact that the communications reflected in those documents took place. Each of these documents is an email communication that the Applicants submit represents a request, or a response to a request, for input on one or more candidates for judicial appointments.

[37] As an example to illustrate this analysis, the email attached as Exhibit E is from the office of a Government minister stating that she does not know particular lawyers. The relevance of this document to the Applicants' arguments in this application is not whether the content of the email is true (i.e. that the minister does not know the lawyers) but rather the fact that the email reflects the consultation with the minister having taken place.

paragraphe 31 du premier affidavit de M. Conacher et le paragraphe 2 du deuxième affidavit de M. Conacher, qui renvoient à ces pièces exclues ou qui s'appuient sur elles, sont également irrecevables.

[34] Le défendeur demande également la radiation, au motif qu'il s'agit de ouï-dire, du paragraphe 13 du premier affidavit de M. Conacher, dans lequel ce dernier affirme qu'après avoir examiné les candidatures à la magistrature, le CCM de chaque province ou territoire remet au ministre une liste préliminaire de candidats désignés. Je conviens avec les demandeurs que le paragraphe 13 ne fait que reprendre l'information donnée au paragraphe 10 de l'affidavit qui, selon les observations du défendeur lui-même, n'est pas remis en question puisqu'il se fonde sur un descriptif donné sur le site Web du CMF. Je ne radie donc pas ce paragraphe.

[35] La pièce B du deuxième affidavit de M. Conacher est également irrecevable, les avocates des demandeurs ayant confirmé à l'audience que les demandeurs n'avaient pas l'intention de s'appuyer sur cette pièce étant donné qu'elle est illisible.

[36] Pour ce qui est des autres pièces jointes au deuxième affidavit de M. Conacher, je suis d'avis que trois de ces documents (pièces C, D et E) sont recevables à une fin qui n'est pas du ouï-dire, c'est-à-dire pour prouver que les communications indiquées dans ces documents ont bien eu lieu. Chacun de ces documents est une communication par courriel qui, aux dires des demandeurs, constitue une demande ou une réponse à une demande de commentaires au sujet d'un ou de plusieurs candidats à des postes de magistrats.

[37] Pour illustrer cette analyse, je donnerai l'exemple du courriel joint en tant que pièce E, envoyé par le bureau d'une ministre qui déclarait ne pas connaître les avocats dont il était question. La pertinence de ce document pour ce qui est des arguments des demandeurs en l'espèce n'est pas liée à la véracité du contenu du courriel (c.-à-d. que la ministre ne connaissait pas les avocats), mais plutôt au fait que le courriel indique que la ministre a été consultée.

[38] Exhibit F, however, does not fall into the same category, as it is a chart capturing the results of various alleged consultations and is therefore itself a hearsay statement by the unidentified author of the chart.

[39] To summarize the result of this aspect of the Respondent's motion, in relation to the Second Conacher Affidavit, Exhibits A, B and F, and the paragraphs that reference them (2, 3a and 3e), are inadmissible.

[40] Returning to the First Conacher Affidavit, the above analysis has not yet addressed Exhibits P, Q, R, W and AA, which are not media reports but which the Respondent argues are also inadmissible hearsay. Exhibit P is a document entitled "Interim Report: The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform", dated August 2016, prepared by the International Commission of Jurists Canada (ICJ). This report sets out findings drawn from responses to questionnaires prepared by ICJ in relation to the Canadian federal judicial appointments process. Exhibits Q, R and W are documents authored by lawyers, legal academics and the CBA, expressing views on judicial appointments processes. Exhibit AA is a document authored by a large number of bar associations and legal organizations in Canada advocating for the appointment of Black, Indigenous and People of Colour (BIPOC) judges.

[41] While there are undoubtedly hearsay elements to each of these documents, they are of a different nature than the media reports, and the Applicants seek to rely upon them for purposes that arguably extended beyond the truth of their contents. As such, their admissibility is best examined in the next section of these Reasons, which addresses the Respondent's arguments that portions of the Applicants' evidence represent inadmissible opinion.

[38] La pièce F, en revanche, n'entre pas dans la même catégorie puisqu'il s'agit d'un diagramme présentant les résultats de diverses consultations alléguées, ce qui constitue une déclaration par ouï-dire de l'auteur non identifié du diagramme.

[39] En résumé, pour ce qui est de cet élément de la requête du défendeur en lien avec le deuxième affidavit de M. Conacher, je conclus que les pièces A, B et F, ainsi que les paragraphes qui y renvoient (2, 3a et 3e), sont irrecevables.

[40] Je reviens au premier affidavit de M. Conacher. L'analyse qui précède n'a pas traité des pièces P, Q, R, W et AA, qui ne sont pas des articles de presse, mais qui, selon le défendeur, constituent également du ouï-dire irrecevable. La pièce P est un document intitulé « Interim Report : The Canadian Federal Judicial Appointments Process and Opportunities for Reform » (rapport provisoire : processus de nomination à la magistrature fédérale canadienne et possibilités de réforme) datant d'août 2016 et préparé par la Commission internationale des juristes (Section canadienne) (CIJ). Ce rapport énonce les conclusions tirées de réponses à des questionnaires préparés par la CIJ sur le processus de nomination à la magistrature fédérale canadienne. Les pièces Q, R et W sont des documents rédigés par des avocats, des professeurs de droit et l'ABC, dans lesquels ces derniers expriment leurs points de vue quant aux processus de nomination à la magistrature. La pièce AA est un document produit par un grand nombre d'associations d'avocats et d'organismes juridiques au Canada, en faveur de la nomination à la magistrature de personnes autochtones, noires et de couleur (PANDC).

[41] Bien que tous ces documents comportent indéniablement des éléments de ouï-dire, ils sont d'une autre nature que les articles de presse, et les demandeurs tentent de les invoquer à des fins allant probablement au-delà de la véracité de leur contenu. Par conséquent, il convient d'en examiner la recevabilité dans la prochaine section des présents motifs, qui porte sur les arguments du défendeur voulant que certains passages des éléments de preuve présentés par les demandeurs constituent une opinion inadmissible.

B. *Should portions of the First Conacher Affidavit be struck as impermissible opinion evidence?*

[42] The Respondent takes the position that paragraphs 19 to 20 and 24 to 27, the first two sentences of paragraph 28, paragraphs 29 to 31, and Exhibits H to J, P to W, and Y to BB of the First Conacher Affidavit should be struck as impermissible opinion evidence.

[43] These exhibits represent a subset of the media reports submitted by the Applicants, as well as Exhibits P, Q, R, W and AA, described immediately above in these Reasons. The Respondent that takes the position that each of these documents represents an effort by the Applicants to introduce studies or other forms of opinion evidence related to the judicial appointments process.

[44] The Applicants do not dispute this characterization of the evidence. Rather, they take the position that such evidence is admissible under the principles that permit the admission of lay opinion evidence in limited circumstances and/or as evidence that is directly relevant and necessary to what the Applicants describe as the central issue in this application. The Applicants argue that the test for judicial independence and impartiality is whether the public perceives that a court enjoys the essential objective conditions or guarantees for such independence and impartiality. They say that such perception cannot be analysed without the benefit of evidence as to public opinion on the conditions and guarantee of judicial independence.

[45] I accept the Applicants' description of the test for judicial independence. As explained by the Supreme Court of Canada in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, 24 D.L.R. (4th) 161 (*Valente*), at page 689, the test for judicial independence and impartiality is whether the court may be reasonably perceived as independent, with the perception to be assessed being a perception of whether the court enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence. I will return to the details of this assessment later in these Reasons.

B. *Faut-il radier des passages du premier affidavit de M. Conacher parce qu'ils constituent un témoignage d'opinion inadmissible?*

[42] Le défendeur affirme que les paragraphes 19 à 20 et 24 à 27, les deux premières phrases du paragraphe 28, les paragraphes 29 à 31, ainsi que les pièces H à J, P à W et Y à BB du premier affidavit de M. Conacher devraient être radiés parce qu'ils constituent un témoignage d'opinion inadmissible.

[43] Ces pièces constituent une partie des articles de presse présentés par les demandeurs, tout comme les pièces P, Q, R, W et AA que je viens de mentionner. Le défendeur fait valoir qu'avec chacun de ces documents, les demandeurs tentent de présenter des études ou d'autres formes de témoignages d'opinion ayant trait au processus de nomination à la magistrature.

[44] Les demandeurs ne contestent pas cette qualification des éléments de preuve. Ils font plutôt valoir que ces éléments de preuve sont recevables conformément aux principes qui permettent la présentation de témoignages d'opinion de profanes dans des cas limités ou en tant qu'éléments de preuve directement pertinents et nécessaires à ce que les demandeurs présentent comme étant la question centrale en l'espèce. Les demandeurs soutiennent que le critère de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires consiste à savoir si le public a l'impression qu'un tribunal jouit des conditions ou garanties objectives essentielles à cette indépendance et à cette impartialité. Ils affirment que cette perception ne peut être analysée sans disposer d'éléments de preuve concernant l'opinion du public quant aux conditions et à la garantie d'indépendance judiciaire.

[45] Je souscris à la façon dont les demandeurs définissent le critère de l'indépendance judiciaire. Comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673 (*Valente*), à la page 689, le critère de l'indépendance et de l'impartialité judiciaires consiste à savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant, et comporte la perception d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire. Je reviens plus loin sur les détails de cette évaluation dans les présents motifs.

[46] However, I agree with the Respondent's position that this assessment is not intended to be performed by recourse to evidence of subjective public opinion. As expressed by the Supreme Court in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance); Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paragraph 38 (relying on *Valente*, at page 689), the test for independence asks whether a reasonable person, who is fully informed of all the circumstances, would consider that a particular court enjoys the necessary independent status. As emphasized below, this test involves an objective analysis.

[47] As recognized in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, 122 D.L.R. (4th) 129 (*Matsqui*), the analysis is akin to the classic test for a reasonable apprehension of bias, which asks whether the apprehension of bias is a reasonable one, held by reasonable and right-minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information (at paragraph 81, relying on *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, 68 D.L.R. (3d) 716, at page 394). Expressed differently but to similar effect in *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, the reasonable apprehension of bias test contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must be reasonable in the circumstances of the case. Further, the reasonable person must be an informed person, with knowledge of the relevant circumstances (at paragraph 111).

[48] These articulations of the required analysis all emphasize its objective nature. The reasonable perception of independence is not intended to be assessed through survey evidence or expressions of opinion, regardless of how voluminous or how arguably well-informed the individuals or bodies that express those opinions may be. Rather, applying the prescribed test requires an objective analytical exercise, to be conducted based on the relevant circumstances including in particular the conditions intended to achieve judicial independence.

[46] Toutefois, je conviens avec le défendeur que cette évaluation ne doit pas se faire en ayant recours à des éléments de preuve démontrant une opinion publique subjective. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances); Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, au paragraphe 38 (s'appuyant sur *Valente*, à la page 689), a déclaré que le critère de l'indépendance consiste à se demander si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis. Comme je le souligne ci-dessous, ce critère suppose une analyse objective.

[47] Ainsi qu'il a été reconnu dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée. c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3 (*Matsqui*), l'analyse se rapproche du critère classique permettant de déterminer l'existence d'une crainte raisonnable de partialité, selon lequel la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet (au paragraphe 81, citant *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394). La Cour suprême l'a exprimé d'une autre manière, mais pour arriver à un résultat semblable, dans l'arrêt *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, où elle a indiqué que le critère de la crainte raisonnable de partialité comporte un double élément objectif : la personne examinant l'allégation de partialité doit être raisonnable, et la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l'affaire. La personne raisonnable doit de plus être une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes (au paragraphe 111).

[48] Toutes ces formulations de l'analyse requise mettent l'accent sur sa nature objective. La perception raisonnable d'indépendance ne doit pas être évaluée au moyen d'éléments de preuve provenant de sondages ou d'opinions exprimées, même si ces éléments de preuve sont en grand nombre et même si les personnes ou organismes qui expriment ces opinions sont probablement bien informés. L'application du critère prescrit nécessite une analyse objective devant être menée en fonction des circonstances pertinentes, y compris, plus

[49] The analysis performed by the Supreme Court in *Matsqui* serves to illustrate the nature of the required assessment. *Matsqui* involved a challenge to the independence of appeal tribunals established under First Nations bands' property tax bylaws. Applying the principles derived from *Valente*, the Court explained its conclusion that a reasonable and right-minded person, viewing the whole procedure in the assessment bylaws, would have a reasonable apprehension that members of the appeal tribunals were not sufficiently independent (at paragraph 98). In other words, the Court performed an objective analysis based on the conditions existing under the applicable bylaws.

[50] I therefore agree with the Respondent's position that the opinion evidence the Applicants seek to adduce is irrelevant to the issue in this application. With respect to those components of that evidence that seek to introduce the results of surveys or other studies, I agree with the Respondent that this evidence is also inadmissible based on the principles explained in *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, at paragraph 43. Even where relevant to an analysis the Court is required to perform, evidence of a survey of public opinion must be presented as expert evidence. Finally, to the extent that opinion evidence represents an opinion on the specific legal issue to be decided by the Court, it is also admissible on that basis (see *Boily v. Canada*, 2017 FC 1021, [2018] 3 F.C.R. D-9, at paragraph 32; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, at paragraph 18). This last point applies in particular to Exhibit Q, the opinion piece authored by three lawyers entitled "Why we need a constitutional challenge on judicial appointments".

particulièrement, les conditions destinées à assurer l'indépendance judiciaire.

[49] L'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Matsqui* illustre la nature de l'évaluation requise. L'arrêt *Matsqui* portait sur une remise en question de l'indépendance des tribunaux d'appel constitués par des bandes des Premières Nations en application de leurs règlements administratifs concernant les impôts fonciers. La Cour, appliquant les principes dégagés de l'arrêt *Valente*, a expliqué sa conclusion selon laquelle une personne sensée et raisonnable qui considérerait dans son ensemble la procédure prévue dans les règlements d'évaluation craindrait raisonnablement que les membres des tribunaux d'appel ne soient pas suffisamment indépendants (au paragraphe 98). Autrement dit, la Cour a mené une analyse objective en fonction des conditions prévues par les règlements administratifs applicables.

[50] Je souscris donc au point de vue du défendeur selon lequel les témoignages d'opinion que les demandeurs cherchent à produire ne sont pas pertinents par rapport à la question en litige dans la présente demande. En ce qui concerne les composantes de ces éléments de preuve dont le but est de produire les résultats de sondages ou d'autres études, je conviens avec le défendeur que ces éléments de preuve sont irrecevables d'après les principes expliqués dans l'arrêt *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, au paragraphe 43. Les éléments de preuve par sondage, même lorsqu'ils sont pertinents par rapport à une analyse que la Cour est tenue d'effectuer, doivent être présentés en tant que témoignages d'experts. Enfin, puisque les témoignages d'opinion représentent un avis sur la question juridique précise que doit trancher la Cour, ils sont également recevables pour ce motif (voir *Boily c. Canada*, 2017 CF 1021, [2018] 3 R.C.F. F-9, au paragraphe 32; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43, au paragraphe 18). Ce dernier point s'applique plus précisément à la pièce Q, un article d'opinion rédigé par trois avocats qui s'intitule « Why we need a constitutional challenge on judicial appointments » (Pourquoi une contestation constitutionnelle des nominations à la magistrature est-elle nécessaire?).

[51] Applying these principles, I find the exhibits and related paragraphs of the First Conacher Affidavit, challenged by the Respondent as opinion evidence, to be inadmissible as evidence in this application. In addition to exhibits and paragraphs found inadmissible through the hearsay analysis earlier in these Reasons, this conclusion applies to Exhibits P, Q, R, W, Y and AA of the First Conacher Affidavit and paragraphs 24, 25, 27, 29 and the last sentence of paragraph 31 therein that reference and rely on these exhibits. The first two sentences of paragraph 28 of the affidavit represent Mr. Conacher's own opinion and are also inadmissible.

[52] In arriving at this conclusion, I have considered the Applicants' argument that, in its analysis in the seminal case of *Valente*, the Supreme Court cited opinion evidence of the sort upon which the Applicants seek to rely. The Applicants refer to paragraphs of *Valente* that reference what appear to be legal academic books and articles, publications and declarations of international bodies, and a then-recent report of a CBA committee on judicial independence (see *Valente*, at pages 686–687, 691–692, 696–698, 700, 701 and 708–711).

[53] I agree with the Respondent's submission that the Supreme Court's references to this material does not represent reliance on opinion evidence relevant to findings of fact, but rather recourse to this material to inform its legal analysis and in particular its conclusions as to the content of the principle of judicial independence. In that respect, it is of course acceptable and not uncommon for a court to rely not only upon judicial authorities but also upon academic commentary to inform its analysis of the law including advancements therein.

[54] Viewed through that lens, I consider a limited number of the documents that will be excluded from evidence as inadmissible opinion to be appropriate for the Applicants to rely upon to support their submissions on what the law requires to secure judicial independence. In

[51] L'application de ces principes m'amène à conclure que les pièces et les paragraphes connexes du premier affidavit de M. Conacher, que le défendeur attaque et qualifie de témoignages d'opinion, sont irrecevables en tant qu'éléments de preuve en l'espèce. En plus des pièces et des paragraphes jugés irrecevables lors de l'analyse du ouï-dire effectuée précédemment dans les présents motifs, cette conclusion s'applique aux pièces P, Q, R, W, Y et AA jointes au premier affidavit de M. Conacher et aux paragraphes 24, 25, 27 et 29 ainsi qu'à la dernière phrase du paragraphe 31 du premier affidavit de M. Conacher, qui renvoient à ces pièces ou s'appuient sur celles-ci. Les deux premières phrases du paragraphe 28 de l'affidavit constituent l'opinion de M. Conacher et sont également irrecevables.

[52] Pour arriver à cette conclusion, j'ai examiné l'argument des demandeurs selon lequel, dans son analyse de l'arrêt *Valente*, qui fait autorité, la Cour suprême a cité des témoignages d'opinion du genre de ceux sur lesquels les demandeurs cherchent à s'appuyer en l'espèce. Les demandeurs invoquent des paragraphes de l'arrêt *Valente* qui renvoient à des ouvrages et à des articles rédigés par des juristes, à des publications et à des déclarations d'instances internationales, ainsi qu'à un rapport récent d'un comité de l'ABC sur l'indépendance de la magistrature (voir *Valente*, aux pages 686–687, 691–692, 696–698, 700, 701 et 708–711).

[53] Je souscris à l'observation du défendeur selon laquelle la Cour suprême, en mentionnant ces documents, ne se fonde pas sur des témoignages d'opinion pertinents ayant trait aux conclusions de fait, mais a plutôt recours à ces documents pour étayer son analyse juridique et, plus précisément, ses conclusions quant à la teneur du principe de l'indépendance judiciaire. Sur ce point, il est évidemment acceptable et courant qu'une cour s'appuie non seulement sur la jurisprudence, mais aussi sur la doctrine pour étayer son analyse du droit, et notamment de la progression de celui-ci.

[54] Dans cette optique, j'estime qu'un nombre limité des documents qui seront exclus de la preuve parce qu'ils constituent des opinions irrecevables peuvent être utilisés par les demandeurs à l'appui de leurs observations sur ce qu'exige la loi pour garantir l'indépendance

my view, the documents that are amenable to consideration in this manner are the following:

A. Article by Joanna Harrington, a professor of law at the University of Alberta, entitled "From the U.K., a lesson on judicial appointments" (originally attached as Exhibit R to the First Conacher Affidavit) (Harrington Article);

B. Statement from the CBA President on judicial appointments, dated November 6, 2020 (originally attached as Exhibit W to the First Conacher Affidavit) (CBA Statement); and

C. Letter dated September 14, 2020, to Hon. David Lametti, described as on behalf of 36 bar associations and legal organizations from across Canada, with the subject line "Appointment of BIPOC judges to Canada's federal courts" (originally attached as Exhibit AA to the First Conacher Affidavit) (BIPOC Letter).

[55] To be clear, while the previous paragraph identifies these documents by reference to exhibits to the First Conacher Affidavit, so as to situate them in the record, it remains my conclusion is that they are inadmissible as evidence. However, the Applicants are entitled to rely upon them in support of their legal submissions.

C. *Should the Second Conacher Affidavit be struck because of delay?*

[56] The Respondent notes the Aylen Order observes that, in order for a party to obtain leave to file additional evidence, it must first establish that the evidence is admissible and relevant. Given Justice Aylen's determination that the admissibility of the Second Conacher Affidavit was linked to the admissibility of the First Conacher Affidavit, she provisionally allowed the evidence, without

judiciaire. À mon avis, les documents suivants peuvent être pris en considération de cette façon :

A. un article de Joanna Harrington, professeure de droit à l'Université de l'Alberta, intitulé « From the U.K., a lesson on judicial appointments » (une leçon du Royaume-Uni en matière de nominations à la magistrature; initialement joint en tant que pièce R au premier affidavit de M. Conacher) (article de M^me^ Harrington);

B. une déclaration du président de l'ABC sur les nominations à la magistrature datée du 6 novembre 2020 (initialement jointe en tant que pièce W au premier affidavit de M. Conacher) (déclaration de l'ABC);

C. une lettre du 14 septembre 2020 adressée à l'honorable David Lametti, présentée comme étant rédigée au nom de 36 associations d'avocats et organismes juridiques de partout au Canada, dont l'objet était « Appointment of BIPOC judges to Canada's federal courts » (nomination de PANDC aux cours fédérales du Canada; initialement jointe en tant que pièce AA au premier affidavit de M. Conacher) (lettre sur les PANDC).

[55] En clair, bien que ces documents soient énumérés dans le paragraphe qui précède en faisant référence aux pièces jointes au premier affidavit de M. Conacher, afin de les situer dans le dossier, je maintiens ma conclusion selon laquelle ils ne sont pas recevables à titre d'éléments de preuve. Cependant, les demandeurs sont autorisés à les invoquer à l'appui de leurs observations juridiques.

C. *Faut-il radier le deuxième affidavit de M. Conacher pour cause de retard?*

[56] Le défendeur note qu'il est indiqué, dans l'ordonnance de la juge Aylen, qu'une partie doit démontrer que les éléments de preuve sont admissibles et pertinents afin d'obtenir l'autorisation de déposer des éléments de preuve supplémentaires. La juge Aylen ayant conclu que l'admissibilité du deuxième affidavit de M. Conacher dépendait de l'admissibilité du premier affidavit de M. Conacher,

prejudice to the Respondent's right to raise objections to its admissibility at the hearing of the application.

[57] Against that backdrop, the Respondent argues that, even if the Applicants establish that any portion of the Second Conacher Affidavit is otherwise admissible, they still bear the onus of establishing that the Court should exercise its discretion to admit that evidence, having regard to the Applicants' delay in filing it. They refer to the applicable test: (a) whether the evidence sought to be adduced was available when the party filed its affidavits or could have been available with the exercise of due diligence; (b) whether the evidence is sufficiently probative that it could affect the result; and (c) whether the evidence will cause substantial prejudice to the other party (see *Forest Ethics Advocacy Association v. National Energy Board*, 2014 FCA 88 (*Forest Ethics*), at paragraph 6).

[58] These three factors are not mandatory elements of a conjunctive test, such that each must be satisfied. Rather, they are factors that must be considered and balanced in the exercise of the Court's discretion under rule 312 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (see *Smart Cloud Inc. v. International Business Machines Corporation*, 2021 FC 236, at paragraph 39). The Respondent submits that the Applicants fail on the first two of these factors.

[59] In relation to the availability of the evidence, the Respondent notes that the media article attached as Exhibit A to the Second Conacher Affidavit was published on October 31, 2020. The Respondent further submits that, in his affidavit in the original motion for leave to adduce this evidence, Mr. Conacher stated that the article first came to his attention in December 2020 before the First Conacher Affidavit was sworn on December 17, 2020. However, he chose not to include this evidence. In addition, the Applicants do not set out any efforts they made to obtain the article or supporting information prior to December 17, 2020. Nor have the Applicants provided an explanation why the Second Conacher

elle a admis provisoirement les éléments de preuve sans que cela empêche le défendeur de s'opposer à leur admissibilité, à l'audition de la demande.

[57] Dans ce contexte, le défendeur affirme que, même si les demandeurs démontrent que des passages du deuxième affidavit de M. Conacher sont autrement admissibles, il leur incombe tout de même de prouver que la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour accepter ces éléments de preuve, puisque les demandeurs ont tardé à les déposer. Il renvoie au critère applicable : a) est-ce que la partie avait accès aux éléments de preuve dont elle demande l'admission au moment où elle a déposé ses affidavits ou aurait-elle pu y avoir accès en faisant preuve de diligence raisonnable? b) la valeur probante des éléments de preuve est-elle suffisante pour influer sur l'issue de l'affaire? et c) est-ce que l'admission des éléments de preuve entraîne un préjudice important ou grave pour l'autre partie? (voir *Forest Ethics Advocacy Association c. Office national de l'énergie*, 2014 CAF 88 (*Forest Ethics*), au paragraphe 6).

[58] Ces trois facteurs ne sont pas des éléments obligatoires d'un critère cumulatif et il n'est donc pas nécessaire de satisfaire à chacun d'entre eux. Il s'agit plutôt de facteurs qui doivent être examinés et soupesés dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour sous le régime de la règle 312 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, (voir *Smart Cloud Inc. c. International Business Machines Corporation*, 2021 CF 236, au paragraphe 39). Le défendeur prétend que les demandeurs ne respectent pas les deux premiers facteurs.

[59] En ce qui concerne l'accessibilité des éléments de preuve, le défendeur note que l'article de presse joint en tant que pièce A au deuxième affidavit de M. Conacher a été publié le 31 octobre 2020. Il ajoute que M. Conacher, dans l'affidavit qu'il a souscrit dans le cadre de la requête initiale pour obtenir l'autorisation de verser au dossier ces éléments de preuve, a déclaré avoir pris connaissance de l'article en décembre 2020, avant la souscription du premier affidavit de M. Conacher le 17 décembre 2020. Il a toutefois choisi de ne pas inclure ces éléments de preuve. En outre, les demandeurs ne font état d'aucun effort de leur part pour obtenir l'article ou des renseignements à l'appui avant le 17 décembre 2020. Ils n'ont

Affidavit was not sworn until August 2021, long after the Respondent's evidence was provided in February 2021.

[60] The Respondent also argues that the evidence is not sufficiently probative that it could affect the result, as there is no dispute that the Minister is permitted to consult on candidates following receipt of recommendations from a JAC. The Respondent submits that, at its highest, the Second Conacher Affidavit provides examples where the Minister may have engaged in such consultations.

[61] Under the first of the *Forest Ethics* factors, the Applicant responds that, while the media article attached as Exhibit A to the Second Conacher Affidavit could have been included in the First Conacher Affidavit, Mr. Conacher chose not to do so because he did not have confirmation of the information in the article until late January 2021, when he received from the journalist copies of the emails that are attached as the other exhibits to the affidavit.

[62] Regardless of the merit of this argument surrounding Exhibit A, it is clear that the emails were not available to Mr. Conacher when he filed the First Conacher Affidavit. It is only certain of those emails (Exhibits C, D, and E) that remain at issue, as I have found the others to be inadmissible hearsay. I accept the Respondent's argument that the Applicants have not explained the delay between the January 2021, when the emails were provided to Mr. Conacher, and August 2021, when the Second Conacher Affidavit was sworn. However, in my view, this further delay goes to prejudice, and the Respondent has not asserted any prejudice arising from the delay in filing the Second Conacher Affidavit, either from the time when the First Conacher Affidavit was filed or thereafter. As such, I find that the first and third *Forest Ethics* factors favour the Applicants.

[63] With respect to the second factor, I find that the evidence at issue will assist the Court, because it is

pas non plus expliqué pourquoi le deuxième affidavit de M. Conacher n'a été souscrit qu'en août 2021, bien après que les éléments de preuve du défendeur ont été fournis, en février 2021.

[60] Le défendeur affirme également que les éléments de preuve ne sont pas assez probants pour influer sur l'issue de l'espèce, puisqu'il est admis que le ministre a le droit de mener des consultations au sujet des candidats après avoir reçu les recommandations d'un CCM. Le défendeur prétend que le deuxième affidavit de M. Conacher donne tout au plus des exemples de cas dans lesquels le ministre pourrait avoir entrepris de telles consultations.

[61] Selon le premier des facteurs énoncés dans l'arrêt *Forest Ethics*, les demandeurs répondent que, même si l'article de presse joint en tant que pièce A au deuxième affidavit de M. Conacher aurait pu être inclus dans le premier affidavit de M. Conacher, M. Conacher a choisi de ne pas l'inclure parce qu'il n'a obtenu la confirmation de l'exactitude des renseignements figurant dans l'article qu'à la fin de janvier 2021, lorsque le journaliste lui a transmis des copies des courriels qui constituent les autres pièces jointes à l'affidavit.

[62] Indépendamment de la valeur de cet argument concernant la pièce A, il ne fait aucun doute que M. Conacher n'avait pas accès aux courriels lorsqu'il a souscrit son premier affidavit. Seuls certains de ces courriels (les pièces C, D et E) restent en cause, puisque j'ai conclu que les autres constituaient du ouï-dire irrecevable. J'accepte l'argument du défendeur selon lequel les demandeurs n'ont pas expliqué le délai séparant la transmission des copies des courriels à M. Conacher en janvier 2021 et la souscription de son deuxième affidavit en août 2021. Je suis d'avis que ce délai supplémentaire renvoie à la question du préjudice; or le défendeur n'a allégué aucun préjudice découlant de la souscription tardive du deuxième affidavit de M. Conacher, que ce soit à partir du dépôt du premier affidavit de M. Conacher ou après. Ainsi, je conclus que les premier et troisième facteurs de l'arrêt *Forest Ethics* favorisent les demandeurs.

[63] En ce qui concerne le deuxième facteur, je conclus que les éléments de preuve en cause aideront la

relevant to the Applicants' position that the nature of the consultations conducted by the Minister, before recommending that Cabinet make a particular judicial appointment, undermines judicial independence. I understand the Respondent's argument questioning the probative value of this evidence, as the Respondent acknowledges that the process involves ministerial consultation. However, as the emails attached as the Exhibits C, D, and E represent examples of the particular sort of consultation that the Applicants argue to be problematic, admitting that evidence will assist the Court in considering the substantive issue raised in this application.

[64] In conclusion on this point, I find that the Second Conacher Affidavit should not be struck because of delay.

D. *Should the Applicants be granted public interest standing to bring the application?*

[65] Because neither of the Applicants asserts a personal interest in the judicial appointments or elevations process that they wish to challenge, they seek public interest standing to bring the present application. As explained in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524 (*Downtown Eastside*), at paragraphs 35 to 37, granting public interest standing involves an exercise of discretion that considers three factors: (a) whether there is a serious justiciable issue raised; (b) whether the party seeking standing has a real stake or a genuine interest in that issue; and (c) whether, in all the circumstances, the proposed proceeding is a reasonable and effective way to bring the issue before the courts. These factors are intended to be applied purposively and flexibly.

(1) Real Stake or Genuine Interest

[66] As the Respondent does not advance arguments under the second of these factors, I will address it only

Cour puisqu'ils sont pertinents à la thèse des demandeurs selon laquelle l'indépendance judiciaire est minée par la nature des consultations entreprises par le ministre avant de recommander au Cabinet de procéder à une nomination donnée à la magistrature. Je comprends que le défendeur remette en cause la valeur probante de ces éléments de preuve puisqu'il reconnaît que le processus comporte des consultations par le ministre. Cependant, étant donné que les courriels joints en tant que pièces C, D et E constituent des exemples du type précis de consultation que les demandeurs jugent problématique, l'admission de ces éléments de preuve aidera la Cour à examiner la question de fond soulevée dans la présente demande.

[64] Pour conclure sur ce point, j'estime que le deuxième affidavit de M. Conacher ne devrait pas être radié pour cause de retard.

D. *Les demandeurs devraient-ils se voir accorder la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande?*

[65] Les demandeurs souhaitent se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de présenter la demande, étant donné qu'aucun d'eux ne fait valoir d'intérêt propre quant aux processus de nomination ou de promotion au sein de la magistrature qu'ils veulent contester. Comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524 (*Downtown Eastside*), aux paragraphes 35 à 37, les tribunaux doivent prendre en compte trois facteurs lorsqu'ils exercent le pouvoir discrétionnaire de reconnaître ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public : a) une question justiciable sérieuse est-elle soulevée? b) le demandeur a-t-il un intérêt réel ou véritable dans l'issue de cette question? et c) compte tenu de toutes les circonstances, le recours proposé constitue-t-il une manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux? L'application de ces facteurs doit être souple et tenir compte de l'objet visé.

1) Intérêt réel ou véritable

[66] Mon examen du deuxième de ces facteurs sera bref puisque le défendeur ne fait valoir aucun argument

briefly. Considering whether an applicant has a genuine interest or real stake in a proceeding is determined by weighing whether the applicant is genuinely engaged with the issue raised as opposed to being a "mere busybody." In performing this assessment, a court will take into account the applicant's mandate and experience (see *Downtown Eastside*, at paragraphs 43 and 58).

[67] The Applicant, Democracy Watch, submits that it fulfils this requirement, as it is an independent organization whose purpose is focused on government accountability, including transparent and accountable enforcement of Canada's ethics rules. It actively participates in public policymaking and legislative processes in matters relating to government ethics rules and other areas of democratic reform and government accountability. Democracy Watch also regularly participates in judicial proceedings engaging these topics. While not binding on my decision whether to grant it public interest standing in the present application, I note that Democracy Watch has been granted public interest standing in previous applications, including judicial reviews before the Federal Court concerning the appointment process for the federal Conflict of Interest and Ethics Commissioner and the federal Commissioner of Lobbying in which, as in the present application, it was not the directly affected party (*Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1290; *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FC 1291).

[68] The individual Applicant, Mr. Conacher, is a professor and scholar, as well as the Coordinator of Democracy Watch. In this role, he has monitored developments concerning Cabinet appointments, conflicts of interest, and judicial independence in Canada for several years. He has also made several written submissions concerning Cabinet appointment processes, conflict of interest issues, and the independence of law enforcement in Canada to House of Commons committees, Senate committees, and legislative committees in various provinces. Along with Democracy Watch, he has previously sought declaratory relief in this Court on constitutional issues surrounding

à cet égard. Pour déterminer si un demandeur a un intérêt réel ou véritable dans une instance, il faut évaluer s'il est véritablement engagé quant aux questions qu'il soulève et n'est pas un « simpl[e] trouble-fête ». Pour ce faire, un tribunal tient compte de l'objectif et de l'expérience du demandeur (voir *Downtown Eastside*, aux paragraphes 43 et 58).

[67] La demanderesse Démocratie en surveillance prétend qu'elle satisfait à cette exigence en tant qu'organisme indépendant qui se concentre sur la responsabilité de l'administration publique, ce qui comprend l'application transparente et responsable des règles d'éthique du Canada. Elle participe activement aux processus d'élaboration des politiques publiques et aux processus législatifs en ce qui concerne les règles d'éthique applicables au sein du gouvernement et d'autres domaines de réforme démocratique et de responsabilité de l'administration publique. Démocratie en surveillance participe aussi régulièrement aux débats judiciaires où ces sujets entrent en jeu. Bien que les cas précédents ne me lient aucunement dans ma décision d'accorder ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public en l'espèce, je note que Démocratie en surveillance a obtenu la qualité pour agir dans l'intérêt public lors de demandes antérieures, notamment des contrôles judiciaires à la Cour fédérale portant sur le processus de nomination au Commissariat fédéral aux conflits d'intérêts et à l'éthique et au Commissariat au lobbying du Canada; dans ces décisions, comme en l'espèce, Démocratie en surveillance n'était pas la partie directement touchée (*Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 1290; *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 1291).

[68] Le particulier demandeur, M. Conacher, est professeur-chercheur en plus d'être coordonnateur de Démocratie en surveillance. À ce titre, il suit l'évolution de questions touchant les nominations au Cabinet, les conflits d'intérêts et l'indépendance judiciaire au Canada depuis plusieurs années. Il a également présenté à des comités de la Chambre des communes et du Sénat, ainsi qu'à des comités législatifs de diverses provinces, plusieurs mémoires au sujet des processus de nomination au Cabinet, de problèmes de conflits d'intérêts et de l'indépendance des fonctions d'application de la loi au Canada. Il a déjà, avec Démocratie en surveillance, demandé à

the separation of powers (*Conacher v. Canada (Prime Minister)*, 2009 FC 920, [2010] 3 F.C.R. 411, affd 2010 FCA 131, [2011] 4 F.C.R. 22 (*Prime Minister*)).

[69] I am satisfied that both Applicants have a genuine interest in the issue raised in this application.

(2) Serious Justiciable Issue

[70] As the Applicants note, this factor involves two requirements: seriousness and justiciability. Seriousness involves consideration of whether the question raised represents a substantial or important constitutional issue and is far from frivolous on preliminary examination (see *Downtown Eastside*, at paragraph 42). The Respondent does not contest the seriousness of the question raised. The constitutional issue surrounding judicial independence raised by this application is clearly an important one and satisfies the seriousness requirement.

[71] With respect to justiciability, the Applicants submit that, as this application surrounds constitutional principles of judicial independence and the rule of law, informed by the Constitution and the Charter, it raises issues that are well suited to being determined by this Court. The Respondent disagrees. The Respondent submits that the Applicants are asking this Court to sanction their view as to how a constitutional democracy should address the appointment of judges, which is not a matter suitable for adjudication by the Court (Respondent's emphasis). Rather, it is a matter for political debate and, if determined advisable, for legislative or constitutional reform.

[72] To assess the Respondent's argument, it is useful first to canvass general principles surrounding the concept of justiciability, as set out in the Respondent's Memorandum of Fact and Law, and with which principles I agree. The three branches of government (the legislature, the executive, and the judiciary) are distinct (see

notre Cour de rendre un jugement déclaratoire sur des questions constitutionnelles entourant la séparation des pouvoirs (*Conacher c. Canada (Premier ministre)*, 2009 CF 920, [2010] 3 R.C.F. 411, conf. par 2010 CAF 131, [2011] 4 R.C.F. 22 (*Premier ministre*)).

[69] Je conclus que les deux demandeurs ont un intérêt véritable dans la question soulevée en l'espèce.

2) Question justiciable sérieuse

[70] Comme le mentionnent les demandeurs, ce facteur comporte deux exigences, à savoir que la question soit sérieuse et justiciable. Pour savoir si une question soulevée est sérieuse, il faut déterminer, lors d'un examen préliminaire, si elle constitue une question importante ou un point constitutionnel important et si elle est loin d'être futile (voir *Downtown Eastside*, au paragraphe 42). Le défendeur ne met pas en doute le sérieux de la question soulevée. La question constitutionnelle se rapportant à l'indépendance judiciaire qui est soulevée dans la présente demande constitue de toute évidence une question importante et elle satisfait à l'exigence du sérieux.

[71] En ce qui concerne la justiciabilité, les demandeurs affirment que notre Cour est bien placée pour trancher les questions soulevées par la présente demande puisque celle-ci concerne les principes constitutionnels de l'indépendance de la magistrature et de la primauté du droit, qui sont fondés sur la Constitution et la Charte. Le défendeur n'est pas de cet avis. Il affirme que les demandeurs souhaitent que notre Cour approuve leur point de vue quant aux modalités qu'une démocratie constitutionnelle devrait appliquer pour la nomination des juges, ce qui n'est pas une question qu'il appartient à la Cour de trancher [souligné par le défendeur]. Cette question relèverait plutôt du débat politique et, si les élus le jugent bon, de la réforme législative ou constitutionnelle.

[72] Pour juger la thèse du défendeur, il convient tout d'abord d'examiner les principes généraux entourant la notion de justiciabilité, tels qu'ils sont exposés dans le mémoire des faits et du droit du défendeur, principes auxquels je souscris. Les trois branches du gouvernement (les branches législative, exécutive et judiciaire)

British Columbia (Attorney General) v. Provincial Court Judges' Association of British Columbia, 2020 SCC 20, [2020] 2 S.C.R. 506 (*BC Judges*), at paragraph 65). The legislature and executive balance competing political, economic and social considerations. Courts do not have the institutional capacity, nor is it their role, to perform this function. As expressed by the Supreme Court of Canada in *Canada (Auditor General) v. Canada (Minister of Energy, Mines and Resources)*, [1989] 2 S.C.R. 49, at pages 90 to 91, 61 D.L.R. (4th) 604:

> …. An inquiry into justiciability is, first and foremost, a normative inquiry into the appropriateness as a matter of constitutional judicial policy of the courts deciding a given issue or, instead, deferring to other decision-making institutions of the polity.

[73] In considering the appropriateness of judicial involvement in particular matters, Canadian courts have considered questions such as the following: (a) whether the case has a sufficient legal component that it can be resolved by the application of a legal standard (see *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at page 545, 83 D.L.R. (4th) 297); (b) whether the case is argued solely in the hypothetical and abstract sense (see *Page v. Mulcair*, 2013 FC 402, *sub nom. Canada (Parliamentary Budget Officer) v. Canada (Leader of the Opposition)*, [2014] 4 F.C.R. 297, at paragraphs 60–62); (c) whether the Court is being asked to express its opinion on the wisdom of governmental action (see *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at page 472, 18 D.L.R. (4th) 481 (*Operation Dismantle*)); (d) whether there are moral or political dimensions to the case that are inappropriate for the Court to decide (see *Operation Dismantle*, at page 465); (e) whether the relief sought impinges upon policy-making responsibilities of other branches of government (see *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161 (*Tanudjaja*), at paragraphs 33–34); and (f) whether the relief sought would have any practical effect (see *Tanudjaja*, at paragraph 34).

sont distinctes (voir *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Provincial Court Judges' Association of British Columbia*, 2020 CSC 20, [2020] 2 R.C.S. 506 (*BC Judges*), au paragraphe 65). Les branches législative et exécutive recherchent l'équilibre entre les considérations politiques, économiques et sociales. Les tribunaux n'ont pas la capacité institutionnelle d'exercer cette fonction, et ce n'est de toute façon pas leur rôle. Comme l'a indiqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Vérificateur général) c. Canada (Ministre de l'énergie, des mines et des ressources)*, [1989] 2 R.C.S. 49, aux pages 90 et 91 :

> ... L'examen de la justiciabilité consiste, d'abord et avant tout, en un examen normatif de l'opportunité pour les tribunaux, sur le plan de la politique judiciaire constitutionnelle, de trancher une question donnée ou, au contraire, de la déférer à d'autres instances décisionnelles de l'administration politique.

[73] Pour déterminer si l'intervention des tribunaux était justifiée dans des affaires données, les tribunaux canadiens ont examiné diverses questions : a) l'affaire présente-t-elle un aspect suffisamment juridique pour être tranchée par l'application d'une norme juridique (voir *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 545); b) l'affaire soulève-t-elle uniquement une question hypothétique ou abstraite (voir *Page c. Mulcair*, 2013 CF 402, *sub nom. Canada (Directeur parlementaire du budget) c. Canada (Chef de l'opposition)*, [2014] 4 R.C.F. 297, aux paragraphes 60–62); c) demande-t-on à la Cour d'exprimer une opinion sur la sagesse de l'action du gouvernement (voir *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 (*Operation Dismantle*), à la page 472); d) le dossier comporte-t-il des dimensions morales ou politiques sur lesquelles il n'appartient pas à la Cour de statuer (voir *Operation Dismantle*, à la page 465); e) la mesure de redressement demandée empiète-t-elle sur les responsabilités d'autres branches du gouvernement en matière d'élaboration de politiques (voir *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, 123 O.R. (3d) 161 (*Tanudjaja*), aux paragraphes 33–34); f) la mesure de redressement demandée serait-elle susceptible d'avoir des effets concrets (voir *Tanudjaja*, au paragraphe 34).

[74] Against this jurisprudential backdrop, the Respondent submits that this application has every hallmark of a non-justiciable case. The Respondent argues that the Applicants are asking the Court to opine on the entire process by which federally appointed judges are appointed and to issue directions to the executive concerning what the Applicants or the Court may consider would be a better appointments process. The Respondent submits that such an inquiry extends well beyond the proper purview of the judiciary.

[75] While I take no issue with any of the jurisprudential principles upon which the Respondent relies, I disagree with the Respondent's position that their application supports a conclusion that the issue before the Court is not justiciable. There may be merit to the Respondent's argument insofar as it extends to the details of the remedies the Applicants are seeking in this application. If the Court found that the current federal judicial appointments or elevations process was unconstitutional, it would clearly not be the Court's role to provide detailed direction as to how the process should be redesigned. Rather, I would regard the Court's role in such a situation to be the identification of the basis for the unconstitutionality, following which any resulting redesign of the appointments process would fall to other branches of government, with the benefit of the Court's reasons.

[76] However, the determination of whether a particular matter offends constitutional principles is very much in the Court's wheelhouse. Such a determination involves the application of a legal standard, informed by the relevant constitutional provisions or common law principles and applicable jurisprudence. In assessing the constitutionality of activity of the executive branch, the Court is not being asked to express an opinion informed by moral, political, or other policy considerations. Nor would I regard the resulting relief as necessarily devoid of practical effect. Depending upon the nature of a constitutional violation identified in a particular matter, the Court can identify and dimension that violation so as to inform subsequent work by other branches of government to remedy the violation.

[74] Sur le fondement de cette jurisprudence, le défendeur soutient que la présente demande possède toutes les caractéristiques de la question non justiciable. Il affirme que les demandeurs souhaitent que la Cour se prononce sur l'ensemble du processus de nomination des juges par le gouvernement fédéral et donne des directives à la branche exécutive quant à ce qui constituerait, selon les demandeurs ou la Cour, des améliorations au processus de nomination. Le défendeur affirme qu'une telle demande va bien au-delà de la compétence de la branche judiciaire.

[75] Bien que je ne m'oppose à aucun des principes jurisprudentiels sur lesquels s'appuie le défendeur, je ne souscris pas à sa position selon laquelle l'application de ces principes mène à la conclusion que la question dont est saisie la Cour n'est pas justiciable. La thèse du défendeur peut avoir un certain fondement en ce qui concerne les mesures de redressement que les demandeurs tentent d'obtenir en l'espèce. Si la Cour concluait à l'inconstitutionnalité du processus actuel de nomination ou de promotion à la magistrature fédérale, il ne reviendrait manifestement pas à la Cour de donner des directives détaillées quant au remaniement du processus. Je considère plutôt que le rôle de la Cour, dans une telle situation, serait de préciser le fondement de l'inconstitutionnalité; il reviendrait ensuite aux autres organes du gouvernement, à la lumière des motifs de la Cour, de procéder au remaniement du processus de nomination.

[76] Cependant, il est tout à fait du ressort de la Cour de décider si un élément donné contrevient aux principes constitutionnels. Pour rendre une telle décision, il faut appliquer une norme juridique en tenant compte des dispositions constitutionnelles ou des principes de common law pertinents, ainsi que de la jurisprudence applicable. La Cour n'est pas appelée, lorsqu'elle se penche sur la constitutionnalité d'activités de la branche exécutive, à exprimer une opinion éclairée par des considérations morales ou politiques ou par d'autres considérations stratégiques. Je ne considère pas non plus que la mesure de redressement qui en découlerait n'aurait aucun effet concret. En fonction de la nature de la violation constitutionnelle constatée dans une affaire donnée, la Cour peut caractériser et mesurer cette violation de façon à éclairer les travaux que devront ensuite effectuer les autres branches du gouvernement afin d'y remédier.

[77] As for whether the Court is being asked to address arguments that are advanced solely in the hypothetical and abstract sense, I do not regard this application as raising this sort of concern. As explained in *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241, 451 D.L.R. (4th) 225, at paragraph 95, some constitutional principles are more general in their application than others, such that pleadings regarding the particular factual context of a specific individual's case is not always required for a matter to be justiciable.

[78] I have also considered the Respondent's argument that the process at issue in this application, leading to recommendations for appointments or elevations, lacks a sufficient legal component amenable to judicial review. The Respondent submits that recommendations made by the JACs to the Minister, and in turn by the Minister to Cabinet, can be reviewable only to the extent they affect the legality of the ultimate decision to appoint or elevate a particular judge. Simply put, the Respondent argues that while decisions relying on recommendations have legal effect, the recommendations themselves do not.

[79] This argument engages consideration of the Court's jurisdiction to conduct judicial review of Government activity. The Applicants' Amended Notice of Application states that they are bringing this application under section 18.1 of the Act. Subsection 18.1(1) provides that an application for judicial review may be made by anyone directly affected by the "matter" in respect of which relief is sought. Applicable jurisprudence has broadly defined a "matter", for purposes of this subsection, to embrace more than a decision and to include administrative action and anything in respect of which relief may be sought, including policy decisions and ongoing policies, where the allegation is that the policy is unlawful or unconstitutional (see *Fortune Dairy Products Limited v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 540 (*Fortune Dairy*), at paragraph 83; *May v. CBC/Radio Canada*, 2011 FCA 130 (*May*), at paragraph 10).

[77] Pour ce qui est de savoir si on demande à la Cour d'examiner des thèses formulées uniquement d'un point de vue hypothétique et abstrait, je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce. Comme il est écrit dans l'arrêt *Council of Canadians with Disabilities v. British Columbia (Attorney General)*, 2020 BCCA 241, 451 D.L.R. (4th) 225, au paragraphe 95, certains principes constitutionnels ont une application plus générale que d'autres, de sorte qu'il n'est pas toujours nécessaire, pour qu'une question soit justiciable, que l'instance porte sur des faits précis de la situation d'une personne donnée.

[78] J'ai également examiné la thèse du défendeur selon laquelle le processus en cause dans la présente demande, qui donne lieu aux recommandations quant aux nominations et aux promotions, ne présente pas d'aspect suffisamment juridique pour se prêter à un contrôle judiciaire. Le défendeur soutient que les recommandations formulées par les CCM au ministre, puis par le ministre au Cabinet, ne sont susceptibles de contrôle que dans la mesure où elles influent sur la légalité de la décision définitive de nommer ou de promouvoir un juge en particulier. En d'autres mots, le défendeur affirme que, bien que les décisions fondées sur les recommandations aient un effet juridique, les recommandations en tant que telles n'en ont pas.

[79] Il découle de cette thèse qu'il faut examiner la compétence qu'a la Cour de procéder au contrôle judiciaire des activités du gouvernement. Les demandeurs, dans leur avis de demande modifié, indiquent qu'ils déposent la présente demande en vertu de l'article 18.1 de la Loi. Le paragraphe 18.1(1) dispose qu'une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque est directement touché par l'« objet » de la demande. La jurisprudence applicable a donné une vaste portée au terme « objet », pour l'application de ce paragraphe, afin que cette disposition puisse viser non seulement les décisions, mais aussi les mesures administratives et toute question à l'égard de laquelle il est possible d'obtenir une réparation, y compris les décisions politiques et les politiques en vigueur dans les cas où il est allégué que la politique est illégale ou inconstitutionnelle (voir *Fortune Dairy Products Limited c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 540 (*Fortune Dairy*), au paragraphe 83; *May c. CBC/Radio Canada*, 2011 CAF 130 (*May*), au paragraphe 10).

[80] Based on the Respondent's submissions at the hearing of this application, I understand its arguments to be based at least in part on the position that the process that the Applicants seek to challenge does not represent a written policy. However, while the Applicants seek to rely on evidence as to the manner in which the process has been followed in particular instances, the general operation of the process is documented, as evidenced by exhibits attached to the affidavit of the Respondent's affiant, Mr. Lacasse.

[81] Mr. Lacasse explains that, as noted on the FJA's website, the federal judicial appointments process has been in place since 1988 and has been revised over the years. His affidavit includes several excerpts from FJA's website, including an excerpt from the webpage entitled *Overview of Federal Judicial Appointments*, a *Guide for Candidates* that summarizes the process, a *Questionnaire for Federal Judicial Appointments* that candidates must complete and submit to be considered for appointment, a *Code of Ethics* applicable to the operations of the JACs, and a set of *Guidelines for Judicial Advisory Committee Members*.

[82] The *Guide for Candidates* includes the following explanation of how federal judicial appointments are made following provision of recommendations by the relevant JAC:

> Federal judicial appointments are made by the Governor General acting on the advice of the federal Cabinet. A recommendation for appointment is made to Cabinet by the Minister of Justice with respect to the appointment of puisne judges, and by the Prime Minister with respect to the appointment of Chief Justices and Associate Chief Justices.
>
> The recommendation to Cabinet is made from amongst the names which have been previously reported by the committees to the Minister.
>
> Before recommending an appointment to Cabinet, the Minister may consult with members of the judiciary and the bar, with his or her appropriate provincial or territorial counterparts, as well as with members of the public. With respect to provincial and territorial court judges who

[80] D'après les observations formulées par le défendeur à l'audience, je crois comprendre que sa thèse repose, du moins en partie, sur le fait que le processus que les demandeurs contestent ne soit pas une politique écrite. Cependant, bien que les demandeurs tentent de se fonder sur des éléments de preuve concernant la façon dont le processus a été suivi dans des cas précis, le fonctionnement général du processus est documenté, comme le montrent les pièces jointes à l'affidavit du témoin du défendeur, M. Lacasse.

[81] M. Lacasse explique, tel que l'indique le site Web du CMF, que le processus de nomination à la magistrature fédérale est en place depuis 1988 et a fait l'objet de révisions au fil des ans. Son affidavit comprend plusieurs extraits du site Web du CMF, notamment un extrait de la page Web intitulée *Aperçu du régime de nomination à la magistrature fédérale*, un *Guide pour candidats* qui résume le processus, un *Questionnaire pour les candidats à une nomination à la magistrature fédérale* que les candidats doivent remplir et présenter afin d'être pris en considération en vue d'une nomination, un *Code d'éthique* applicable aux activités des CCM, ainsi qu'un ensemble de *Lignes directrices pour membres des comités consultatifs*.

[82] Le *Guide pour candidats* explique la façon dont les nominations à la magistrature fédérale se font une fois que le CCM concerné a fourni des recommandations :

> Les nominations à la magistrature fédérale sont faites par le gouverneur général sur l'avis du Cabinet fédéral. Les recommandations relatives aux nominations des juges puînés sont présentées au Cabinet par le ministre de la Justice, celles relatives aux juges en chef, et aux juges en chef associés étant la prérogative du premier ministre.
>
> Les recommandations au Cabinet sont tirées de la liste des personnes mentionnées dans les rapports adressés au ministre par les comités.
>
> Avant de faire une recommandation au Cabinet, le ministre peut consulter des membres de la magistrature et du Barreau, le procureur général de la province ou ministre de la Justice du territoire en cause, et des membres du grand public. Les juges de cours provinciales et territoriales qui

> apply for appointment to a superior court, the Minister may consult with that candidate's current Chief Judge, colleagues on the bench, as well as with the Chief Justice of the court for which the candidate is being considered. The Minister also welcomes the advice of any group or individuals on the considerations which should be taken into account when filling current vacancies.

[83] I appreciate that the Applicants' submissions in support of their application rely on consultations by the Minister that arguably extend beyond those referenced in the above passage. Indeed, Mr. Lacasse's own affidavit evidence is expressed somewhat more broadly, stating that before recommending an appointment the Minister may consult with anyone, including members of the judiciary and the bar, provincial or territorial counterparts, colleagues, and members of the public (my emphasis). I also note that the Respondent's written representations in support of its motion to strike describe Mr. Lacasse's affidavit as having provided a fulsome explanation of the applicable procedures and policies for federal judicial appointments. Regardless of whether fully documented in the portions of the FJA website in the record before the Court, I see no reason why the process at issue in this application is not amenable to judicial review under the principles explained in *Fortune Dairy* and *May.* Moreover, the Applicants' arguments also focus significantly upon the role of the JACs, and the Minister's role in appointing the members of the JAC, which are well documented in the material published by FJA.

[84] Finally, in support of their position on justiciability, the Respondent argues that adjudication of the issue raised by this application would undermine the rule of law in Canada. The Respondent notes that the Applicants assert they are not seeking to impugn any current federal judicial appointment or invalidate any decision by a federally appointed judge. However, the Respondent argues that the Applicants' position contains an irreconcilable contradiction. The Respondent submits that, if the federal judicial appointments process is unconstitutional, then logically this defect cannot be cured in a manner

> désirent être nommés à une cour supérieure, le ministre peut consulter le juge en chef de la cour où le juge exerce ses fonctions, ses collègues magistrats, ainsi que le juge en chef de la cour où il peut être nommé. Le ministre accueille également les avis des groupes ou personnes qui veulent faire valoir leurs points de vue quant aux facteurs dont il faudrait tenir compte pour combler les vacances existantes.

[83] Je reconnais que les observations des demandeurs à l'appui de leur demande découlent de consultations effectuées par le ministre qui vont sans doute au-delà de ce qui est présenté dans l'extrait qui précède. En effet, le propre témoignage par affidavit de M. Lacasse est un peu plus général; il indique qu'avant de recommander une nomination, le ministre peut consulter n'importe qui, y compris des membres de la magistrature ou du barreau, des homologues provinciaux ou territoriaux, des collègues et des membres du public (non souligné dans l'original). Je note également que le défendeur, dans ses observations écrites à l'appui de sa requête en radiation, indique que l'affidavit de M. Lacasse expliquait en détail les procédures et les politiques applicables aux nominations à la magistrature fédérale. Indépendamment de la question de savoir si les extraits du site Web du CMF figurant dans le dossier de la Cour présentent un portrait complet du processus en cause en l'espèce, je ne vois aucune raison de ne pas assujettir ce processus à un contrôle judiciaire conformément aux principes expliqués dans la décision *Fortune Dairy* et dans l'arrêt *May.* De plus, les arguments des demandeurs portent beaucoup sur le rôle des CCM ainsi que sur le rôle du ministre dans la nomination des membres des CCM, rôles qui sont bien expliqués dans les documents publiés par le CMF.

[84] Enfin, à l'appui de sa thèse concernant la justiciabilité, le défendeur affirme que la décision sur la question qui se pose en l'espèce ébranlerait la primauté du droit au Canada. Il note que les demandeurs font valoir qu'ils ne cherchent pas à contester des nominations actuelles à la magistrature fédérale, ni à invalider les décisions rendues par un juge nommé par le gouvernement fédéral. Toutefois, il affirme que la thèse des demandeurs présente une contradiction irrémédiable. Il prétend que, si le processus de nomination à la magistrature fédérale est inconstitutionnel, cette inconstitutionnalité ne peut pas

that effectively grandfathers past appointments and past judicial decisions made by those judges.

[85] The Respondent notes that the federal judicial appointments process has been in place since 1988 and that the most recent changes made in 2016 were aimed at increasing diversity and transparency. The Applicants' record includes criticism and commentary of aspects of the process in place both before and after 2016. Accordingly, the Respondent argues that the declarations the Applicants seek would necessarily have implications for all federal judicial appointments since 1988 and their decisions, such that the declaration sought by the Applicants would undermine the rule of law in Canada and upend our constitutional democracy.

[86] I find little merit to the Respondent's argument that the potential implications of the issue raised by the Applicants serve to make the issue non-justiciable. Such arguments might be relevant to the remedy that the Court would fashion if it identified a constitutional violation. However, I would not conclude based on such arguments that the question as to whether a constitutional violation exists is not a justiciable question.

[87] Before leaving this point, I wish to observe that the Respondent's argument raises the possibility that the issue raised in this application could have personal and professional implications for all individual judges currently serving on the courts to which this application relates. Obviously, this includes me, the Federal Court judge to whom adjudication of the application happens to have been assigned, which could raise concerns about my impartiality. Neither party has raised any suggestion that I should recuse myself from adjudication of this application. However, I do wish that these Reasons reflect that I am conscious of this point.

[88] It is nevertheless my view that, subject to the Applicants being granted public interest standing after addressing the remaining factor of the test in the next portion

logiquement être corrigée d'une façon qui maintienne efficacement les nominations antérieures de juges et les décisions passées rendues par ces juges.

[85] Le défendeur note que le processus de nomination à la magistrature fédérale existe depuis 1988 et que les derniers changements, apportés en 2016, visaient à améliorer la diversité et la transparence. Le dossier des demandeurs comprend une critique et des observations quant à des aspects du processus en place avant et après 2016. Le défendeur affirme donc que le jugement déclaratoire sollicité par les demandeurs aurait forcément des répercussions sur toutes les nominations à la magistrature fédérale depuis 1988 et sur les décisions rendues par les juges nommés, de sorte qu'il ébranlerait la primauté du droit au Canada et bouleverserait notre démocratie constitutionnelle.

[86] Je juge peu fondée la thèse du défendeur selon laquelle les répercussions possibles de la question soulevée par les demandeurs rendent cette question non justiciable. Ce type d'argument pourrait être utile au regard de la mesure de redressement que la Cour établirait si elle devait constater une violation de la Constitution. Je n'irais cependant pas jusqu'à conclure, sur le fondement d'une telle thèse, que la question de savoir si une violation de la Constitution existe n'est pas une question justiciable.

[87] Avant de terminer sur ce point, je souhaite faire observer que la thèse du défendeur ouvre la possibilité que la question soulevée en l'espèce ait des conséquences sur les plans personnel et professionnel pour tous les juges siégeant actuellement aux cours visées par la présente demande. J'en fais bien entendu partie, en tant que juge de la Cour fédérale appelé à me prononcer sur la présente demande, ce qui pourrait mettre en doute mon impartialité. Les parties n'ont pas évoqué la possibilité que je doive me récuser et renoncer à me prononcer sur la présente demande. Toutefois, je tiens à ce que les présents motifs témoignent du fait que je suis conscient de cette situation.

[88] Je suis néanmoins d'avis que, sous réserve de l'obtention, par les demandeurs, de la qualité pour agir dans l'intérêt public une fois que le dernier facteur du

of these Reasons, I am permitted, and arguably obliged, to adjudicate this application. This result follows from the doctrine of necessity, a principle explained by the Supreme Court of Canada in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3, 155 D.L.R. (4th) 1 (*PEI Judges*). Although there is a general rule that a judge who is not impartial is disqualified from hearing a case, there is an exception to this rule that allows a judge who would otherwise be disqualified to hear the case nonetheless, if there is no impartial judge who can take their place (at paragraph 4). Referred to as the doctrine of necessity, *PEI Judges* (at paragraph 6) adopted the following articulation of the doctrine from *Halsbury's Laws of England,* 4th ed., Vol. 1(1). London: Butterworths, 1989, at paragraph 93:

> If all members of the only tribunal competent to determine the matter are subject to disqualification, they may be authorized and obliged to hear and determine the matter by virtue of the operation of the common law doctrine of necessity.

[89] This doctrine should not be applied mechanically and will not apply in circumstances where its application would involve positive and substantial injustice or beyond the extent that necessity justifies (see *PEI Judges*, at paragraph 7).

[90] Under subsection 18(1) of the Act, the Federal Court has exclusive jurisdiction in this matter. Any current member of the Federal Court would be equally subject to the impartiality concerns articulated above. As such, the doctrine of necessity applies to the case at hand.

(3) Reasonable and Effective Way to Bring the Issue Before the Courts

[91] Turning to the last factor of the test for public interest standing, the Respondent argues that this application is not a reasonable or effective way to address

critère aura été examiné dans la prochaine partie des présents motifs, j'ai le droit et, pourrait-on soutenir, l'obligation de me prononcer sur la présente demande. Cette conclusion découle de la théorie de la nécessité, un principe expliqué par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3 (*Juges de l'Î.-P.-É.*). La règle générale selon laquelle un juge qui n'est pas impartial est inhabile à entendre une affaire connaît une exception. Cette exception permet à un juge qui, sans elle, serait inhabile à connaître d'un litige d'entendre quand même cette affaire dans les cas où il n'y a pas de juge impartial en mesure de le remplacer (au paragraphe 4). L'arrêt *Juges de l'Î.-P.-É.* (au paragraphe 6) a adopté la théorie de la nécessité exposée de la manière suivante dans l'ouvrage *Halsbury's Laws of England* (4e éd., vol 1(1), Londres : Butterworths, 1989, au paragraphe 93 :

> [TRADUCTION] Si tous les juges du seul tribunal compétent pour trancher une affaire sont susceptibles d'être frappés d'inhabilité, ils peuvent néanmoins être autorisés à entendre et à trancher cette affaire – et même contraints de le faire – par l'application de la doctrine de la nécessité qui existe en common law.

[89] Cette théorie ne devrait pas être appliquée machinalement et ne s'applique pas dans les cas où elle entraînerait une injustice concrète et substantielle, ni au-delà de la mesure justifiée par la nécessité (voir *Juges de l'Î.-P.-É.*, au paragraphe 7).

[90] Le paragraphe 18(1) de la Loi confère à la Cour fédérale compétence exclusive à cet égard [c-à-d. en l'espèce]. Tout membre actuel de la Cour fédérale serait également visé par les préoccupations énoncées ci-dessus quant à l'impartialité. La théorie de la nécessité s'applique donc à l'espèce.

3) Manière raisonnable et efficace de soumettre la question aux tribunaux

[91] En ce qui concerne le dernier facteur du critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public, le défendeur affirme que la présente demande ne constitue pas une

the issue the Applicants seek to raise. In particular, the Respondent argues that the Applicants have failed to put forward a proper evidentiary record, such that there are no concrete facts for the Court to adjudicate. The Respondent submits that the Court is being asked to address this application in a factual vacuum, contrary to the guidance in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pages 361–362, 61 D.L.R. (4th) 385.

[92] I disagree with the Respondent's position that the Court is without a factual matrix to support adjudication of the issue raised by the Applicants. I appreciate that the bulk of the Applicants' proposed evidence has been ruled inadmissible. However, in addition to the evidence that has survived the Respondent's motion to strike, the Court has the benefit of the Respondent's evidence, including Mr. Lacasse's affidavit explaining the judicial appointments and elevations processes and the exhibits thereto, which speak in some detail to the functioning of the JACs. As previously noted, the Respondent's submissions on the motion to strike included the argument that the Applicants' evidence was unnecessary, because Mr. Lacasse has direct knowledge of the applicable procedures and policies for federal judicial appointments and has provided a fulsome explanation thereof.

[93] Having considered the parties' arguments on the factors relevant to the test for public interest standing, I am satisfied that such standing should be granted to the Applicants.

E. *Do the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate section 96 of the Constitution, section 7, paragraph 11(d), and/or subsection 24(1) of the Charter, unwritten constitutional principles of judicial independence and/or the rule of law?*

[94] This brings me to adjudication of the substantive issue raised by this application. While the above articulation of the issue identifies several sources of

manière raisonnable ni efficace d'examiner la question que les demandeurs veulent soulever. Plus précisément, le défendeur soutient que les demandeurs n'ont pas présenté de dossier de preuve approprié et que la Cour n'a donc pas de faits concrets à juger. Selon lui, on demande à la Cour d'examiner la présente demande hors de tout contexte factuel, contrairement aux enseignements de l'arrêt *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pages 361–362.

[92] Je ne souscris pas à la position du défendeur selon laquelle la Cour ne dispose pas d'un cadre factuel lui permettant de se prononcer sur la question soulevée par les demandeurs. Je reconnais que l'essentiel des éléments de preuve proposés par les demandeurs a été jugé inadmissible. Cependant, en plus des éléments de preuve qui ont survécu à la requête en radiation du défendeur, la Cour peut compter sur les éléments de preuve du défendeur, notamment l'affidavit dans lequel M. Lacasse explique les processus de nomination et de promotion à la magistrature, ainsi que les pièces qui y sont jointes, qui traitent de manière assez détaillée du fonctionnement des CCM. Comme je l'ai indiqué plus haut, les observations du défendeur quant à la requête en radiation comprenaient l'argument selon lequel les éléments de preuve des défendeurs n'étaient pas nécessaires parce que M. Lacasse a une connaissance directe des procédures et des politiques applicables aux nominations à la magistrature fédérale et en a donné une explication complète.

[93] Après avoir examiné les thèses des parties quant aux facteurs applicables au critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public, je conclus que cette qualité doit être reconnue aux demandeurs.

E. *Les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent-ils à l'article 96 de la Constitution, à l'article 7, à l'alinéa 11d) et au paragraphe 24(1) de la Charte, ainsi qu'aux principes de justice fondamentale non écrits d'indépendance de la magistrature et de primauté du droit?*

[94] Cela m'amène à trancher la question de fond soulevée par la présente demande. Bien que la formulation de la question ci-dessus renvoie à plusieurs sources de

constitutional law on the subject of judicial independence, the Applicants rely on the sources simply to support their assertion that the Constitution, the Charter, and related common law principles all require and depend on an independent and impartial judiciary. I do not understand the Respondent to take issue with the assertion that the requirement for judicial independence and impartiality is a constitutional imperative in Canada. Indeed, the Respondent describes judicial independence as a cornerstone of Canadian democracy. It is accordingly not necessary for the Court to engage in any detailed analysis of the particular provisions of the Constitution or the Charter referenced by the Applicants in order to arrive at this conclusion.

[95] I will shortly turn to applicable jurisprudence that has dimensioned the principles of judicial independence and impartiality and how they are applied in Canadian law. However, it is useful first to articulate with some precision my understanding of how the Applicants frame their position that the federal judicial appointments and elevations systems infringe these principles. I will then canvass the evidence relevant to the Applicant's arguments. To the extent that their position relies on evidence that has been excluded, I will not include those aspects of the Applicants' arguments.

[96] The Applicants submit that the Minister's involvement in the appointment of the majority of the members of the JACs, and the subsequent involvement of members of the ruling party in the consultations conducted by the Minister in developing recommendations to Cabinet, demonstrate a degree of political interference in the federal judicial appointments process that violates the principles of judicial independence and impartiality. The Applicants also emphasize that, as there is no JAC involvement in the judicial elevations process, the Minister is solely responsible for developing recommendations to Cabinet for elevations. The Applicants argue that, as a result of these characteristics of the appointments and elevations processes, a reasonable, well-informed person would conclude that partisan and political influence and interference form part of the processes, giving rise to an appearance of institutional bias.

droit constitutionnel sur l'indépendance judiciaire, les demandeurs ne les invoquent que pour étayer leur thèse selon laquelle la Constitution, la Charte et les principes connexes de common law nécessitent tous l'indépendance et l'impartialité des magistrats et en dépendent. Je crois comprendre que le défendeur ne conteste pas l'affirmation selon laquelle l'indépendance et l'impartialité judiciaires sont un impératif constitutionnel au Canada. En effet, le défendeur affirme que l'indépendance judiciaire est un des fondements de la démocratie canadienne. La Cour n'a donc pas besoin, pour parvenir à cette conclusion, de se livrer à une analyse détaillée des dispositions précises de la Constitution ou de la Charte invoquées par les demandeurs.

[95] J'examine un peu plus loin la jurisprudence applicable qui a établi la portée des principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires, ainsi que la façon dont ils sont appliqués en droit canadien. Toutefois, il convient d'abord d'exposer précisément mon interprétation de la façon dont les demandeurs présentent leur thèse selon laquelle les systèmes de nomination et de promotion à la magistrature fédérale violent ces principes. Ensuite, j'examine les éléments de preuve se rapportant aux observations des demandeurs. Étant donné qu'ils appuient leur position sur des éléments de preuve qui ont été exclus, je n'examine pas ces aspects des observations des demandeurs.

[96] Les demandeurs soutiennent que la part que prend le ministre dans la nomination de la majorité des membres des CCM puis celle que prennent des membres du parti au pouvoir dans les consultations menées par le ministre avant de formuler ses recommandations au Cabinet témoignent d'une certaine ingérence politique dans le processus de nomination à la magistrature fédérale, ce qui contrevient aux principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires. Ils soulignent également que, puisque les CCM ne participent pas au processus de promotion au sein de la magistrature, le ministre assume seul la responsabilité de formuler des recommandations au Cabinet en ce qui concerne les promotions. Ils soutiennent que ces caractéristiques des processus de nomination et de promotion amèneraient une personne raisonnable et bien informée à conclure que l'influence et l'ingérence politiques et partisanes font partie

[97] The Applicants also submit that these systems have produced a judiciary membership in which women, visible minorities, and Indigenous people are underrepresented. They argue that, particularly given the overrepresentation of groups such as Black and Indigenous people before the courts, a judiciary in which these groups are significantly underrepresented risks undermining or actually undermines public confidence in the impartiality of the judiciary.

[98] Turning to the evidence, there appears to be little substantive controversy between the parties on the role and operation of the JACs. The Applicants' submissions focus on the fact that three members (from the general public) of each seven-member JAC are appointed outright by the Minister, without the benefit of any nomination process other than the applications by the members of the public who are interested in participating on the JAC. The Applicants further emphasize that three other members of each JAC, while chosen from a list of nominations by each of the provincial or territorial law society, the provincial or territorial branch of the CBA, and the provincial Attorney General or territorial Minister of Justice, are also ultimately appointed by the Minister. I do not understand the Respondent to dispute any of this evidence, although the Respondent emphasizes that, although the Minister appoints the latter three JAC members referenced above, the Minister must choose from the list provided by the nominating body.

[99] There is perhaps greater controversy between the parties related to the process that occurs between the Minister's receipt of JAC recommendations and the Minister making a recommendation to Cabinet on a judicial appointment (or the Minister making a recommendation to Cabinet on a judicial elevation). However, on the evidence before the Court, this controversy relates more to the parties' characterization of the process than to the underlying facts.

du processus, ce qui donne une apparence de partialité institutionnelle.

[97] Les demandeurs ajoutent que ces systèmes ont créé une magistrature au sein de laquelle les femmes, les minorités visibles et les Autochtones sont sous-représentés. Ils soutiennent que, particulièrement au vu de la surreprésentation de groupes tels que les Noirs et les Autochtones devant les tribunaux, la sous-représentation de ces groupes au sein de la magistrature risque de nuire ou nuit effectivement à la confiance du public en l'impartialité des juges.

[98] En ce qui concerne les éléments de preuve, il n'y a apparemment guère de controverse réelle entre les parties quant au rôle et au fonctionnement des CCM. Les observations des demandeurs portent principalement sur le fait que les trois membres (issus du grand public) de chaque CCM, comptant sept membres, sont nommés directement par le ministre, sans qu'il y ait de processus de nomination autre que les candidatures présentées par les membres du public qui souhaitent faire partie du CCM. Les demandeurs soulignent de plus que la décision de nommer trois autres membres de chaque CCM revient également au ministre, bien que ces personnes soient choisies dans une liste de noms préparée par chacun des barreaux provinciaux ou territoriaux, la division provinciale ou territoriale de l'ABC, ainsi que le procureur général provincial ou le ministre de la Justice territorial. Il ne me semble pas que le défendeur conteste ces éléments de preuve, même s'il insiste sur le fait que le ministre, bien qu'il nomme ces trois derniers membres des CCM, fait son choix à partir de la liste fournie par l'organisme qui prépare les candidatures.

[99] Les parties expriment peut-être davantage de divergences en ce qui concerne le processus qui se déroule entre le moment où le ministre reçoit les recommandations des CCM et le moment où il recommande au Cabinet de procéder à une nomination à la magistrature (ou le moment où il recommande au Cabinet qu'un juge fasse l'objet d'une promotion). Toutefois, au vu des éléments de preuve dont dispose la Cour, ce débat est davantage lié à la façon dont les parties conçoivent le processus qu'aux faits sous-jacents.

[100] It is common ground between the parties that, between receiving JAC recommendations and deciding whom to recommend to Cabinet for appointment, the Minister may consult with anyone. The Applicants argue that this stage of the process introduces concerns about political interference and influence in the appointment process. To support this concern, the Applicants rely on Exhibits C, D, and E of the Second Conacher Affidavit as demonstrating consultation with persons connected to the ruling party. These exhibits demonstrate the following:

A. Exhibit C—On April 12, 2018, the Policy and Parliamentary Affairs Advisor in the Office of the Minister sent an email to an individual who appears to be Counsel with the Canada Revenue Agency, asking him to check with his boss as to whether she has any issues with a particular candidate for an appointment. The Second Conacher Affidavit describes this individual as the Senior Communications Advisor and Issues Manager for the Minister of National Revenue. The email chain demonstrates that this individual agreed to check with his boss and revert.

B. Exhibit D—On August 14, 2018, an individual whom the Second Conacher Affidavit describes as the Advisor, Public Appointments at the Prime Minister's Office sent an email to individuals described in the Second Conacher Affidavit as the Judicial Appointment Coordinator and the Regional and Parliamentary Affairs Advisor at the Minister's office, identifying what is referred to as missing "caucus feedback" concerning certain candidates for judicial appointments. The Second Conacher Affidavit describes this email as requesting an update on consultations with Liberal Party Members of Parliament. One of the persons, from whom the email identifies feedback to be missing, is expressly described as an "MP".

[100] Les parties s'entendent sur le fait que le ministre peut consulter les personnes de son choix entre le moment où il reçoit les recommandations des CCM et le moment où il décide des candidats dont il recommandera la nomination au Cabinet. Les demandeurs soutiennent que cette étape du processus soulève des doutes quant à l'ingérence et à l'influence politiques dans le processus de nomination. À l'appui, ils se fondent sur les pièces C, D et E du deuxième affidavit de M. Conacher, qui selon eux prouvent que des consultations sont menées auprès de personnes liées au parti au pouvoir. Il ressort ce qui suit de ces pièces :

A. Pièce C : le 12 avril 2018, le conseiller des politiques et affaires parlementaires au sein du Bureau du ministre a envoyé un courriel à une personne qui serait un avocat à l'Agence du revenu du Canada, dans lequel il lui demandait de se renseigner auprès de sa supérieure pour savoir si la nomination d'un certain candidat lui posait problème. Selon le deuxième affidavit de M. Conacher, cette personne est le conseiller principal aux communications et gestionnaire des enjeux de la ministre du Revenu national. L'échange de courriels montre que cette personne a accepté de se renseigner auprès de sa supérieure et de redonner des nouvelles à ce sujet.

B. Pièce D : le 14 août 2018, une personne présentée dans le deuxième affidavit de M. Conacher comme étant le conseiller en nominations publiques au bureau du premier ministre a envoyé un courriel à des personnes présentées dans le deuxième affidavit de M. Conacher comme étant le coordonnateur aux nominations à la magistrature et le conseiller aux affaires régionales et parlementaires au bureau du ministre, dans lequel il était question de l'absence de [TRADUCTION] « commentaires du groupe parlementaire » au sujet de certains candidats à des postes de magistrat. Selon le deuxième affidavit de M. Conacher, on demandait dans ce courriel les dernières nouvelles sur les consultations menées auprès des députés libéraux. Il est mentionné expressément dans le courriel que l'une des personnes qui n'auraient pas fourni de commentaires était un député.

C. Exhibit E—On November 23, 2018, the Office Director and Political Attaché for the Minister of International Development sent an email to an individual described in the Second Conacher Affidavit as the Parliamentary Affairs Advisor and Parliamentary Secretary Assistant at the Minister's office, stating that the Minister of International Development does not know any of the three lawyers mentioned yesterday. The subject line of this email suggests that the inquiry relates to candidates for a judicial appointment.

[101] Based on these exhibits, I accept that there is evidence before the Court supporting the Applicants' position that consultations conducted before the Minister makes a recommendation to Cabinet on a judicial appointment can include consultations with other ministers and Members of Parliament in the caucus of the ruling party. However, my understanding is that the Respondent does not particularly dispute that consultations of this nature may occur. As previously noted, the Respondent's evidence acknowledges that the Minister may consult with anyone. Moreover, in oral submissions the Respondent did not take the position that the Minister's consultations do not extend to other politicians. Rather, the Respondent argues that, as Cabinet appoints judges and as Cabinet is a political body, there is necessarily some level of political involvement in the appointment process.

[102] The question for the Court's determination is whether these features of the process offend the principles of judicial independence and impartiality. Both for its explanation of these principles and in support of their position that these principles are violated, the Applicant relies significantly on the analysis in *Valente*. In that case, the Supreme Court was tasked to determine what was meant by an independent tribunal for purposes of paragraph 11(d) of the Charter (the right of a person charged with an offence to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal). In arriving at that determination, Justice Le Dain (writing for the

C. Pièce E : le 23 novembre 2018, le directeur du bureau et attaché politique du ministre du Développement international a envoyé un courriel à une personne présentée dans le deuxième affidavit de M. Conacher comme étant le conseiller aux affaires parlementaires et assistant du secrétaire parlementaire au bureau du ministre, dans lequel il est écrit que le ministre du Développement international ne connaissait aucun des trois avocats mentionnés la veille. D'après la ligne d'objet de ce courriel, la demande de renseignements concerne des candidats à des postes de magistrat.

[101] Sur le fondement de ces pièces, je reconnais que la Cour dispose d'éléments de preuve à l'appui de la thèse des demandeurs selon laquelle les consultations menées avant que le ministre formule une recommandation au Cabinet relativement à une nomination à la magistrature peuvent comprendre des consultations auprès d'autres ministres et députés faisant partie du groupe parlementaire du parti au pouvoir. Cependant, je crois comprendre que le défendeur ne conteste pas précisément le fait que ce type de consultation ait lieu. Comme je l'ai déjà indiqué, les éléments de preuve du défendeur montrent que le ministre peut consulter qui bon lui semble. En outre, dans ses observations orales, le défendeur n'a pas fait valoir que les consultations menées par le ministre n'incluaient pas de consultations auprès d'autres politiciens. Il affirme plutôt que le processus de nomination comporte forcément un certain degré d'intervention politique puisque les juges sont nommés par le Cabinet, qui est un organe politique.

[102] La question que la Cour doit trancher est de savoir si ces caractéristiques du processus enfreignent les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires. Les demandeurs, pour expliquer ces principes et étayer leur thèse concernant la violation de ces principes, s'appuient fortement sur l'analyse effectuée dans l'arrêt *Valente*. Dans cet arrêt, la Cour suprême devait déterminer le sens des mots « tribunal indépendant » pour l'application de l'alinéa 11d) de la Charte (le droit d'un inculpé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable). Pour ce faire, le juge Le Dain (s'exprimant

Court) canvassed in considerable detail the meaning of judicial independence. As the Applicants note, the Court explained as follows the distinction between the related concepts of judicial impartiality and judicial independence (at page 685):

> …. Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" as Howland C.J.O. noted, connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(*d*) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

[103] As identified earlier in these Reasons, Justice Le Dain's subsequent analysis confirmed that, as with impartiality, the test for judicial independence requires assessment of the public perception, that is whether the public would perceive that a court enjoys essential objective conditions or guarantees of such independence (at page 689):

> Although judicial independence is a status or relationship resting on objective conditions or guarantees, as well as a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, it is sound, I think, that the test for independence for purposes of s. 11(*d*) of the *Charter* should be, as for impartiality, whether the tribunal may be reasonably perceived as independent. Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial, and that the test for independence should include that perception. The perception must, however, as I have suggested, be a perception of whether the tribunal enjoys the essential objective conditions or guarantees of judicial independence, and not a perception of how it will in fact act, regardless of whether it enjoys such conditions or guarantees.

au nom de la Cour) a analysé minutieusement ce que signifie « indépendance judiciaire ». Comme le notent les demandeurs, la Cour a expliqué de la façon suivante la distinction entre les notions connexes d'impartialité judiciaire et d'indépendance judiciaire (à la page 685) :

> ... Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme « impartial », comme l'a souligné le juge en chef Howland, connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme « indépendant », à l'al. 11*d*), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

[103] Tel que je l'ai indiqué plus haut, le juge Le Dain a ensuite confirmé dans son analyse que, tout comme pour l'impartialité, le critère relatif à l'indépendance judiciaire nécessite que soit évaluée la perception du public, c'est-à-dire de savoir si le public estimerait qu'un tribunal jouit des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire (à la page 689) :

> Même si l'indépendance judiciaire est un statut ou une relation reposant sur des conditions ou des garanties objectives, autant qu'un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, il est logique, à mon avis, que le critère de l'indépendance aux fins de l'al. 11*d*) de la *Charte* soit, comme dans le cas de l'impartialité, de savoir si le tribunal peut raisonnablement être perçu comme indépendant. Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial et que le critère de l'indépendance comporte cette perception qui doit toutefois, comme je l'ai proposé, être celle d'un tribunal jouissant des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire, et non pas une perception de la manière dont il agira en fait, indépendamment de la question de savoir s'il jouit de ces conditions ou garanties.

[104] As observed earlier in these Reasons, the test for independence therefore asks (similar to the classic test for a reasonable apprehension of bias) whether a reasonable person, who is fully informed of all the circumstances, would consider that a particular court enjoys the necessary independent status.

[105] As the Applicants note, both judicial independence and judicial impartiality have individual and institutional aspects (see *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at page 140, 128 N.R. 1 (*Lippé*)). It is in relation to the institutional aspect that the Applicants assert their position in the case at hand. As with institutional independence, the test for institutional impartiality is that described in *Valente* (see *Lippé*, at page 143).

[106] After identifying the applicable test, *Valente* analysed what should be considered as the essential conditions of judicial independence. Noting that the concept of judicial independence has been an evolving one, Justice Le Dain reviewed relevant constitutional and statutory provisions, academic commentary, and reports (including the report of a CBA committee on judicial independence mentioned earlier in these Reasons) and identified the following three essential conditions or core characteristics of judicial independence (at pages 691–712):

A. security of tenure—a tenure that is secure against interference by the executive or other appointing authority in a discretionary or arbitrary manner (at page 698);

B. financial security—security of salary or other remuneration and, where appropriate, security of pension, established by law and not subject to arbitrary interference by the executive (at page 704); and

C. administrative independence—institutional independence of the tribunal with respect to matters of administration bearing directly on the exercise of its judicial function (at page 708).

[104] Comme je l'ai fait observer plus haut dans les présents motifs, le critère de l'indépendance pose la question de savoir (comme le critère classique de la crainte raisonnable de partialité) si une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances considérerait qu'un tribunal donné jouit du statut indépendant requis.

[105] Les demandeurs notent que l'indépendance judiciaire, tout comme l'impartialité judiciaire, comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel (voir *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114 (*Lippé*), à la page 140). En l'espèce, la thèse des demandeurs se rapporte à l'aspect institutionnel. Comme pour l'indépendance institutionnelle, le critère applicable à l'impartialité institutionnelle est celui énoncé dans l'arrêt *Valente* (voir *Lippé*, à la page 143).

[106] Une fois le critère applicable défini, les juges dans l'arrêt *Valente* ont analysé ce qui devrait être considéré comme étant les conditions essentielles de l'indépendance judiciaire. Soulignant que la notion d'indépendance judiciaire a évolué, le juge Le Dain a examiné les dispositions constitutionnelles et légales pertinentes, la doctrine et les rapports (notamment le rapport d'un comité de l'ABC sur l'indépendance de la magistrature mentionné plus haut dans les présents motifs) et a établi trois conditions ou caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire (aux pages 691–712) :

A. inamovibilité — charge à l'abri de toute intervention discrétionnaire ou arbitraire de la part de l'exécutif ou de l'autorité responsable des nominations (à la page 698);

B. sécurité financière — un traitement ou une autre rémunération assurés et, lorsqu'il y a lieu, une pension assurée, qui soient prévus par la loi et ne soient pas assujettis aux ingérences arbitraires de l'exécutif (à la page 704);

C. indépendance administrative — indépendance institutionnelle du tribunal relativement aux questions administratives qui ont directement un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires (à la page 708).

[107] These conditions have been confirmed and applied in numerous subsequent authorities (see, e.g., *PEI Judges*, at paragraphs 115–117; *Ell v. Alberta*, 2003 SCC 35, [2003] 1 S.C.R. 857, at paragraph 28; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice); Ontario Judges' Assn. v. Ontario (Management Board); Bodner v. Alberta; Conférence des juges du Québec v. Quebec (Attorney General); Minc v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 44, [2005] 2 S.C.R. 286, at paragraph 7; *BC Judges*, at paragraph 31).

[108] The Respondent notes that the Applicants do not allege that the judicial appointments or elevations processes compromise any of these three core characteristics or conditions of judicial independence. Rather, the Applicants ask the Court to find an additional condition that, unlike the characteristics identified in the jurisprudence that achieve independence through their operation following judicial appointment, would apply to the particular process leading up to the appointment. The Respondent submits that there is no authority supporting the imposition of such a condition and that such a condition would be contrary to the role the Constitution assigns to the Cabinet in the appointment of judges.

[109] The Applicants argue that there is authority for their position, found both in applicable jurisprudence and in other sources of the sort canvassed in *Valente*. Indeed, they submit that *Valente* itself supports their position, citing the following passage from Justice Le Dain's analysis (at page 692):

> Conceptions have changed over the years as to what ideally may be required in the way of substance and procedure for securing judicial independence in as ample a measure as possible. Opinions differ on what is necessary or desirable, or feasible. This is particularly true, for example, of the degree of administrative independence or autonomy it is thought the courts should have. It is also true of the extent to which certain extra-judicial activity of judges may be perceived as impairing the reality or perception of judicial independence. There is renewed concern about the procedure and criteria for the appointment of judges as that may bear on the perception of judicial

[107] Ces conditions ont été confirmées et appliquées dans de nombreuses décisions subséquentes (voir, p. ex., *Juges de l'Î.-P.-É.*, aux paragraphes 115–117; *Ell c. Alberta*, 2003 CSC 35, [2003] 1 R.C.S. 857, au paragraphe 28; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice); Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion); Bodner c. Alberta; Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général); Minc c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 44, [2005] 2 R.C.S. 286, au paragraphe 7; *BC Judges*, au paragraphe 31).

[108] Le défendeur note que les demandeurs ne prétendent pas que les processus de nomination ou de promotion à la magistrature manquent à ces trois conditions ou caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire. Les demandeurs souhaitent plutôt que la Cour reconnaisse une condition supplémentaire qui s'appliquerait précisément au processus menant à une nomination, contrairement aux caractéristiques définies dans la jurisprudence, lesquelles assurent l'indépendance judiciaire par leur application après la nomination à la magistrature. Le défendeur soutient qu'aucun précédent ne justifie l'imposition d'une telle condition, qui irait à l'encontre du rôle que la Constitution attribue au Cabinet en ce qui concerne la nomination des juges.

[109] Les demandeurs soutiennent qu'il existe des précédents au soutien de leur thèse, à la fois dans la jurisprudence applicable et dans d'autres sources comme celles examinées dans l'arrêt *Valente*. En effet, ils affirment que l'arrêt *Valente* lui-même étaye leur thèse et citent, à cet égard, ce passage de l'analyse effectuée par le juge Le Dain (à la page 692) :

> Les idées ont évolué au cours des années sur ce qui idéalement peut être requis, sur le plan du fond comme sur celui de la procédure, pour assurer une indépendance judiciaire aussi grande que possible. Les opinions diffèrent sur ce qui est nécessaire ou souhaitable, ou encore réalisable. Cela est particulièrement vrai, par exemple, en ce qui concerne le degré d'indépendance ou d'autonomie que les tribunaux, pense-t-on devraient avoir sur le plan administratif. Cela est vrai aussi de la mesure dans laquelle certaines activités extrajudiciaires des juges peuvent être perçues comme portant atteinte à la réalité ou à la perception de l'indépendance judiciaire. Il y a un

> independence. Professional and lay concern about judicial independence has increased with the new power and responsibility given to the courts by the *Charter*. Reports and speeches on the subject of judicial independence in recent years have urged the general adoption of the highest standards or safeguards, not only with respect to the traditional elements of judicial independence, but also with respect to other aspects now seen as having an important bearing on the reality and perception of judicial independence.… [Emphasis added]

[110] Turning first to the non-judicial sources upon which the Applicants rely, I note that, in addition to the Harrington Article, the CBA Statement, and the BIPOC Letter, the Applicants seek to rely on a document they included in their Book of Authorities—a press release by the Canadian Judicial Council (CJC) dated February 20, 2007, and entitled "Judicial Appointments: Perspective from the Canadian Judicial Council" (CJC Press Release). The Respondent takes issue with the Applicants' inclusion of this document as an authority when it is not in evidence. I disagree with the Respondent's position, as I regard the role of this document to be the same as those identified above—i.e., to potentially inform an assessment of the legal content of the principle of judicial independence the Court is required to apply in adjudicating this application.

[111] It appears from the CJC Press Release that it was prompted by changes made in 2006 to the composition and functioning of the JACs. In particular, the changes eliminated the distinction between "recommended" and "highly recommended" for the assessment of candidates. These changes also increased the number of members serving on a JAC and eliminated the vote previously afforded to the member representing the judiciary, such that the Government was appointing a majority of the voting members. In that context, the CJC expressed concerns that the JACs may neither be, nor be seen to be, fully independent of the Government.

> regain d'intérêt pour la procédure et les critères de nomination des juges, car ils peuvent avoir un effet sur la perception de l'indépendance judiciaire. Les préoccupations des juristes et des profanes concernant l'indépendance judiciaire se sont accrues avec les nouvelles attributions et responsabilités que la *Charte* a conférées aux tribunaux. Dans des rapports et des discours sur l'indépendance judiciaire, on a réclamé, ces dernières années, l'adoption généralisée des plus hautes normes ou garanties, non seulement à l'égard des éléments traditionnels de l'indépendance judiciaire, mais aussi à l'égard des autres aspects considérés aujourd'hui comme ayant un effet important sur la réalité et la perception de l'indépendance judiciaire. [...] [Non souligné dans l'original.]

[110] Tout d'abord, en ce qui a trait aux sources non judiciaires sur lesquelles s'appuient les demandeurs, je note qu'en plus de l'article de M^me^ Harrington, de la déclaration de l'ABC et de la lettre sur les PANDC, les demandeurs veulent se fonder sur un document qu'ils ont inclus dans leur recueil de jurisprudence, à savoir un communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature daté du 20 février 2007 et intitulé « Nominations à la magistrature : la perspective du Conseil canadien de la magistrature » (communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature). Le défendeur s'oppose à ce que les demandeurs incluent ce document comme s'il s'agissait d'un article de doctrine alors qu'il ne fait pas partie des éléments de preuve. Je ne souscris pas à la position du défendeur puisque je considère que ce document a le même rôle que ceux mentionnés plus haut, c'est-à-dire qu'il est susceptible de guider l'appréciation du contenu juridique du principe d'indépendance judiciaire que la Cour doit appliquer pour se prononcer sur la présente demande.

[111] Le communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature semble découler de changements apportés à la composition et au fonctionnement des CCM en 2006. Plus précisément, un des changements a été de supprimer la distinction entre « recommandé » et « fortement recommandé » lors de l'évaluation des candidats. Un autre changement a été l'augmentation du nombre de membres nommés à un CCM et la suppression du droit de vote dont bénéficiait auparavant le représentant de la magistrature, ce qui a eu pour conséquence que le gouvernement nommerait désormais la majorité des membres votants. Dans ce contexte, le Conseil canadien

de la magistrature s'est inquiété du fait que les CCM puissent ne pas être complètement indépendants du gouvernement et ne pas être perçus comme tels.

[112] Obviously, commentary from a body such as the CJC, which is composed of Chief Justices and Associate Chief Justices across Canada, is worthy of attention. However, I agree with the Respondent's position that, because the CJC Press Release is 15 years old and was commenting upon an earlier version of the federal judicial appointments process, its persuasiveness for purposes of the issue presently before the Court is necessarily limited. The Court does not have the benefit of evidentiary details surrounding the detailed composition and functioning of the JACs before and after the 2006 changes referenced by the CJC. For instance, it is not clear whether the then new structure upon which the CJC was commenting involved appointments by Government from a short list of nominees by independent bodies such as provincial or territorial law societies, the CBA, or a relevant provincial government.

[112] De toute évidence, les commentaires d'un organisme tel que le Conseil canadien de la magistrature, qui est composé de juges en chef et de juges en chef adjoints de partout au Canada, méritent qu'on y porte attention. Cependant, je conviens avec le défendeur que le fait que le communiqué de presse du Conseil canadien de la magistrature a été publié il y a 15 ans et qu'il portait sur une version antérieure du processus de nomination à la magistrature fédérale limite forcément son caractère probant pour ce qui est de la question dont la Cour est actuellement saisie. La Cour ne dispose pas d'éléments de preuve expliquant en détail la composition et le fonctionnement des CCM avant et après les changements de 2006 mentionnés par le Conseil canadien de la magistrature. On ne sait pas clairement, par exemple, si la nouvelle structure dont parlait le Conseil canadien de la magistrature prévoyait que le gouvernement procède à des nominations à partir d'une liste restreinte de candidats dressée par des organismes indépendants tels que les barreaux provinciaux ou territoriaux, l'ABC ou le gouvernement provincial concerné.

[113] The other non-judicial sources upon which the Applicants rely are more current. The CBA Statement is dated November 6, 2020, and advocates for an open, transparent and apolitical process for the appointment of qualified candidates to the bench. The CBA welcomed the changes to the appointments process introduced in 2016, including an open application process, publicized selection criteria, and advisory committees that are more diverse and less ideological, with stakeholders, including nominees of the Minister, the courts, the legal communities, and the public. However, the CBA noted that, no matter how independent the shortlist of candidates, vetting those candidates for party support makes the decision a political one. The CBA expressed that prior political involvement should not exclude prospective applicants from the bench, as such involvement is one indication of community engagement that may point to a good judge. However, it expressed concern about partisan activity becoming the deciding factor in an appointment.

[113] Les autres sources non judiciaires sur lesquelles se fondent les demandeurs sont plus récentes. La déclaration de l'ABC date du 6 novembre 2020. L'ABC y préconisait un processus ouvert, transparent et apolitique de nomination à la magistrature de candidats qualifiés. Elle se réjouissait des changements apportés au processus de nomination mis en place en 2016, notamment un processus de dépôt de candidatures ouvert, des critères de sélection publiés et des comités consultatifs plus diversifiés et moins axés sur les idéologies, avec des intervenants, y compris les personnes mises en candidature par le ministre de la Justice, les tribunaux, la communauté juridique et le public. Toutefois, l'ABC notait que, quel que soit le degré d'indépendance dans l'établissement de la liste de candidats recommandés, le fait qu'on vérifie l'appui du parti envers ces candidats donne à la décision un caractère politique. L'ABC estimait que les activités politiques antérieures ne devraient pas empêcher quiconque de se porter candidat à la magistrature, estimant qu'il s'agissait d'une indication de l'engagement

de cette personne au sein de la communauté, ce qui peut être le signe qu'elle ferait un bon juge. Elle se montrait cependant préoccupée par la possibilité que des activités partisanes deviennent le facteur déterminant de la nomination.

[114] As previously noted, the BIPOC Letter, dated September 14, 2020, was written on behalf of a number of legal organizations. These include bar associations (e.g., the Canadian Association of Black Lawyers and the Indigenous Bar Association), legal organizations (e.g., the Canadian Association of Refugee Lawyers and the Canadian Environmental Law Association) and specialty and community clinics (e.g., Black Legal Action Centre (Ontario) and Clinique juridique de Saint-Michel). This letter advocates for the appointment of candidates from BIPOC communities to then present vacancies on the Federal Court, emphasizing that a significant volume of this Court's docket is composed of immigration, refugee and Indigenous cases, in which almost all applicants are from BIPOC communities. The letter also advocates for revised assessment criteria for judicial appointments to recognize systemic barriers that prevent the appointment of BIPOC judges.

[114] Comme je l'ai indiqué plus haut, la lettre sur les PANDC, datée du 14 septembre 2020, a été écrite au nom de plusieurs organismes juridiques : des associations d'avocats (p. ex., l'Association des avocats noirs du Canada et l'Association du barreau autochtone), des organismes juridiques (p. ex., l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés et l'Association canadienne du droit de l'environnement), ainsi que des cliniques spécialisées et des cliniques de quartier (p. ex., le Black Legal Action Centre, en Ontario, et la Clinique juridique de Saint-Michel). Cette lettre, en faveur de la nomination de PANDC aux postes alors vacants à la Cour fédérale, insiste sur le fait qu'un volume important des dossiers de notre Cour porte sur des questions d'immigration ou concerne des réfugiés ou des Autochtones et que, dans ces dossiers, presque tous les demandeurs sont des PANDC. La lettre est également favorable à une révision des critères d'évaluation pour les nominations à la magistrature afin qu'il y soit tenu compte des obstacles systémiques qui empêchent la nomination de PANDC à des postes de juges.

[115] Finally, the Applicants rely on the explanation in the Harrington Article, described in the First Conacher Affidavit as dated July 2, 2015, for its explanation of changes that were made approximately 10 years previously to the judicial appointments process in England and Wales. Professor Harrington explains that, with the passage of the *Constitutional Reform Act 2005*, an independent body for the appointment of judges and tribunal members was created to ensure that those holding judicial office are selected solely based on merit, through a fair and open competition. The members of the Judicial Appointments Commission are themselves selected through open competition, other than three members from the judiciary. Professor Harrington prefaces her explanation of these changes with a comment that there is a lesson in here for Canada.

[115] Enfin, les demandeurs s'appuient sur l'explication donnée dans l'article de M^me^ Harrington, dont il est question dans le premier affidavit de M. Conacher daté du 2 juillet 2015, en ce qui concerne les changements apportés au processus de nomination à la magistrature environ dix ans auparavant en Angleterre et au pays de Galles. M^me^ Harrington explique qu'à la suite de l'adoption de la *Constitutional Reform Act 2005* (Loi sur la réforme constitutionnelle de 2005), un organe indépendant chargé de la nomination des juges et des membres des tribunaux a été créé pour veiller à ce que les personnes exerçant une fonction judiciaire soient sélectionnées uniquement en fonction de leur mérite, à la fin d'un processus concurrentiel ouvert et équitable. Les membres de la commission de nomination à la magistrature, outre trois membres issus de la magistrature, sont eux-mêmes sélectionnés selon un processus concurrentiel ouvert. Avant d'expliquer les changements apportés au processus,

[116] I note that the Applicants' written submissions also include references to the provisions of the *Constitutional Reform Act 2005* (U.K. Public General Acts, 2005, c. 4) that implemented the changes described in the Harrington Article. The Applicants also refer the Court to variations in the judicial appointment process in various Canadian provincial jurisdictions.

[117] While it was almost 40 years ago that Justice Le Dain made the comment referenced by the Applicants (*Valente*, at page 692) about having identified expressions of concern surrounding the procedure and criteria for the appointment of judges as that may bear on the perception of judicial independence, the CBA Statement clearly represents a relatively recent expression of similar concern. The BIPOC Letter does not speak directly to the subject of judicial independence. However, as the Respondent notes in its materials, the Government has recognized that diversity on the bench is important, and I accept the logic of the Applicants' argument that a judiciary that reflects the diversity of the country it serves can enhance public confidence in the institution.

[118] I also recognize that the details of the judicial appointment processes in other jurisdictions vary from the process for federal appointments to Canadian superior courts. However, whether those variations represent better processes, in pursuit of the objectives identified in the other sources canvassed above or otherwise, is not the question before the Court in this application. Consistent with the Respondent's position on its motion to strike, as analyzed earlier in these Reasons, the design of the appointment process is not within the Court's purview, other than to the extent the current design renders it unconstitutional. In determining constitutionality, while I take into account the non-judicial sources upon which the Applicants rely, I must be principally guided by authorities that have considered, dimensioned, and applied the principles of judicial independence and impartiality when such matters have arisen before the courts.

M^me^ Harrington indique que le Canada pourrait en tirer une leçon.

[116] Je note que les demandeurs, dans leurs observations écrites, renvoient à des dispositions de la Loi sur la réforme constitutionnelle de 2005 (U.K. Public General Acts, 2005, c. 4) qui a mis en œuvre les changements exposés dans l'article de M^me^ Harrington. Les demandeurs attirent également l'attention de la Cour sur des différences entre les processus de nomination à la magistrature dans diverses provinces canadiennes.

[117] Bien que le juge Le Dain ait formulé il y a près de 40 ans les observations auxquelles ont renvoyé les demandeurs (*Valente*, à la page 692) quant à l'intérêt pour la procédure et les critères de nomination des juges étant donné qu'ils peuvent avoir un effet sur la perception de l'indépendance judiciaire, la déclaration de l'ABC constitue clairement une expression assez récente d'un intérêt semblable. La lettre sur les PANDC ne se rapporte pas directement à la question de l'indépendance judiciaire. Cependant, comme le note le défendeur dans ses observations écrites, le gouvernement a reconnu l'importance de la diversité au sein de la magistrature et je souscris au raisonnement des demandeurs selon lequel le fait que la magistrature reflète la diversité du pays qu'elle sert peut améliorer la confiance du public en l'institution.

[118] Je reconnais également que les processus de nomination judiciaire suivis dans d'autres provinces ou territoires sont différents du processus de nomination des magistrats fédéraux aux cours supérieures canadiennes. Toutefois, la question dont la Cour est saisie dans la présente demande n'est pas de savoir si ces différences révèlent des améliorations qui permettraient d'atteindre les objectifs énoncés dans les autres sources examinées plus haut ou ailleurs. Conformément à la thèse adoptée par le défendeur dans sa requête en radiation et à l'analyse effectuée plus haut dans les présents motifs, la forme du processus de nomination ne relève pas de la compétence de la Cour, sauf si cette forme rendait le processus inconstitutionnel. Pour me prononcer sur la constitutionnalité, bien que je tienne compte des sources non judiciaires sur lesquelles s'appuient les demandeurs, je dois principalement me fonder sur la jurisprudence

dans laquelle les principes d'indépendance et d'impartialité judiciaires ont été examinés, mesurés et appliqués lorsque de telles questions ont été portées devant les tribunaux.

[119] Returning to *Valente,* as previously noted, the Applicants submit that, by virtue of Justice Le Dain's analysis at page 692 (quoted above), this seminal authority itself supports their position in this application. I accept that Justice Le Dain refers to the potential for pre-appointment considerations to affect the perception of judicial independence. However, notwithstanding that comment, such considerations did not form part of the essential conditions for judicial independence identified by the Supreme Court in that case. I will therefore review the other judicial authorities upon which the Applicants rely to support their position.

[119] Pour revenir à l'arrêt *Valente*, comme je l'ai noté plus haut, les demandeurs affirment qu'en raison de l'analyse du juge Le Dain à la page 692 (extrait précité), cet arrêt fondateur lui-même étaye leur thèse en l'espèce. Je reconnais que le juge Le Dain renvoie à la possibilité que des considérations préalables à la nomination aient un effet sur la perception d'indépendance judiciaire. Cependant, malgré cette observation, ces considérations ne faisaient pas partie des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire définies par la Cour suprême dans cet arrêt. J'examinerai donc les autres décisions faisant autorité qu'invoquent les demandeurs à l'appui de leur thèse.

[120] The Applicants note that, in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.) (*MacBain*), which considered the independence of the Canadian Human Rights Tribunal, the Federal Court of Appeal held that the offensive portion of the relevant statutory scheme was the appointment of the tribunal by the Canadian Human Rights Commission, as the Commission was also the prosecutor (at page 884). The Applicants argue that this analysis similarly applies to the federal judicial appointment system, because the Minister appoints both judges and the head of the federal Public Prosecution Service.

[120] Les demandeurs notent que, dans l'arrêt *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.) (*MacBain*), qui portait sur l'indépendance du Tribunal canadien des droits de la personne, la Cour d'appel fédérale a conclu que la partie préjudiciable du mécanisme pertinent prévu par la loi était la constitution du Tribunal par la Commission canadienne des droits de la personne puisque cette dernière était aussi la partie plaignante (à la page 884). Les demandeurs affirment que cette analyse s'applique également au système de nomination à la magistrature fédérale, étant donné que le ministre nomme à la fois les juges et le chef du service fédéral des poursuites pénales.

[121] I do not find this argument particularly compelling. In *MacBain*, the Federal Court of Appeal relied on the decision of the Court of Appeal for Ontario that was affirmed in *Valente* and distinguished it on two bases: (a) unlike the appointment of judges on a permanent basis in most Canadian jurisdictions, the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] contemplated the appointment of temporary "judges" on a case-by-case basis; and (b) the lack of independence in adjudicative administrative matters including the assignment of judges to cases (at pages 870–871). While the Court's analysis referred to the Commission both appointing tribunal members and prosecuting the cases before those

[121] Je ne trouve pas cet argument particulièrement convaincant. Dans l'arrêt *MacBain*, la Cour d'appel fédérale s'est fondée sur la décision de la Cour d'appel de l'Ontario confirmée dans l'arrêt *Valente* et a établi une distinction pour deux raisons : a) le fait que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoyait la nomination, au cas par cas, de « juges » temporaires alors que la nomination des juges est permanente dans la plupart des provinces et territoires du Canada; b) l'absence d'indépendance dans les décisions de nature administrative, notamment l'affectation des juges aux diverses causes (aux pages 870–871). Bien que la Cour, dans son analyse, ait mentionné le fait que la Commission se charge à

tribunal members, the lack of independence turned significantly on tribunal members' security of tenure and the lack of administrative independence, two of the essential conditions for judicial independence subsequently articulated in *Valente*.

[122] The Applicants also rely on *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, 88 D.L.R. (4th) 110 (*Généreux*), a case concerning appointments to Canada's military courts, in which the Supreme Court concluded that the appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General undermined the institutional independence of the General Court Martial (at page 309 [of S.C.R.]):

> Secondly, the appointment of the judge advocate by the Judge Advocate General (art. 111.22 Q.R. & O.), undermines the institutional independence of the General Court Martial. The close ties between the Judge Advocate General, who is appointed by the Governor in Council, and the executive, are obvious. To comply with s. 11(*d*) of the *Charter*, the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Martial should be in the hands of an independent and impartial judicial officer. The effective appointment of the judge advocate by the executive could, in objective terms, raise a reasonable apprehension as to the independence and impartiality of the tribunal. However, as I have concluded above, I consider that the new arts. 4.09 and 111.22 of the amended Q.R. & O. have largely remedied this defect to the extent required in the context of military tribunals.

[123] While this passage refers to the process for appointment of judge advocates (i.e. military judges), it is clear from reading both this passage and the broader decision that the concern expressed by the Court was with the *Valente* factor of administrative independence surrounding the adjudicative function. Like *Valente*, this case concerned compliance with paragraph 11(d) of the Charter, and the Court concluded that such compliance required the appointment of a military judge to sit as judge advocate at a particular General Court Marshal to be in the hands of an independent and impartial judicial officer (at page 309).

[124] In other words, administrative independence requires that the selection of the judge who will hear and

la fois de nommer les membres du tribunal et de diriger les poursuites criminelles dont sont saisis ces membres du tribunal, la question de l'absence d'indépendance concernait largement l'inamovibilité des membres du tribunal et l'absence d'indépendance administrative, qui sont deux des conditions essentielles à l'indépendance judiciaire énoncées par la suite dans l'arrêt *Valente*.

[122] Les demandeurs se sont également appuyés sur l'arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259 (*Généreux*), qui concernait les nominations dans les tribunaux militaires du Canada. Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu que la nomination du juge-avocat par le juge-avocat général sapait l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale (à la page 309) :

> Deuxièmement, la nomination du juge-avocat par le juge-avocat général (art. 111.22 O.R.F.C.) sape l'indépendance institutionnelle de la cour martiale générale. Les rapports étroits entre le juge-avocat général, qui est nommé par le gouverneur en conseil, et l'exécutif, sont évidents. Pour être conforme à l'al. 11*d)* de la *Charte*, la nomination d'un juge militaire pour occuper la charge de juge-avocat à une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial. La nomination effective du juge-avocat par l'exécutif pourrait, objectivement, faire naître une crainte raisonnable quant à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal. Toutefois, comme je l'ai conclu plus haut, je considère que les nouveaux art. 4.09 et 111.22 des O.R.F.C. ont remédié en grande partie à cette lacune dans la mesure où c'était nécessaire dans le contexte des tribunaux militaires.

[123] Bien que cet extrait porte sur le processus de nomination des juges-avocats (soit des juges militaires), il ressort clairement de ce passage et de la décision dans son ensemble que les réserves exprimées par la Cour se rapportaient au facteur de l'indépendance administrative énoncé dans l'arrêt *Valente* relativement à la fonction décisionnelle. Comme l'arrêt *Valente*, cet arrêt portait sur le respect de l'alinéa 11d) de la Charte et la Cour a conclu que, pour être conforme à cet alinéa, la nomination d'un juge militaire à la charge de juge-avocat d'une cour martiale générale donnée devrait incomber à un officier de justice indépendant et impartial (à la page 309).

[124] Autrement dit, pour assurer l'indépendance administrative, il faut que le juge qui entendra et tranchera

decide a particular matter must be made by the administration of the relevant court or tribunal, not by the executive. This interpretation of the Court's reasoning is also clear from its conclusion that the new article 111.22 of the amended Queen's Regulations and Orders (which provided to the Chief Military Trial Judge the authority to appoint a judge advocate at a General Court Martial) had remedied the defect the Court identified (at pages 305 and 309). The Applicants' position is not supported by its reliance on *Généreux*.

une affaire donnée soit choisi par l'administration de la cour ou du tribunal concerné, et non par l'exécutif. Cette interprétation du raisonnement de la Cour ressort par ailleurs clairement de sa conclusion selon laquelle le nouvel article 111.22 de la version modifiée des *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes* (qui investit le juge militaire en chef du pouvoir de nommer le juge-avocat à la cour martiale générale) a remédié en grande partie à la lacune relevée par la Cour (aux pages 305 et 309). L'arrêt *Généreux* n'étaye pas la thèse des demandeurs.

[125] The Applicants also refer the Court to *Matsqui*, arguing that the Supreme Court ruled in that case that appearance of or actual institutional bias in the appointment process must be taken into account when assessing the protection of the independence and impartiality of administrative tribunals. This case involved an assessment of the independence of tribunals appointed under First Nations bands' bylaws governing the levying of taxes against real property on reserve lands. However, as with the other authorities on which the Applicants rely, this decision turned on application of the essential conditions of independence identified in *Valente*. The Court identified a lack of financial security and lack of security of tenure on the part of tribunal members, as well as the fact that the chiefs and band council select the members of their tribunals (at paragraphs 92–95).

[125] Les demandeurs renvoient également la Cour à l'arrêt *Matsqui* et affirment que la Cour suprême y a conclu qu'il faut tenir compte de l'apparence de partialité ou de la partialité réelle sur le plan institutionnel dans le processus de nomination lorsqu'on évalue la protection de l'indépendance et de l'impartialité des tribunaux administratifs. Dans cette affaire, la Cour suprême devait se pencher sur l'indépendance de tribunaux constitués en application de règlements administratifs de bandes des Premières Nations régissant l'imposition de taxes sur les biens immeubles situés dans la réserve. Toutefois, comme le reste de la jurisprudence sur laquelle s'appuient les demandeurs, cet arrêt portait sur l'application des conditions d'indépendance essentielles définies dans l'arrêt *Valente*. La Cour a constaté que les membres des tribunaux n'avaient aucune sécurité financière, que leur inamovibilité n'était pas prévue et que les chefs et les conseils de bande choisissaient les membres de leurs tribunaux (aux paragraphes 92–95).

[126] I return to the fundamentals of the Applicants' argument and the guiding authorities. The Applicants submit that the Minister's role in appointing members to the JACs, as well as political influence upon the role of the Minister and ultimately the Cabinet in appointing judges following receipt of recommendations from the JACs and in elevating judges without the benefit of JAC involvement, render the federal judicial appointments and elevations processes unconstitutional. In assessing these arguments, I must consider whether the public would perceive that a court whose members are selected through these processes enjoy the essential objective conditions or guarantees of such independence.

[126] Je reviens aux éléments principaux de la thèse des demandeurs et de la jurisprudence qui doit nous guider. Les demandeurs soutiennent que les processus de nomination et de promotion à la magistrature fédérale sont inconstitutionnels en raison du rôle du ministre quant à la nomination des membres des CCM, de même que l'influence politique sur le rôle du ministre et, au bout du compte, du Cabinet quant à la nomination des juges après l'obtention des recommandations des CCM et à la promotion des juges sans la participation des CCM. Pour juger ces observations, je dois examiner si le public estimerait qu'un tribunal dont les membres sont sélectionnés en suivant ces processus jouirait des conditions ou garanties objectives essentielles d'indépendance judiciaire.

[127] The nature of such objective conditions or guarantees has been canvassed in numerous authorities, which invariably focus upon post-appointment conditions as the means by which judicial independence is secured. As the Respondent puts it, the Applicants' arguments seek to add a further pre-appointment condition. However, the authorities upon which they rely do not support their arguments. The Applicants have identified no precedents in which appointment processes resulted in a finding of constitutional violation in the absence of a problem with the post-appointment *Valente* conditions.

[128] The lack of jurisprudential support for the Applicants' position is perhaps not surprising given the particular constitutional structure that governs judicial appointments in Canada. As previously noted, the provision of the Constitution most fundamental to this structure is section 96, which provides as follows:

> **96** The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

[129] As canvassed earlier in these Reasons, the effect of section 96 is that superior court judges are appointed by Cabinet and, as the Respondent submits, Cabinet is inherently a political body. As expressed by Justice Stratas in *B'nai Brith* in reliance on relevant academic authorities, Cabinet is "to a unique degree the grand co-ordinating body for the divergent provincial, sectional, religious, racial and other interests throughout the nation" (at paragraph 77). As the Respondent expressed the point at the hearing of this application, there is a political element "baked" into the appointments process by the Constitution's designation of Cabinet as the appointing authority. I note that the legislation, which the Applicants cite as enacting the changes to the United Kingdom judicial appointments process explained by Professor Harrington, is styled the *Constitutional Reform Act 2005*. At least on its face, the title of this legislation suggests that those changes required amendment of the constitutional structure as it is understood in the United Kingdom.

[127] La nature de ces conditions ou garanties objectives a été examinée à de nombreuses reprises dans la jurisprudence, dans laquelle l'indépendance judiciaire passe invariablement par les conditions post-nomination. Comme l'affirme le défendeur, le but de la thèse des demandeurs est d'ajouter une autre condition préalable à la nomination. Cependant, la jurisprudence qu'ils invoquent n'étaye pas leur thèse. Les demandeurs n'ont renvoyé à aucun précédent dans lequel le processus de nomination aurait justifié une conclusion de violation de la Constitution sans manquement aux conditions post-nomination établies dans l'arrêt *Valente*.

[128] Le manque de jurisprudence à l'appui de la thèse des demandeurs n'est peut-être pas étonnant, compte tenu de la structure constitutionnelle particulière qui régit les nominations à la magistrature au Canada. Comme je l'ai indiqué plus haut, la disposition de la Constitution essentielle à cette structure est l'article 96 :

> **96** Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

[129] Comme nous l'avons vu plus haut dans les présents motifs, l'article 96 a pour effet que les juges des cours supérieures sont nommés par le Cabinet et, comme l'affirme le défendeur, le Cabinet est fondamentalement un organe politique. Comme l'a expliqué le juge Stratas dans l'arrêt *B'nai Brith* en se fondant sur les ouvrages de doctrine pertinents, le Cabinet est, [TRADUCTION] « dans une mesure hors du commun, l'organe supérieur de coordination des intérêts provinciaux, régionaux, religieux, raciaux et autres propres à l'ensemble de la nation » (au paragraphe 77). Comme l'a fait observer le défendeur à l'audience, le processus de nomination comporte un élément politique [TRADUCTION] « inextricable » du fait que la Constitution désigne le Cabinet comme étant l'autorité responsable des nominations. Je note que la loi citée par les demandeurs comme apportant au processus de nomination à la magistrature du Royaume-Uni les changements expliqués par M^me^ Harrington, s'intitule *Constitutional Reform Act 2005*, qui peut se traduire par Loi sur la réforme constitutionnelle de 2005. Le titre de cette loi indique, du moins à première vue, que ces changements ont nécessité la modification de la structure constitutionnelle telle qu'on l'entend au Royaume-Uni.

[130] Of course, as with the changes to the appointments process that were made in 2016, changes can be made that are not so fundamental as to require a constitutional amendment. It may be that there would be merit to further changes and that a government that implements such changes may be rewarded at the ballot box. However, consistent with the separation of powers underlying the justiciability analysis set out earlier in these Reasons, it is not the Court's role to comment on such possibilities. Applying the constitutional principles of judicial independence and impartiality as informed by the authorities and analysis set out above, I find no constitutional violation, and this application for judicial review must therefore be dismissed.

F. *If the federal judicial appointments system and federal judicial elevations system violate the Charter, whether the infringement can be saved by section 1 of the Charter?*

[131] Given my finding above, this issue does not arise.

G. *To what remedy, if any, are the Applicants entitled?*

[132] Similarly, as this application will be dismissed, there is no need for the Court to consider remedies.

VII. Costs

[133] Typically, costs in an application for judicial review follow the result, meaning that the successful party receives an award of costs intended to provide some measure of compensation for legal expenses incurred in advancing its position in the matter. Consistent therewith, the Respondent explained at the hearing of this application that, if the Court decided to dismiss the application, the Respondent would be claiming costs calculated in accordance with Column III of Tariff B of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106.

[130] Bien entendu, comme ce fut le cas lors de la modification du processus de nomination en 2016, il est possible d'apporter des changements qui ne sont pas si fondamentaux qu'ils nécessitent une modification constitutionnelle. Il est possible qu'il y ait lieu d'apporter d'autres changements et qu'un gouvernement à l'origine de tels changements se voie récompensé lors des élections. Cependant, vu la séparation des pouvoirs sur laquelle repose l'analyse de la justiciabilité énoncée plus haut dans les présents motifs, il n'appartient pas à la Cour de formuler des observations sur ces possibilités. Ayant appliqué les principes constitutionnels d'indépendance et d'impartialité judiciaires en tenant compte de la jurisprudence et de l'analyse exposées plus haut, je conclus qu'il n'y a aucune violation de la Constitution et que la présente demande de contrôle judiciaire doit donc être rejetée.

F. *Si les systèmes de nomination et de promotion au sein de la magistrature fédérale contreviennent à la Charte, l'atteinte peut-elle se justifier au regard de l'article premier de la Charte?*

[131] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée ci-dessus, la question ne se pose pas.

G. *À quelles réparations, s'il y a lieu, les demandeurs ont-ils droit?*

[132] De même, puisque la présente demande sera rejetée, la Cour n'a pas besoin d'examiner la question des réparations.

VII. Dépens

[133] Habituellement, les dépens dans les demandes de contrôle judiciaire suivent l'issue de l'affaire, c'est-à-dire que la partie qui obtient gain de cause se voit adjuger les dépens, pour qu'elle soit dans une certaine mesure indemnisée des frais juridiques qu'elle a engagés pour faire valoir sa cause. Ainsi, le défendeur a expliqué à l'audience que, si la Cour décidait de rejeter la demande, il demanderait des dépens calculés conformément à la colonne III du tarif B des *Règles des Cours fédérales*.

[134] The Applicants explained that they would not be seeking costs regardless of the outcome of the application. They take the position that, given the nature of this matter as a piece of public interest litigation, no costs should be awarded to either party. The Applicants refer the Court to other examples of public interest litigation in which no costs were awarded against them, notwithstanding that they were unsuccessful in the position advanced (see, e.g., *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 194, at paragraph 50).

[135] The Respondent recognizes the existence of jurisprudential support for the Court declining to award costs in the context of public interest litigation. However, it argues that, in the circumstances of this particular matter, costs should be imposed, because the Applicants have previously advanced unsuccessful litigation surrounding separation of powers and, in light of the explanations in the resulting first instance and appellate decisions (see *Prime Minister*), the Applicants should not have pursued the matter now before the Court. The Respondent also relies on *Democracy Watch v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 133, [2021] 2 F.C.R. D-11, in which an issue raised by the Applicants on judicial review was found not to be justiciable and the application was dismissed with costs against the Applicants.

[136] The latter authority cited by the Respondent does not apply to the case at hand, as I have found that the issue raised by the Applicants is justiciable. Nor do I consider the Applicants' involvement in the former authority to support the Respondent's position, as the issue surrounding separation of powers advanced in that matter was quite different from that raised in the present application.

[137] In its recent decision in *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354, the British Columbia Court of Appeal applied the following factors in assessing whether a public interest litigant should be insulated from an adverse costs award (at paragraph 21):

[134] Les demandeurs ont indiqué qu'ils ne demanderaient pas les dépens, quelle que soit l'issue de la cause. Ils sont d'avis que, puisque l'espèce est une cause d'intérêt public, les dépens ne devraient être adjugés à ni l'une ni l'autre des parties. Les demandeurs renvoient la Cour à d'autres exemples de causes d'intérêt public dans lesquelles ils n'ont pas été condamnés aux dépens, même s'ils avaient été déboutés (voir, p. ex., *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 194, au paragraphe 50).

[135] Le défendeur reconnaît qu'il existe de la jurisprudence justifiant que la Cour refuse d'adjuger des dépens dans une cause d'intérêt public. Il soutient cependant que, compte tenu des circonstances, des dépens devraient être imposés parce que les demandeurs avaient déjà été déboutés de procédures qu'ils avaient intentées concernant la séparation des pouvoirs et parce que, compte tenu des motifs exposés dans les décisions rendues en première instance et en appel, ils n'auraient pas dû porter l'affaire devant la Cour (voir *Premier ministre*). Le défendeur invoque également l'arrêt *Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 133, [2021] 2 R.C.F. F-13, dans lequel une question soulevée par les demandeurs dans une demande de contrôle judiciaire a été jugée non justiciable et la demande a été rejetée avec dépens à l'encontre des demandeurs.

[136] Ce dernier arrêt auquel a renvoyé le défendeur ne s'applique pas à l'espèce puisque, comme je l'ai conclu, la question soulevée par les demandeurs était justiciable. Je n'estime pas non plus que la participation des demandeurs dans ce dernier arrêt étaye la thèse des défendeurs, puisque la question de la séparation des pouvoirs qui y a été débattue différait considérablement de celle soulevée en l'espèce.

[137] Récemment, dans l'arrêt *British Columbia (Attorney General) v. Trial Lawyers Association of British Columbia*, 2022 BCCA 354, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a appliqué les critères suivants pour déterminer si une partie qui agit dans l'intérêt public devrait être protégée contre une adjudication des dépens défavorable (au paragraphe 21) :

(a) The proceeding involves issues the importance of which extend beyond the immediate interests of the parties involved.

(b) The person has no personal, proprietary or pecuniary interest in the outcome of the proceeding, or, if they have an interest, it clearly does not justify the proceeding economically.

(c) The issues have not been previously determined by a court in a proceeding against the same defendant.

(d) The defendant has a clearly superior capacity to bear the costs of the proceeding.

(e) The plaintiff has not engaged in vexatious, frivolous or abusive conduct.

[138] In my view, these factors all favour the Court declining to award costs against the Applicants in this matter. My Judgment will accordingly make no order as to costs.

JUDGMENT in T-1324-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The Respondent's motion is granted in part and the following evidence is struck from the record:

    a. Paragraphs 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (first clause of first sentence), 23, 24, 25, 26, 27, 28 (first two sentences), 29, and 31 of the First Conacher Affidavit;

    b. Exhibits D, E, F, G, H, I, J, N, O, P, Q, R, S, T, U, V, W, Y, Z, AA, and BB to the First Conacher Affidavit;

    c. Paragraphs 2, 3a, and 3e of the Second Conacher Affidavit; and

[TRADUCTION]

a) l'instance se rapporte à des questions dont l'importance s'étend au-delà des intérêts immédiats des parties en cause;

b) la personne en cause n'a aucun intérêt personnel, propriétal ou pécuniaire dans le résultat de l'instance ou, si elle en a un, cela ne justifie clairement pas l'introduction de l'instance sur le plan financier;

c) aucun tribunal n'a déjà statué sur les questions en litige dans une instance contre le même défendeur;

d) le défendeur est clairement davantage en mesure de supporter les dépens de l'instance;

e) le demandeur n'a pas agi d'une façon vexatoire, futile ou abusive.

[138] À mon avis, ces facteurs jouent tous en faveur d'un refus de la Cour d'adjuger des dépens à l'encontre des demandeurs en l'espèce. Je n'adjugerai donc pas de dépens.

JUGEMENT dans le dossier T-1324-20

LA COUR STATUE :

1. La requête du défendeur est accueillie en partie et les éléments de preuve suivants sont radiés du dossier :

    a. les paragraphes 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 (la proposition subordonnée au début de la première phrase), 23, 24, 25, 26, 27, 28 (deux premières phrases), 29 et 31 du premier affidavit de M. Conacher;

    b. les pièces D, E, F, G, H, I, J, N, O, P, Q, R, S, T, U, V, W, Y, Z, AA et BB du premier affidavit de M. Conacher;

    c. les paragraphes 2, 3a et 3e du deuxième affidavit de M. Conacher;

d. Exhibits A, B and F of the Second Conacher Affidavit.

2. The Applicants are granted public interest standing in this application.

3. This application is dismissed.

4. There is no order as to costs.

d. les pièces A, B et F du deuxième affidavit de M. Conacher.

2. La Cour reconnaît aux demandeurs la qualité pour agir dans l'intérêt public dans la présente demande.

3. La présente demande est rejetée.

4. Aucuns dépens ne sont adjugés.

A-233-20
2022 FCA 154

Contact Lens King Inc. (*Appellant*)

v.

His Majesty The King (*Respondent*)

Indexed as: Contact Lens King Inc. v. Canada

Federal Court of Appeal, Boivin, Gleason and LeBlanc JJ.A.—Montréal, June 8 and September 15, 2022.

Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C. or Tax Court) decision finding that appellant's supply of contact lenses to customers residing in Canada was not zero-rated supply within meaning of Excise Tax Act (Act), more specifically s. 9 of Part II of Schedule VI of Act (s. 9) — Tax Court had to determine whether supply of such lenses to customers residing in Canada was zero-rated supply within meaning of Act — T.C.C. Judge ruled that in order to benefit from zero-rating, appellant had to obtain, keep copy of prescription (referred to in s. 9) or assessment record that was issued by health care professional — Held that such requirement was essential condition for supplies at issue to receive zero-rated status — Appellant, non-resident corporation in business of selling contact lenses online; makes most of its sales in U.S. but has had customers in Canada for several years; is GST registrant under Act — Minister of National Revenue initiated audit of appellant's business; of view that sales appellant made in Canada during period at issue not zero-rated supplies — Appellant allegedly failed to collect GST in amount of $29,770.97 — On appeal, appellant argued in particular that Tax Court erred in interpretation of Act, ss. 9, 286(1), which, in appellant's view, do not impose duty on it to obtain and keep, from its Canadian customers, copy of prescription referred to in s. 9 — Whether T.C.C. judge erred in finding that appellant, in order for supply of contact lenses to its Canadian customers to be zero-rated, had to obtain, keep copy of prescription showing, for each customer, that said lenses had to be used for treatment or correction of vision defect; if he erred in so finding, whether T.C.C. judge also erred in holding that appellant had failed to provide reasonable evidence of existence of such prescriptions for supplies made during audit period at issue — Appellant not required by Act, as sine qua non of zero-rating, to obtain, keep copy of prescriptions for supplies at issue — T.C.C. judge correctly identified various components of s. 9 — However, T.C.C. judge erred when considered that supplier must obtain, keep copy of prescription — Wording of s. 9 not making any explicit reference to

A-233-20
2022 CAF 154

Contact Lens King Inc. (*appelante*)

c.

Sa Majesté le Roi (*intimé*)

Répertorié : Contact Lens King Inc. c. Canada

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, Gleason et LeBlanc, J.C.A.— Montréal, 8 juin et 15 septembre 2022.

Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I. ou Cour de l'impôt) portant que la fourniture, par l'appelante, de lentilles cornéennes à des clients résidant au Canada ne constituait pas une fourniture détaxée au sens de la Loi sur la taxe d'accise (la Loi) et, plus particulièrement, de l'article 9 de la partie II de l'annexe VI de la Loi (l'article 9) — La Cour de l'impôt devait déterminer si la fourniture de telles lentilles à des clients résidant au Canada constituait une fourniture détaxée au sens de la Loi — Le juge de la C.C.I. a statué que pour bénéficier de la détaxation, l'appelante devait obtenir et conserver une copie de l'ordonnance ou du dossier d'évaluation (la prescription) émanant d'un professionnel de la santé, à laquelle réfère l'article 9 — Il a conclu que cette exigence s'imposait comme condition essentielle à la détaxation des fournitures en cause — L'appelante, une société non résidente, exploite une entreprise de vente de lentilles cornéennes en ligne; elle effectue la majorité de ses ventes aux États-Unis, mais compte, depuis quelques années, une clientèle au Canada et est inscrite, aux termes de la Loi, aux fichiers de la TPS — La ministre du Revenu national a entrepris une vérification des affaires de l'appelante; elle était d'avis que les ventes effectuées au Canada par l'appelante pendant cette période ne constituaient pas des fournitures détaxées — L'appelante aurait omis de percevoir un montant de TPS de l'ordre de 29 770,97 $ — Lors de l'appel, l'appelante a soutenu notamment que le juge de la C.C.I. avait erré dans son interprétation du paragraphe 286(1) et de l'article 9 de la Loi, lesquels, selon l'appelante, ne lui imposent aucune obligation d'obtenir et conserver de sa clientèle canadienne une copie de la prescription dont fait état l'article 9 — Il s'agissait de savoir si le juge de la C.C.I. a commis une erreur en concluant que, pour que la fourniture de lentilles cornéennes à sa clientèle canadienne soit détaxée, l'appelante devait obtenir, et conserver, une copie de la prescription démontrant, pour chaque client, que lesdites lentilles devaient servir au traitement ou la correction d'un trouble visuel; et s'il a erré en concluant de la sorte, si

fact that contact lens supplier must obtain copy of prescription from its customers, then keep that copy — There was therefore risk in present case that interpretation adopted by T.C.C. judge supplemented text of s. 9, which courts must refrain from doing — Furthermore, contextual elements weighed against interpretation adopted by T.C.C. judge, namely, Parliament's objective in adopting Part II of Schedule VI of Act, internal structure of Act, 1999 amendment to text of s. 9 — There was no reason not to give provisions of Act, Part II of Schedule VI, given their underlying objective, broad, liberal interpretation insofar as text of these provisions allowed for it — In this case, T.C.C. judge overlooked this contextual element as he did not mention it at all in decision — T.C.C. could not, without erring in law, give interpretation to s. 9 that would require supplier to obtain, keep copy of prescription that customer received from optometrist or another eye specialist — It was matter of internal consistency of Act — Finally, 1999 amendment to text of s. 9 was another contextual element that weighed against interpretation T.C.C. judge adopted — Such amendment also unquestionably reflected Parliament's intention to adopt more flexible approach regarding conditions for zero-rating of contact lenses sold for purpose of treating or correcting vision defect, as well as regarding what is needed to demonstrate that these conditions have been met — Furthermore, Act, s. 286(1) regarding obligation to keep records not allowing Minister, when performing audit of supplies referred to in s. 9, to tax such supplies on sole basis that supplier or retailer did not require from its customers copy of prescriptions related to its supplies, did not keep this copy on file — Consequently, T.C.C. judge also erred in law insofar as he added into Act, s. 286(1) requirement that does not appear in that subsection — Despite these errors, T.C.C. not making any errors warranting Court's intervention herein — T.C.C. finding that appellant's evidence regarding reasonable proof that prescription issued was sparse, based on assumptions, deduction, without any verification — T.C.C. judge could not be criticized, in light of evidence in record, for having ruled as he did — Appeal dismissed.

le juge de la C.C.I. a par ailleurs également erré en jugeant que l'appelante n'avait pas réussi à fournir une preuve raisonnable de l'existence de telles prescriptions en lien avec les fournitures effectuées au cours de la période de vérification en cause — L'appelante n'était pas tenue par la Loi, comme condition sine qua non de la détaxation, d'obtenir et de conserver une copie des prescriptions liées aux fournitures en cause — Le juge de la C.C.I. a bien identifié les différentes composantes de l'article 9 — Il a cependant fait fausse route lorsqu'il a estimé que le fournisseur devait obtenir, et conserver, une copie de la prescription — Le texte de l'article 9 ne contient aucune référence explicite au fait que le fournisseur de lentilles cornéennes doive obtenir de ses clients, et par la suite conserver, une copie de la prescription — Il y avait donc un risque, ici, que l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. ajoute au texte de l'article 9, ce que les tribunaux doivent se garder de faire — De plus, quelques éléments de contexte militaient à l'encontre de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I., soit l'objectif poursuivi par le Parlement en adoptant la partie II de l'annexe VI de la Loi, la structure interne de la Loi et l'amendement apporté au texte de l'article 9 en 1999 — Il n'y avait pas de raison de ne pas interpréter les dispositions de la partie II de l'annexe VI de la Loi largement et libéralement, compte tenu de l'objectif qui les sous-tend, dans la mesure où leur texte le permet — En l'espèce, cet élément de contexte a échappé au juge de la C.C.I., qui n'en a fait aucunement mention dans la décision — La C.C.I. ne pouvait, sans errer en droit, interpréter l'article 9 de manière à faire peser sur le fournisseur l'obligation d'obtenir et de conserver une copie de la prescription obtenue par le client d'un optométriste ou autre spécialiste de la vue — Il en allait de la cohérence interne de la Loi — Finalement, l'amendement de 1999 apporté au texte de l'article 9 constituait un autre élément de contexte jouant en défaveur de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. — Un tel amendement dénotait par ailleurs sans contredit une volonté de la part du Parlement d'adopter une approche plus souple eu égard aux conditions de détaxation des lentilles cornéennes vendues aux fins de traiter ou corriger un trouble de la vue, et ce qui est nécessaire en vue de démontrer que ces conditions ont été remplies — De plus, le paragraphe 286(1) de la Loi, lequel crée une obligation de tenir des registres, n'autorise pas la ministre, lorsqu'elle procède à une vérification portant sur des fournitures visées par l'article 9, à taxer de telles fournitures sur la seule base que le fournisseur ou détaillant n'a pas requis de ses clients, et n'a pas conservé, une copie des prescriptions liées à ses fournitures — En conséquence, dans la mesure où il est venu greffer au paragraphe 286(1) de la Loi une exigence qui n'y apparaît pas, le juge de la C.C.I. a également erré en droit — Malgré ces erreurs, la C.C.I. n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour en l'espèce — La C.C.I. a conclu que la preuve de l'appelante concernant la preuve raisonnable qu'une ordonnance avait été émise était lacunaire et basée sur des hypothèses et déduction, sans quelconque vérification — On ne pouvait reprocher au

This was an appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C. or Tax Court) decision finding that the appellant's supply of contact lenses to customers residing in Canada was not a zero-rated supply within the meaning of the *Excise Tax Act* (Act) and more specifically section 9 of Part II of Schedule VI of the Act. The Tax Court had to determine whether the supply of such lenses to customers residing in Canada is a zero-rated supply within the meaning of the Act and more specifically, section 9 of Part II of Schedule VI of the Act (section 9). A zero-rated supply is a supply taxed at zero percent, meaning that the supplier that makes this supply does not have to collect goods and services tax (GST) on it. Otherwise, the supplier collects GST. In the case of a supplier outside Canada, this obligation, still in respect of taxable supplies, arises if, as provided for in paragraph 143(1)(b) of the Act, the supplier is GST "registered", which was the case for the appellant. The T.C.C. judge ruled that in order to benefit from zero-rating, the appellant had to obtain and keep a copy of the prescription or assessment record that was issued by a health care professional, which prescription is referred to in section 9 of the Act. He also ruled that obtaining and keeping a copy of the prescription or assessment record that was issued by a health care professional was the only way for the respondent, represented in this case by the Minister of National Revenue (the Minister), to find that the appellant's Canadian customers had a prescription for the treatment and correction of a defect of vision. He held that this requirement was an essential condition for the supplies at issue to receive zero-rated status. The T.C.C. arrived at this conclusion based on an analysis of the language, context and purpose of section 9 as well as of the duty to keep records, which also apparently stems from that section and, alternatively, from subsection 286(1) of the Act. On appeal, the appellant argued in particular that the Tax Court erred in its interpretation of these two provisions of the Act, which, in the appellant's view, do not impose on it a duty to obtain from its Canadian customers a copy of the prescription referred to in section 9 and keep that copy.

The appellant is a non-resident corporation that is in the business of selling contact lenses online. It makes most of its sales in the United States but has had customers in Canada for several years; it has been a GST registrant under the Act since 2013. In December 2014, the Minister initiated an audit of the appellant's business. Notices of assessment were issued for specific periods as a result of this audit, the Minister being of the opinion that the sales that the appellant had made in Canada during this period were not zero-rated supplies because the appellant, who does not require that its Canadian customers provide a copy of the prescription referred to in section 9,

juge de la C.C.I., à la lumière de la preuve au dossier, d'avoir conclu comme il l'a fait — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I. ou Cour de l'impôt) portant que la fourniture, par l'appelante, de lentilles cornéennes à des clients résidant au Canada ne constituait pas une fourniture détaxée au sens de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi) et, plus particulièrement, de l'article 9 de la partie II de l'annexe VI de la Loi. La Cour de l'impôt devait déterminer si la fourniture de telles lentilles à des clients résidant au Canada constitue une fourniture détaxée au sens de la Loi, et plus particulièrement, de l'article 9 de la partie II de l'annexe VI de la Loi (l'article 9). Une fourniture détaxée est une fourniture taxée à un taux nul, faisant en sorte que le fournisseur qui la délivre n'a pas à percevoir la taxe sur les produits et services (la TPS) sur cette fourniture. Au cas contraire, la TPS est percevable par le fournisseur. Dans le cas d'un fournisseur étranger, cette obligation, lorsqu'il est question de fournitures taxables toujours, s'impose si, comme le stipule l'alinéa 143(1)b) de la Loi, celui-ci est « inscrit » au fichier de la TPS, ce qui était le cas de l'appelante. Le juge de la C.C.I. a statué que pour bénéficier de la détaxation, l'appelante devait obtenir et conserver une copie de l'ordonnance ou du dossier d'évaluation émanant d'un professionnel de la santé, à laquelle réfère l'article 9 de la Loi. Il a également statué qu'obtenir et conserver une copie de l'ordonnance ou du dossier d'évaluation émanant d'un professionnel de la santé était la seule façon pour l'intimé, ici représenté par la ministre du Revenu national (la ministre), de conclure que les clients canadiens de l'appelante avaient en main une prescription pour le traitement et la correction d'un trouble visuel. Il a conclu que cette exigence s'imposait comme condition essentielle à la détaxation des fournitures en cause. La C.C.I. a tiré cette conclusion en raison d'un examen du texte, du contexte et de l'objet de l'article 9 de même que de l'obligation de maintenir des registres, laquelle découlerait aussi dudit article et, subsidiairement, du paragraphe 286(1) de la Loi. Lors de l'appel, l'appelante a soutenu notamment que la Cour de l'impôt avait erré dans son interprétation de ces deux dispositions de la Loi, lesquelles, selon elle, ne lui imposent aucune obligation d'obtenir et conserver de sa clientèle canadienne une copie de la prescription dont fait état l'article 9.

L'appelante est une société non résidente exploitant une entreprise de vente de lentilles cornéennes en ligne. Elle effectue la majorité de ses ventes aux États-Unis, mais compte, depuis quelques années, une clientèle au Canada; depuis 2013, elle est inscrite, aux termes de la Loi, aux fichiers de la TPS. En décembre 2014, la ministre a entrepris une vérification des affaires de l'appelante. Des avis de cotisation ont été émis pendant une période donnée à la suite de cette vérification, la ministre étant d'avis que les ventes effectuées au Canada par l'appelante pendant cette période ne constituaient pas des fournitures détaxées puisque l'appelante, qui ne requiert pas de sa clientèle

was unable to provide evidence in this regard. However, for the appellant to fill an order from a Canadian customer, this customer must be able to provide the appellant with the biometric information that is normally only found on a prescription or on the box of the contact lenses that the customer would like to reorder. The amount of GST that the appellant allegedly failed to collect for the audit period at issue was $29,770.97.

The issues were whether the T.C.C. judge erred in finding that the appellant, in order for the supply of contact lenses to its Canadian customers to be zero-rated, had to obtain and keep a copy of the prescription showing, for each customer, that the said lenses had to be used for the treatment or correction of a defect of vision; and if he erred in so finding, whether the T.C.C. judge also erred in holding that the appellant had failed to provide reasonable evidence of the existence of such prescriptions for the supplies made during the audit period at issue.

Held, the appeal should be dismissed.

The appellant was not required by the Act, as a *sine qua non* of the zero-rating, to obtain and keep a copy of the prescriptions for the supplies at issue. The T.C.C. judge correctly identified the various components of section 9, including that the lenses must be supplied or be scheduled to be supplied under the authority of a prescription prepared; the consumer must be named in the prescription or assessment record; and the persons issuing the prescription must be authorized by the law of the province in which they practise to prescribe contact lenses, etc. There was no dispute herein that each of these elements must be present to zero-rate a supply of contact lenses. Rather, the issue raised in this appeal was what is required to demonstrate that these elements are present. The T.C.C. judge considered that the supplier must obtain and keep a copy of the prescription. According to him, this is an essential condition. The T.C.C. judge erred in extending the scope of section 9 in this way. The wording of section 9 does not make any explicit reference to the fact that the contact lens supplier must obtain a copy of the prescription from its customers and then keep that copy. There was therefore a risk in this case that the interpretation adopted by the T.C.C. judge supplements the text of section 9, which the courts must refrain from doing. Furthermore, a few contextual elements weighed against the interpretation adopted by the T.C.C. judge, namely, Parliament's objective in adopting Part II of Schedule VI of the Act, the internal structure of the Act, and the 1999 amendment to the text of section 9. Even if the Act sets out the rule that all supplies are taxable and that therefore, zero-rated status is an exception to this rule, Parliament's objective in adopting Part II of Schedule VI of the Act, which deals with the zero-rating of supplies of medical and assistive

canadienne une copie de la prescription visée par l'article 9, n'était pas en mesure d'en faire la preuve. En revanche, pour que l'appelante puisse donner suite à la commande d'un client canadien, cette personne doit pouvoir lui fournir l'information biométrique que l'on ne retrouve normalement que dans une prescription ou, à défaut, sur la boîte des lentilles cornéennes dont le renouvellement est souhaité. Le montant de TPS que l'appelante aurait omis de percevoir pour la période de vérification en cause se chiffrait à 29 770,97 $.

Il s'agissait de savoir si le juge de la C.C.I. a commis une erreur en concluant que, pour que la fourniture de lentilles cornéennes à sa clientèle canadienne soit détaxée, l'appelante devait obtenir, et conserver, une copie de la prescription démontrant, pour chaque client, que lesdites lentilles devaient servir au traitement ou la correction d'un trouble visuel; et s'il a erré en concluant de la sorte, si le juge de la C.C.I. a par ailleurs également erré en jugeant que l'appelante n'avait pas réussi à fournir une preuve raisonnable de l'existence de telles prescriptions en lien avec les fournitures effectuées au cours de la période de vérification en cause.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

L'appelante n'était pas tenue par la Loi, comme condition *sine qua non* de la détaxation, d'obtenir et de conserver une copie des prescriptions liées aux fournitures en cause. Le juge de la C.C.I. a bien identifié les différentes composantes de l'article 9, incluant le fait que les lentilles doivent être soit fournies sur l'ordonnance écrite d'une personne, ou soit destinées à l'être; le consommateur doit être nommé à l'ordonnance ou au dossier d'évaluation; les personnes délivrant l'ordonnance doivent être autorisées par les lois de la province où elles exercent à prescrire des lentilles cornéennes, etc. Personne en l'espèce ne contestait que la présence de chacun de ces éléments est nécessaire à la détaxation d'une fourniture de lentilles cornéennes. La question que posait cet appel était plutôt celle de savoir ce qui est requis pour en faire la démonstration. Le juge de la C.C.I. a estimé que le fournisseur doit obtenir, et conserver, une copie de la prescription. Il s'agissait là, selon lui, d'une condition essentielle. Le juge de la C.C.I. a fait fausse route en étendant la portée de l'article 9 de la sorte. Le texte de l'article 9 ne contient aucune référence explicite au fait que le fournisseur de lentilles cornéennes doive obtenir de ses clients, et par la suite conserver, une copie de la prescription. Il y avait donc un risque, ici, que l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. ajoute au texte de l'article 9, ce que les tribunaux doivent se garder de faire. De plus, quelques éléments de contexte militaient à l'encontre de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I., soit l'objectif poursuivi par le Parlement en adoptant la partie II de l'annexe VI de la Loi, la structure interne de la Loi et l'amendement apporté au texte de l'article 9 en 1999. Même si la Loi établit comme règle que toute fourniture est taxable et, donc, que la détaxation constitue une exception à cette règle,

devices, appears to have been to ease the economic burden of persons who have a disability or impairment and for whom these devices are a necessity—a social objective that supported a generous interpretation of section 9. There was no reason not to give the provisions of Part II of Schedule VI of the Act, given their underlying objective, a broad and liberal interpretation insofar as the text of these provisions allowed for it. In this case, the T.C.C. judge overlooked this contextual element as he did not mention it at all in the decision. This undermined his reading of section 9, which imposed such a stringent burden on the appellant to demonstrate the tax status of its supplies of contact lenses to its Canadian customers. As to the internal structure of the Act, if Parliament had intended to impose specific obligations on contact lens suppliers with respect to obtaining and keeping supporting documents, it could have said so expressly, as it did elsewhere in the Act. When Parliament requires suppliers to keep supporting documents to substantiate their entitlement to certain benefits under the Act (zero-rated status for certain supplies, input tax credits), it seems that it does so explicitly but did not do this in section 9. In light of the principle that it is presumed that the legislature avoids superfluous words and does not speak in vain and that what it says in one case but does not say in another is presumed to reveal its intention, the T.C.C. could not, without erring in law, give an interpretation to section 9 that would require the supplier to obtain and keep a copy of the prescription that the customer received from an optometrist or another eye specialist. It is a matter of the internal consistency of the Act.

Finally, the 1999 amendment to the text of section 9 was another contextual element that weighed against the interpretation adopted by the T.C.C. judge. It was at that time that the words "are supplied" in this text were expanded to "are, or are to be, supplied". Thus, contact lenses prescribed for the treatment or correction of a defect of vision, instead of only being eligible for zero-rated status when they are supplied under the authority of a prescription prepared by a person entitled under the laws of the province in which that person practises to prescribe contact lenses, as was the case up until that time, became eligible for zero-rated status not only if they were supplied under the authority of a prescription prepared by such a person, but also if they were "to be … supplied" under the authority of such a prescription. Parliament's intention was to extend zero-rated status to the stages preceding the retail sale of contact lenses for the benefit of the various stakeholders in the supply chain—manufacturers, wholesalers and distributors—in order to "remove inconsistencies in treatment between different types of prescription eyewear and ease compliance burdens for suppliers. According to an opinion issued by the Minister

l'objectif poursuivi par le Parlement, en adoptant la partie II de l'annexe VI de la Loi, qui traite de la détaxation des fournitures d'appareils médicaux et d'appareils fonctionnels, semble avoir été d'alléger le fardeau économique de personnes souffrant d'un handicap ou d'une déficience et pour qui ces appareils sont une nécessité, un objectif à caractère social qui milite en faveur d'une interprétation généreuse de l'article 9. Il n'y avait pas de raison de ne pas interpréter les dispositions de la partie II de l'annexe VI de la Loi largement et libéralement, compte tenu de l'objectif qui les sous-tend, dans la mesure où leur texte le permet. En l'espèce, cet élément de contexte a échappé au juge de la C.C.I., qui n'en a fait aucunement mention dans la décision. Cela a fragilisé sa lecture de l'article 9 imposant à l'appelante un fardeau aussi strict de démonstration du statut fiscal de ses fournitures de lentilles cornéennes à sa clientèle canadienne. En ce qui concerne la structure interne de la Loi, si le Parlement avait voulu astreindre les fournisseurs de lentilles cornéennes à des obligations particulières en matière d'obtention et de rétention de pièces justificatives, il aurait pu le dire expressément, comme il l'a fait ailleurs dans la Loi. Lorsque le Parlement requiert des fournisseurs qu'ils conservent des pièces justificatives en vue d'étayer leur droit à certains avantages découlant de la Loi (détaxation de certaines fournitures, crédits de taxes pour intrants), il semble qu'il le fasse de manière explicite. Il ne l'a pas fait à l'article 9. À la lumière du principe voulant que le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ni s'exprimer en vain et que ce qu'il dit dans un cas, mais ne dit pas dans l'autre, est présumé révélateur de son intention, la C.C.I. ne pouvait, sans errer en droit, interpréter l'article 9 de manière à faire peser sur le fournisseur l'obligation d'obtenir et de conserver une copie de la prescription obtenue par le client d'un optométriste ou autre spécialiste de la vue. Il en va de la cohérence interne de la Loi.

Finalement, l'amendement de 1999 apporté au texte de l'article 9 constituait un autre élément de contexte jouant en défaveur de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. C'est à ce moment qu'ont été ajoutés à ce texte les mots « destinés à être fournis ». Ainsi, au lieu d'être seulement éligibles à la détaxation lorsqu'elles sont fournies sur l'ordonnance écrite d'une personne autorisée par les lois de la province où elle exerce à prescrire des lentilles cornéennes, comme c'était le cas jusqu'à alors, les lentilles cornéennes prescrites pour le traitement ou la correction d'un trouble visuel devenaient éligibles à la détaxation si elles étaient non seulement fournies sur l'ordonnance écrite d'une telle personne, mais aussi si elles étaient « destinées à être fournies » sur une telle ordonnance. L'intention du Parlement était d'étendre la détaxation aux étapes précédant la vente au détail des lentilles cornéennes au bénéfice des divers intervenants de la chaîne d'approvisionnement — fabricants, grossistes et distributeurs — et ce de manière à éliminer les incohérences entre les régimes applicables aux divers types de lunettes et de lentilles cornéennes prescrites et d'alléger le fardeau d'observation des fournisseurs. Selon une opinion

via the Canada Revenue Agency on October 2, 2000 (the October 2000 Opinion), this meant that henceforth, supplies could be zero-rated without a prescription (at least for supplies made at the pre-retail level) provided that the contact lenses at issue were of the same type as those normally supplied under the authority of a prescription. The appellant's argument that Parliament therefore intended to make unconditional the zero-rating of contact lenses supplied for the treatment or correction of a defect of vision was rejected. The words "are supplied" were expanded to "are, or are to be, supplied" for the benefit of manufacturers, wholesalers and distributors and not for the benefit of retailers. This is how the October 2000 Opinion had to be construed, an opinion that clearly concerned "pre-retail level" sales and which best reflected the purpose of this amendment. This purpose was not to make the zero-rating of contact lenses unconditional, a position inconsistent with the text of section 9. That said, the 1999 amendment also unquestionably reflected Parliament's intention to adopt a more flexible approach with regard to the conditions for the zero-rating of contact lenses sold for the purpose of treating or correcting a defect of vision, as well as with regard to what is needed to demonstrate that these conditions have been met. Therefore, it cannot have been Parliament's intention to ease the compliance burden on manufacturers and distributors to this extent while requiring that retailers meet a burden as stringent as the one imposed on them pursuant to the T.C.C. judge's interpretation. Furthermore, subsection 286(1) of the Act, which creates an obligation for every person who is bound under the terms of Part IX of the Act to keep records, does not allow the Minister, when performing an audit of supplies referred to in Section 9, to tax such supplies on the sole basis that the supplier or retailer did not require from its customers a copy of the prescriptions related to its supplies and did not keep this copy on file. The Act does not dictate the specific contents of the records referred to in subsection 286(1). Consequently, the T.C.C. judge erred in law insofar as he added into subsection 286(1) of the Act a requirement that does not appear in that subsection, namely, the requirement that the appellant would have had to obtain and keep, within the records that it maintained under that subsection, a copy of the prescriptions issued to its Canadian customers by health care professionals. These records provided a way, but not the only possible way, to determine the tax status of the supplies at issue during the reporting periods referred to in the notices of assessment issued by the Minister. Therefore, the T.C.C. judge could not use subsection 286(1) to compensate for the silence of section 9 without erring.

In finding that the appellant had not provided reasonable evidence that the supplies at issue were zero-rated, the T.C.C. judge did not make any errors that would warrant the Court's intervention. In his analysis, the T.C.C. judge asserted that if he had erred in finding that section 9 requires that a copy of a valid prescription be obtained and kept as an essential condition for

émise par la ministre, via l'Agence du revenu du Canada, le 2 octobre 2000 (l'opinion d'octobre 2000), cela signifiait que dorénavant, la détaxation devenait possible en l'absence d'une prescription (du moins pour les fournitures précédant la vente au détail), pourvu que les lentilles cornéennes en cause soient du même type que celles normalement fournies sur prescription. L'argument de l'appelante selon lequel le Parlement entendait ainsi rendre inconditionnelle la détaxation des lentilles cornéennes fournies pour traiter ou corriger un trouble visuel a été rejeté. L'ajout des mots « destinées à être fournies » a été fait au bénéfice des fabricants, grossistes et distributeurs, et non au profit des détaillants. C'est de cette façon qu'il faut comprendre l'opinion d'octobre 2000, laquelle visait clairement les ventes précédant la vente au détail et traduit le mieux l'intention derrière cet amendement. Cette intention n'était pas de rendre la détaxation des fournitures de lentilles cornéennes inconditionnelle, une position qui est incompatible avec le texte de l'article 9. Ceci dit, l'amendement de 1999 dénotait par ailleurs sans contredit une volonté de la part du Parlement d'adopter une approche plus souple eu égard aux conditions de détaxation des lentilles cornéennes vendues aux fins de traiter ou corriger un trouble de la vue, et à ce qui est nécessaire en vue de démontrer que ces conditions ont été remplies. Il ne peut donc avoir été l'intention du Parlement d'alléger à ce point le fardeau d'observation des fabricants et distributeurs tout en imposant aux détaillants un fardeau aussi strict que celui auquel l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. les astreint. De plus, le paragraphe 286(1) de la Loi, lequel crée à l'égard de toute personne tenue, aux termes de la partie IX de la Loi, une obligation de tenir des registres, n'autorise pas la ministre, lorsqu'elle procède à une vérification portant sur des fournitures visées par l'article 9, à taxer de telles fournitures sur la seule base que le fournisseur ou détaillant n'a pas requis de ses clients, et n'a pas conservé, une copie des prescriptions liées à ses fournitures. La Loi ne dicte pas le contenu précis des registres auxquels le paragraphe 286(1) réfère. En conséquence, dans la mesure où il est venu greffer au paragraphe 286(1) de la Loi une exigence qui n'y apparaît pas, soit celle qui aurait obligé l'appelante à obtenir et conserver dans les registres qu'elle maintient par ailleurs aux termes dudit paragraphe, une copie des prescriptions délivrées à sa clientèle canadienne par des professionnels de la santé, le juge de la C.C.I. a erré en droit. Ces registres étaient un moyen, mais non pas le seul moyen possible, permettant de déterminer le statut fiscal des fournitures en cause pendant les périodes de déclaration visées par les avis de cotisation émis par la ministre. Par conséquent, le juge de la C.C.I. ne pouvait, sans errer, se servir du paragraphe 286(1) pour pallier le silence de l'article 9.

Le juge de la C.C.I. n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour en concluant que l'appelante n'avait pas fourni une preuve raisonnable du caractère détaxé des fournitures en cause. Dans son analyse, le juge de la C.C.I. a affirmé que dans la mesure où il avait tort de conclure que l'article 9 exige que la copie d'une prescription valide soit obtenue

zero-rated status, the testimony provided did not support the conclusion that the appellant had reasonable proof that a prescription had been issued. The appellant's evidence was sparse and based on assumptions and deduction, without any verification. This is what led the Minister to state that the appellant had not discharged its burden of demonstrating, by means of reasonable evidence, that the supplies at issue in this case met the conditions of section 9. Even though the appellant was not required to obtain and keep a copy of the relevant prescriptions, the appellant, in order to demonstrate that it was entitled to zero-rating, was still required to provide sufficient and credible evidence of their existence. It could not be concluded in this case that the appellant was successful, especially since the evidence in the record showed that the appellant could do more to discharge its burden of meeting the conditions for section 9 to apply. It was this total lack of even the slightest amount of effort that led the T.C.C. judge to find, in the alternative, that the appellant had not met its burden of establishing, by means of sufficient and credible evidence, the existence of prescriptions for the supplies taxed by the Minister. Thus, the T.C.C. judge could not be criticized, in light of the evidence in the record, for having ruled as he did because there was some evidence upon which he relied to reach his conclusion on this point.

et conservée comme condition essentielle de détaxation, la preuve testimoniale ne permettait pas de confirmer que l'appelante avait une preuve raisonnable qu'une ordonnance avait été émise. La preuve de l'appelante était lacunaire et basée sur des hypothèses et déduction, sans quelconque vérification. C'est ce qui a fait dire à la ministre que l'appelante n'avait pas rencontré son fardeau de démontrer, par une preuve raisonnable, que les fournitures en cause en l'espèce rencontraient les conditions de l'article 9. Même si l'appelante n'était pas tenue d'obtenir et conserver une copie des prescriptions pertinentes, l'appelante se devait tout de même, afin d'établir son droit à la détaxation, de présenter une preuve suffisante et crédible de leur existence. Il ne pouvait pas être conclu en l'espèce que l'appelante avait présenté une preuve suffisante, d'autant plus que l'on savait, de la preuve au dossier, que l'appelante pouvait en faire davantage pour rencontrer le fardeau qui était le sien de satisfaire aux conditions d'application de l'article 9. C'était cette absence totale d'effort, même minimal, qui a amené le juge de la C.C.I. à conclure, à titre subsidiaire, que l'appelante n'avait pas rencontré son fardeau d'établir, par une preuve suffisante et crédible, l'existence des prescriptions liées aux fournitures taxées par la ministre. Ainsi, on ne pouvait reprocher au juge de la C.C.I., à la lumière de la preuve au dossier, d'avoir conclu comme il l'a fait puisqu'il existait des éléments de preuve qui étayaient sa décision sur ce point.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 2(1), 143(1)(b), 221(1), 286(1), 286(1.1); Sch. VI, Part I, s. 1 "prescription"; Part II, s. 9; Part V, ss. 1(e), 15.1(a)(v); Part VII, ss. 1 "continuous journey", 10.
Fairness to Contact Lens Consumers Act, 15 U.S.C. §§ 7601–7610.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 118.2–118.4.
Input Tax Credit Information (GST/HST) Regulations, SOR/91-45.
Règlement sur les ordonnances verbales ou écrites d'un optométriste, C.Q.L.R., c. O-7, r. 15, ss. 1(6°), 5.
Regulation respecting the keeping of the optometrical record, C.Q.L.R., c. O-7, r. 20, s. 2.02.
Retail Sales Act, R.S.O. 1990, c. R.31.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Fairness to Contact Lens Consumers Act, 15 U.S.C. §§ 7601–7610.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1, art. 118.2–118.4.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 2(1), 143(1)b), 221(1), 286(1), 286(1.1); ann. VI, partie I, art. 1 « ordonnance »; partie II, art. 9; partie V, art. 1e), 15.1a)(v); partie VII, art. 1 « voyage continu », 10.
Loi sur la taxe de vente au détail, L.R.O. 1990, ch. R.31.
Règlement sur la tenue du dossier optométrique, R.L.R.Q., ch. O-7, r. 20, art. 2.02.
Règlement sur les ordonnances verbales ou écrites d'un optométriste, R.L.R.Q., ch. O-7, r. 15, art. 1(6°), 5.
Règlement sur les renseignements nécessaires à une demande de crédit de taxe sur les intrants, DORS/91-45.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

CONSIDERED:

Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance), 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Canada*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances), 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Canada*

v. Villa Ste-Rose Inc., 2021 FCA 35, [2021] 3 F.C.R. 89, [2021] F.C.J. No. 174 (QL); *1882320 Ontario Inc. v. The Queen*, 2019 TCC 81, 2019 D.T.C. 1077; *Nwaukoni v. The Queen*, 2018 TCC 252, 300 A.C.W.S. (3d) 212; *Canada v. South Yukon Forest Corp.*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, [2012] F.C.J. No. 669 (QL).

REFERRED TO:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328; *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, [1995] S.C.J. No. 16 (QL); *Johnston v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 169 (QL), 98 D.T.C. 6169; *Toronto Transit Commission v. Ontario (Finance)*, 2008 CanLII 67910, [2009] 5 C.T.C. 211, [2008] O.J. No. 5251 (QL) (Ont. S.C.J.), aff'd 2009 ONCA 658, [2009] O.J. No. 3771 (QL); *Canada v. Canada North Group Inc.*, 2021 SCC 30, [2021] 2 S.C.R. 571, 2021 D.T.C. 5080; *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, 83 D.T.C. 5041; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, 90 D.T.C. 6243; *Chandan v. The Queen*, 2005 TCC 685, D.T.C. 1563; *Rotondi v. The Queen*, 2010 TCC 378, 2010 D.T.C. 1240, 192 A.C.W.S. (3d) 668; *P.R. Investments Inc. v. The Queen*, 2006 TCC 686, [2006] G.S.T.C. 160; *Atlantic Mini & Modular Homes (Truro) v. The Queen*, [1999] T.C.J. No. 431 (QL), 99 G.T.C. 3197 (T.C.C.); *Tiger-Vac International inc. c. Mambro*, 2021 QCCA 53, [2021] J.Q. No. 129 (QL); *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, [1987] B.C.J. No. 470 (QL) (C.A.).

AUTHORS CITED

Canada Revenue Agency. *Keeping Records*, RC4409. Ottawa: CRA, 2013.

Côté, Pierre-André and Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 5th ed. Montréal: Thémis, 2021.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Department of Finance. "Secretary of State Announces Sales Tax Measures Including a Change in the Effective Date Of Previously Proposed Passenger Transportation Measures", 1999-086 news release (October 8, 1999).

GST Headquarters Letters. *30920 GST/HST Interpretation Proposed Law*, "Application of GST/HST to Frame and Clip-on Sets: Specifically Designed for Prescription Eyeglasses" (October 2, 2000), online.

c. Villa Ste-Rose Inc., 2021 CAF 35, [2021] 3 R.C.F. 89, [2021] A.C.F. nº 174 (QL); *1882320 Ontario Inc. c. La Reine*, 2019 CCI 81; *Nwaukoni c. La Reine*, 2018 CCI 252; *Canada c. South Yukon Forest Corp.*, 2012 CAF 165, [2012] A.C.F. nº 669 (QL).

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328; *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, [1995] A.C.S. nº 16 (QL); *Johnston c. Canada*, [1998] A.C.F. nº 169 (QL), 98 C.P.R. 6169; *Toronto Transit Commission v. Ontario (Finance)*, 2008 CanLII 67910, [2009] 5 C.T.C. 211, [2008] O.J. nº 5251 (QL) (C. sup. Ont.), conf. par 2009 ONCA 658, [2009] O.J. nº 3771 (QL); *Canada c. Canada North Group Inc.*, 2021 CSC 30, [2021] 2 R.C.S. 571; *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *Chandan v. The Queen*, 2005 CCI 685; *Rotondi c. La Reine*, 2010 CCI 378; *P.R. Investments Inc. c. The Queen*, 2006 CCI 686, [2006] G.S.T.C. 160; *Atlantic Mini & Modular Homes (Truro) c. La Reine*, [1999] A.C.I. nº 431 (QL) (C.C.I.); *Tiger-Vac International inc. c. Mambro*, 2021 QCCA 53, [2021] J.Q. nº 129 (QL); *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, [1987] B.C.J. nº 470 (QL) (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. *Conservation de registres (Guide)*, RC4409. Ottawa : ARC, 2013.

Côté, Pierre-André et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 5e éd. Montréal : Thémis, 2021.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes,* 2e éd. Toronto : Butterworths, 1983.

Ministère des Finances. « Le secrétaire d'État annonce des mesures concernant la taxe de vente, y compris le changement de la date d'application des mesures sur les services de transport de passagers déjà proposées », communiqué 1999-086 (8 octobre 1999).

GST Headquarters Letters. *30920 GST/HST Interpretation Proposed Law*, « Application of GST/HST to Frame and Clip-on Sets : Specifically Designed for Prescription Eyeglasses » (2 octobre 2000), en ligne.

Sherman, David M. "Division VIII: 286 – Keeping Books and Records" in *Canada GST Service: Analysis/Commentary*. Toronto: Thomson Reuters, 1990.
Sherman, David M. «Sch. VI – Part II – Medical and Assistive Devices: C. Liberal Interpretation Required » in *Canada GST Service: Analysis/Commentary*. Toronto: Thomson Reuters, 1990.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 7th ed. Toronto: LexisNexis, 2022.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2020 TCC 71, [2020] G.S.T.C. 30) finding that the appellant's supply of lenses to customers residing in Canada was not a zero-rated supply within the meaning of the *Excise Tax Act* and more specifically section 9 of Part II of Schedule VI of the Act. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Guillaume Rochon and *Marie Arcand* for appellant.
Pavol PJ Janura and *Charles Junior Jean* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Ravinsky Ryan Lemoine, s.e.n.c.r.l., Montréal, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following is the English version of the reasons for judgment rendered by

[1] LeBlanc J.A.: The appellant, a non-resident corporation that is in the business of selling contact lenses online, is challenging a judgment that was rendered by Justice Guy R. Smith of the Tax Court of Canada (T.C.C.) on July 28, 2020 (reasons amended on July 31, 2020) and that is cited as 2020 TCC 71, [2020] G.S.T.C. 30 (the Decision). The issue before Justice Smith (or the T.C.C. judge) essentially concerned whether the supply of such lenses to customers residing in Canada is a zero-rated supply within the meaning of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the Act), and more specifically, Section 9 of Part II of Schedule VI of the Act (Section 9).

Sherman, David M. « Division VIII : 286 – Keeping Books and Records » dans *Canada GST Service : Analysis/Commentary*. Toronto : Thomson Reuters, 1990.
Sherman, David M. « Sch. VI – Part II – Medical and Assistive Devices : C. Liberal Interpretation Required » dans *Canada GST Service : Analysis/Commentary*. Toronto : Thomson Reuters, 1990.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 7e éd. Toronto : LexisNexis, 2022.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2020 CCI 71, [2020] G.S.T.C. 30) portant que la fourniture, par l'appelante, de lentilles à des clients résidant au Canada constituait une fourniture détaxée au sens de la *Loi sur la taxe d'accise* et, plus particulièrement, de l'article 9 de la partie II de l'annexe VI de la Loi. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Guillaume Rochon et *Marie Arcand* pour l'appelante.
Pavol PJ Janura et *Charles Junior Jean* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ravinsky Ryan Lemoine, s.e.n.c.r.l., Montréal, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé.

Voici les motifs du jugement rendus en français par

[1] Le juge LeBlanc, J.C.A. : L'appelante, une société non résidente exploitant une entreprise de vente de lentilles cornéennes en ligne, conteste un jugement du juge Guy R. Smith de la Cour canadienne de l'impôt (la C.C.I.) rendu en date du 28 juillet 2020 (motifs modifiés le 31 juillet 2020) et répertorié à 2020 CCI 71 (la Décision). Le débat devant le juge Smith (ou le juge de la C.C.I.) portait essentiellement sur la question de savoir si la fourniture de telles lentilles à des clients résidant au Canada constitue une fourniture détaxée au sens de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la Loi), et plus particulièrement, de l'article 9 de la partie II de l'annexe VI de la Loi (l'Article 9).

[2] A zero-rated supply is a supply taxed at zero percent, meaning that the supplier that makes this supply does not have to collect goods and services tax (GST) on it. Otherwise, the supplier collects GST, as set out in subsection 221(1) of the Act. In the case of a supplier outside Canada, this obligation, still in respect of taxable supplies, arises if, as provided for in paragraph 143(1)(b) of the Act, the supplier is GST "registered", which is the case for the appellant.

[3] Section 9 reads as follows:

SCHEDULE VI

…

PART II

…

9 A supply of eyeglasses or contact lenses if the eyeglasses or contact lenses are, or are to be, supplied under the authority of a prescription prepared, or an assessment record produced, by a person for the treatment or correction of a defect of vision of a consumer named in the prescription or assessment record and the person is entitled under the laws of the province in which the person practises to prescribe eyeglasses or contact lenses, or to produce an assessment record to be used for the dispensing of eyeglasses or contact lenses, for the treatment or correction of the defect of vision of the consumer.

[4] The T.C.C. judge ruled that in order to benefit from zero-rating, the appellant had to obtain and keep a copy of the prescription or assessment record (the Prescription) that was issued by a health care professional; this prescription is referred to in Section 9. According to the T.C.C. judge, it was the only way for the respondent, represented here by the Minister of National Revenue (the Minister), to find that the appellant's Canadian customers had a Prescription for the treatment and correction of a defect of vision. The T.C.C. judge held that this requirement was an essential condition for the supplies at issue to receive zero-rated status; he arrived at this conclusion based on an analysis of the language, context and purpose of Section 9 as well as of the duty to keep records, which also apparently stems from that section and, alternatively, from subsection 286(1) of the Act.

[2] Une fourniture détaxée est une fourniture taxée à un taux nul, faisant en sorte que le fournisseur qui la délivre n'a pas à percevoir la taxe sur les produits et services (la TPS) sur cette fourniture. Au cas contraire, la TPS est percevable par le fournisseur, comme le prévoit le paragraphe 221(1) de la Loi. Dans le cas d'un fournisseur étranger, cette obligation, lorsqu'il est question de fournitures taxables toujours, s'impose si, comme le stipule l'alinéa 143(1)b) de la Loi, celui-ci est « inscrit » au fichier de la TPS, ce qui est le cas de l'appelante.

[3] L'Article 9 se lit comme suit :

ANNEXE VI

[…]

PARTIE II

[…]

9 La fourniture de lunettes ou de lentilles cornéennes, lorsqu'elles sont fournies ou destinées à être fournies sur l'ordonnance écrite d'une personne, ou conformément au dossier d'évaluation établi par une personne, pour le traitement ou la correction d'un trouble visuel du consommateur qui y est nommé et que la personne est autorisée par les lois de la province où elle exerce à prescrire des lunettes ou des lentilles cornéennes, ou à établir un dossier d'évaluation devant servir à délivrer des lunettes ou des lentilles cornéennes, pour le traitement ou la correction du trouble visuel du consommateur.

[4] Le juge de la C.C.I. a statué que pour bénéficier de la détaxation, l'appelante devait obtenir et conserver une copie de l'ordonnance ou du dossier d'évaluation (la Prescription) émanant d'un professionnel de la santé, à laquelle réfère l'Article 9, seule façon, selon lui, pour l'intimé, ici représenté par la ministre du Revenu national (la Ministre), de conclure que les clients canadiens de l'appelante ont en main une Prescription pour le traitement et la correction d'un trouble visuel. Le juge de la C.C.I. a conclu que cette exigence s'imposait comme condition essentielle à la détaxation des fournitures en cause, d'un examen du texte, du contexte et de l'objet de l'Article 9 de même que de l'obligation de maintenir des registres, laquelle découlerait aussi dudit Article et, subsidiairement, du paragraphe 286(1) de la Loi.

[5] The appellant argues that the T.C.C. judge erred in his interpretation of these two provisions of the Act, which, in the appellant's view, do not impose on it a duty to obtain from its Canadian customers a copy of the Prescription referred to in Section 9 and keep that copy. The appellant further claims that the interpretation adopted by the T.C.C. judge runs counter to the tax policy underlying the general zero-rating of supplies of contact lenses. Finally, the appellant criticizes the T.C.C. judge for not having taken into consideration the evidence in the record showing that the appellant's Canadian customers, to be able to submit an order to the appellant for contact lenses for the treatment or correction of a defect of vision, must have a Prescription because those customers must provide the appellant with specialized biometric information that can normally only be found on a Prescription.

[6] For her part, the Minister conceded at the hearing that Section 9 does not go as far as stating that the supplier must absolutely obtain and keep a copy of the Prescription; however, she submits that this provision requires, at the very least, that reasonable evidence be provided of the Prescription's existence, which, according to the Minister, the appellant failed to do because the evidence that it submitted in this regard was strictly speculative. The Minister contends that there is therefore no reason to interfere with the decision of the T.C.C. judge.

[7] For the reasons set out below, I am of the view that the appellant was not required under the Act to obtain and keep a copy of the Prescriptions relating to the supplies at issue, but that it still had to prove that the Prescriptions existed by providing sufficient and credible evidence. On this latter point, however, I consider that in finding that the appellant had not met this burden, the T.C.C. judge did not commit any error that would justify this Court's intervention.

I. Background

[8] The facts relevant to this case are relatively straightforward and are, for all intents and purposes, undisputed. They are set out, in part, in an agreement filed by the parties before the T.C.C. judge and are based in particular on the information posted on the website that the appellant

[5] L'appelante soutient que le juge de la C.C.I. a erré dans son interprétation de ces deux dispositions de la Loi, lesquelles, selon elle, ne lui imposent aucune obligation d'obtenir et conserver de sa clientèle canadienne une copie de la Prescription dont fait état l'Article 9. Elle prétend également que l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. est contraire à la politique fiscale sous-jacente à la détaxation générale des fournitures de lentilles cornéennes. Enfin, l'appelante reproche au juge de la C.C.I. de ne pas avoir pris en considération la preuve au dossier démontrant que sa clientèle canadienne, pour être en mesure de passer auprès d'elle une commande de lentilles cornéennes pour le traitement ou la correction d'un trouble visuel, doit nécessairement être en possession d'une Prescription, puisqu'elle doit fournir à l'appelante des informations biométriques pointues que l'on ne peut normalement trouver ailleurs que dans une Prescription.

[6] Pour sa part, la Ministre, bien qu'elle ait concédé à l'audience que l'Article 9 ne va pas jusqu'à dire que le fournisseur doit absolument obtenir et conserver une copie de la Prescription, soutient que cette disposition requiert, à tout le moins, une preuve raisonnable de son existence, ce que l'appelante, selon elle, n'a pas réussi à faire, la preuve qu'elle a présentée à cet égard étant purement conjecturelle. Il n'y a dès lors pas lieu, plaide la Ministre, d'interférer avec la décision du juge de la C.C.I.

[7] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que l'appelante n'était pas tenue par la Loi d'obtenir et conserver une copie des Prescriptions liées aux fournitures en cause, mais qu'elle se devait tout de même d'en prouver l'existence au moyen d'une preuve suffisante et crédible. À ce dernier égard, j'estime, en revanche, qu'en concluant que l'appelante n'avait pas rencontré ce fardeau, le juge de la C.C.I. n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de notre Cour.

I. Contexte

[8] Les faits pertinents à la présente affaire sont relativement simples et ne sont, à toutes fins utiles, pas contestés. Ils sont consignés, en partie, dans une entente déposée par les parties devant le juge de la C.C.I. et sont notamment fondés sur l'information contenue au site Web opéré

runs for the purposes of its business (the Transaction Site) and on the testimony of the appellant's president, Samir Gad, who was the only witness heard at the trial.

[9] These facts can be summarized as follows:

(a) The appellant is a company incorporated in the United States; it has been in business since the early 2000s; it is an authorized reseller of four major brands of contact lenses; its customers are people who wish to replenish their supply of contact lenses at an attractive price;

(b) The appellant makes most of its sales in the United States but has had customers in Canada for several years; it has been a GST registrant under the Act since 2013; as such, it submits quarterly reports to the Minister on its Canadian sales; these reports show that it does not collect GST on the said sales; it does not collect it because it considers these sales to be zero-rated supplies;

(c) In December 2014, the Minister initiated an audit of the appellant's business, which covered the first three quarters of 2014; notices of assessment were issued as a result of this audit, the Minister being of the opinion that the sales that the appellant had made in Canada during this period were not zero-rated supplies because the appellant, who does not require that its Canadian customers provide a copy of the Prescription referred to in Section 9, was unable to provide evidence in this regard;

(d) Indeed, when the appellant sells contact lenses to a customer who is in Canada, that person is not required to seek to have his or her Prescription verified by a health care professional—this is contrary to what is done in the United States, where there is a legal requirement to do so under the *Fairness to Contact Lens Consumers Act* [15 U.S.C. §§ 7601–7610]; the appellant does not make this a requirement either, in particular for reasons related to competitiveness, and does not check whether the

par l'appelante aux fins de ses activités commerciales (le Site transactionnel) et sur le témoignage du président de cette dernière, M. Samir Gad, seul témoin entendu au procès.

[9] Ces faits peuvent se résumer comme suit :

a) L'appelante est une compagnie incorporée aux États-Unis; elle est en activité depuis le début des années 2000; elle est revendeuse autorisée de quatre grandes marques de lentilles cornéennes; ses clients sont des gens qui souhaitent renouveler leur provision de lentilles cornéennes à un prix avantageux;

b) L'appelante effectue la majorité de ses ventes aux États-Unis, mais compte, depuis quelques années, une clientèle au Canada; depuis 2013, elle est inscrite, aux termes de la Loi, aux fichiers de la TPS; à ce titre, elle produit auprès de la Ministre des rapports trimestriels sur ses ventes canadiennes; ces rapports montrent qu'elle ne perçoit pas la TPS sur lesdites ventes; elle ne la perçoit pas parce qu'elle considère qu'il s'agit là de fournitures détaxées;

c) En décembre 2014, la Ministre entreprend une vérification des affaires de l'appelante, laquelle vise les trois premiers trimestres de 2014; cette vérification mène à l'émission d'avis de cotisation, la Ministre étant d'avis que les ventes effectuées au Canada par l'appelante pendant cette période ne constituent pas des fournitures détaxées puisque l'appelante, qui ne requiert pas de sa clientèle canadienne une copie de la Prescription visée par l'Article 9, n'est pas en mesure d'en faire la preuve;

d) Effectivement, lorsque l'appelante vend des lentilles cornéennes à un client se trouvant au Canada, cette personne — contrairement à ce qui est le cas aux États-Unis, où la loi, le *Fairness to Contact Lens Consumers Act* [15 U.S.C. §§ 7601–7610], en fait une obligation — n'a pas à chercher à faire valider sa Prescription par un professionnel de la santé; l'appelante ne le requiert pas non plus, notamment pour des raisons de compétitivité, et ne vérifie pas si l'information biométrique consignée au

biometric information recorded on the order form matches the information on the Prescription or even whether the Prescription is still valid;

(e) However, for the appellant to fill an order from a Canadian customer, this customer must be able to provide the appellant with the biometric information—such as the base curve, diameter and strength for each eye—that is normally only found on a Prescription or, if one is not available, on the box of the contact lenses that the customer would like to reorder.

[10] The amount of GST that the appellant allegedly failed to collect for the audit period at issue is $29,770.97.

II. Decision

[11] Noting that Section 9 had never been the subject of judicial interpretation before, the T.C.C. judge proceeded to analyze this provision by applying the well-known principle of statutory interpretation according to which "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (Decision, at paragraph 32, citing Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed., (Toronto: Butterworths, 1983) (Driedger), at page 87). However, he pointed out, this time citing the Supreme Court of Canada in *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715 (*Placer Dome*), at paragraph 21, that because of the degree of precision and detail characteristic of many tax provisions, "a greater emphasis has often been placed on textual interpretation" (Decision, at paragraph 33).

[12] After listing what the T.C.C. judge considered to be the five conditions for zero-rating set out in Section 9, the T.C.C. judge determined that the appellant, in order to benefit from zero-rating, had to establish that each criterion had been met and could therefore not take these criteria for granted. According to the T.C.C. judge, a textual analysis of the provision also shows that if a supplier does not obtain from its customer, as was the case for the appellant, evidence that a Prescription was prepared for

bon de commande correspond à celle apparaissant à la Prescription ou encore si celle-ci est toujours valide;

e) En revanche, pour que l'appelante puisse donner suite à la commande d'un client canadien, cette personne doit pouvoir lui fournir l'information biométrique — telle que la courbure de base, le diamètre et la puissance pour chaque œil — que l'on ne retrouve normalement que dans une Prescription ou, à défaut, sur la boîte des lentilles cornéennes dont le renouvellement est souhaité.

[10] Le montant de TPS que l'appelante aurait omis de percevoir pour la période de vérification en cause se chiffre à 29 770,97 $.

II. La Décision

[11] Notant que l'Article 9 n'avait jamais fait l'objet d'une interprétation judiciaire auparavant, le juge de la C.C.I. a procédé à l'analyse de cette disposition en appliquant le principe d'interprétation des lois bien connu suivant lequel « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (Décision, au paragraphe 32, citant Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2e éd., (Toronto : Butterworths, 1983) (Driedger), à la page 87). Il a toutefois souligné, citant cette fois l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715 (*Placer Dome*), au paragraphe 21, que le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales « a souvent incité à mettre davantage l'accent sur l'interprétation textuelle » (Décision, au paragraphe 33).

[12] Après avoir dressé la liste de ce qu'elle considérait être les cinq conditions de détaxation prévues à l'Article 9, le juge de la C.C.I. a déterminé que l'appelante, pour pouvoir en bénéficier, devait faire la preuve de chaque composante et ne pouvait, par conséquent, les tenir pour acquises. Une analyse textuelle de la disposition démontre d'ailleurs, selon le juge de la C.C.I., que si un fournisseur n'obtient pas de son client, comme c'est le cas de l'appelante, la preuve qu'une Prescription a été établie pour ce

this customer, the supplier is not in a position to verify whether (i) the lens order matches the Prescription; (ii) the Prescription was issued by an authorized person; (iii) the Prescription was issued for the customer who is named in that Prescription; and (iv) the lenses that were ordered will be used for the treatment or correction of a defect of vision (Decision, at paragraph 36). The T.C.C. judge also noted that Section 9 does not apply differently because the appellant only provides a contact lens replacement service (Decision, at paragraph 40).

[13] The T.C.C. judge then determined that this reading of the wording of Section 9 was perfectly consistent with the objective of Part II of Schedule VI of the Act, which, in his view, is to provide zero-rated status to the supply of medical devices—unlike the supply of devices sold for cosmetic, aesthetic or non-medical purposes—provided that the medical devices are supplied by, or under the supervision of, a health care professional (Decision, at paragraphs 42–43). According to the T.C.C. judge, this presupposes the existence of a Prescription prepared by a health care professional (Decision, at paragraph 46). For a supplier who cannot provide evidence that this Prescription exists, the supply of such devices is taxable (Decision, at paragraph 47).

[14] In so finding, the T.C.C. judge rejected the appellant's argument that Parliament intended to provide zero-rated status to the supply of contact lenses regardless of how they are sold in Canada because simply dispensing such lenses in Canada is not an act that provincial law reserves for health care professionals. In doing so, the T.C.C. judge departed from provincial appellate court rulings establishing that the mere sale of contact lenses by a business operating in one province to a customer residing in another province was neither a violation of legislation governing the field of optometry nor an illegal practice of the profession. Indeed, according to the T.C.C. judge, whether or not contact lenses sold in Canada by the appellant should be taxed does not depend on whether the appellant's commercial activities comply with applicable provincial regulations; it depends solely on the interpretation of Section 9 (Decision, at paragraph 56).

client, il n'est pas en mesure de vérifier si (i) la commande de lentilles y est conforme, (ii) la Prescription est émise par une personne autorisée, (iii) qu'elle l'est pour le client qui y est nommé, et que (iv) les lentilles commandées vont servir au traitement ou à la correction d'un trouble de la vue (Décision, au paragraphe 36). L'Article 9, ajoute-t-il, ne s'applique pas différemment parce que l'appelante n'offre qu'un service de remplacement de lentilles cornéennes (Décision, au paragraphe 40).

[13] Le juge de la C.C.I. a ensuite déterminé que cette lecture du texte de l'Article 9 était en parfaite harmonie avec l'objet de la partie II de l'annexe VI de la Loi, qui, selon lui, contrairement aux appareils vendus pour des fins cosmétiques, esthétiques ou non médicales, est de détaxer la fourniture d'appareils médicaux, à la condition que ceux-ci soient fournis par, ou sous la supervision, d'un professionnel de la santé (Décision, aux paragraphes 42–43). Cela suppose, selon le juge de la C.C.I., l'existence d'une Prescription établie par un professionnel de la santé (Décision, au paragraphe 46). Pour le fournisseur qui n'est pas en mesure de faire la preuve de l'existence de cette Prescription, la fourniture de tels appareils est taxable (Décision, au paragraphe 47).

[14] En concluant de la sorte, le juge de la C.C.I. a rejeté l'argument de l'appelante suivant lequel l'intention du législateur était de détaxer la fourniture de lentilles cornéennes peu importe la manière dont celles-ci sont vendues au Canada, puisque la simple livraison de telles lentilles au Canada n'est pas un acte réservé aux professionnels de la santé par les lois provinciales. Ce faisant, il a écarté des décisions de cours d'appel provinciales établissant que la simple vente de lentilles cornéennes d'une entreprise ayant pignon sur rue dans une province à un client résidant dans une autre province ne constituait ni une contravention aux lois régissant le domaine de l'optométrie, ni un exercice illégal de cette discipline. En effet, selon le juge de la C.C.I., le caractère taxable ou non des lentilles cornéennes vendues au Canada par l'appelante ne dépend pas de la conformité de ses activités commerciales à la réglementation provinciale applicable; il ne dépend que de l'interprétation de l'Article 9 (Décision, au paragraphe 56).

[15] Finally, the T.C.C. judge stated that he was of the opinion that the need to obtain and keep a copy of the Prescription relating to the dispensing of contact lenses to a Canadian customer also flowed from the appellant's duty to keep records; according to the T.C.C. judge, this duty arose not only from the wording of Section 9, but also from the wording of subsection 286(1) of the Act, as evidenced by the T.C.C. case law, which has repeatedly recognized the duty to keep records for zero-rated supplies (Decision, at paragraphs 62–66).

[16] The T.C.C. judge was of the view that his finding would not have been different even if he had accepted the appellant's submission that it was reasonable to assume that when customers place an order, they have a Prescription in their possession, because in such a scenario, the appellant would not be able to verify whether the Prescription had expired. The T.C.C. judge found that nevertheless, the testimonial evidence in the record did not make it possible to establish that the appellant had provided reasonable evidence that its Canadian customers had a Prescription in their possession within the meaning of Section 9 when they ordered contact lenses (Decision, at paragraphs 61–62).

[17] In short, according to the T.C.C. judge, it is not sufficient for "the appellant's website to inform consumers that they need a valid [P]rescription." For the supplies at issue to be zero-rated, the appellant must obtain and keep a copy of the Prescription; in his view, it is the only way to be able to conclude "that a consumer has a [P]rescription on hand 'for the treatment or correction of a defect of vision'" (Decision, at paragraph 69).

III. Issues and standard of review

[18] The appellant submits that five issues arise in this appeal; the Minister is of the opinion that two issues arise in this appeal. In my view, the following two issues arise in this matter:

(a) Did the T.C.C. judge err in finding that the appellant, in order for the supply of contact lenses to its Canadian customers to be zero-rated, had to obtain

[15] Finalement, le juge de la C.C.I. s'est dit d'avis que la nécessité d'obtenir et de conserver une copie de la Prescription liée à la livraison de lentilles cornéennes à un client canadien découlait aussi de l'obligation de l'appelante de maintenir des registres, obligation trouvant également sa source, selon lui, dans le texte de l'Article 9, mais aussi dans celui du paragraphe 286(1) de la Loi, tel qu'en fait foi la jurisprudence de la C.C.I. qui a reconnu à maintes reprises l'obligation de maintenir des registres en lien avec des fournitures détaxées (Décision, aux paragraphes 62–66).

[16] Sa conclusion n'aurait pas été différente, estime le juge de la C.C.I., même en acceptant la prétention de l'appelante voulant qu'il soit raisonnable de tenir pour acquis qu'un client, lorsque la commande est passée, a en sa possession une Prescription, puisque dans un tel scénario, il lui serait impossible de vérifier si la Prescription est périmée. Quoi qu'il en soit, conclut le juge de la C.C.I., la preuve testimoniale au dossier ne permet pas d'établir que l'appelante a fourni une preuve raisonnable que ses clients canadiens étaient en possession d'une Prescription au sens de l'Article 9 au moment de passer leur commande de lentilles cornéennes (Décision, aux paragraphes 61–62).

[17] En somme, il ne suffit pas, suivant le juge de la C.C.I., que « le site internet de l'appelante informe le consommateur de la nécessité d'avoir une [Prescription] valide ». Encore faut-il, pour que les fournitures en cause soient détaxées, que l'appelante en obtienne et en conserve elle-même une copie, seule façon, selon lui, permettant de conclure « que le consommateur a en main une [Prescription] "pour le traitement ou la correction d'un trouble visuel" » (Décision, au paragraphe 69).

III. Questions en litige et norme de contrôle

[18] L'appelante estime que le présent appel soulève cinq questions; la Ministre, deux. À mon sens, cette affaire soulève les deux questions suivantes :

a) Le juge de la C.C.I. a-t-il commis une erreur en concluant que, pour que la fourniture de lentilles cornéennes à sa clientèle canadienne soit détaxée,

and keep a copy of the Prescription showing, for each customer, that the said lenses had to be used for the treatment or correction of a defect of vision?

(b) If he erred in so finding, did the T.C.C. judge also err in holding that the appellant had failed to provide reasonable evidence of the existence of such Prescriptions for the supplies made during the audit period at issue?

[19] It is now settled law that the applicable standard of review on appeal with respect to the first issue—an issue of statutory interpretation—is that of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), at paragraph 8; *Canada v. Villa Ste-Rose Inc.*, 2021 FCA 35, [2021] 3 F.C.R. 89, [2021] F.C.J. No. 174 (QL) (*Villa Ste-Rose*), at paragraph 27). As for the second issue, which is a question of fact or of mixed fact and law, it is, also according to *Housen*, only reviewable if there is a palpable and overriding error (*Housen*, at paragraph 28).

IV. Analysis

A. *The appellant was not required by the Act, as a* sine qua non *of the zero-rating, to obtain and keep a copy of the Prescriptions for the supplies at issue*

(a) It was not required to do so under Section 9

[20] The T.C.C. judge correctly identified the various components of Section 9. Thus, to be zero-rated, the supply of contact lenses must have the following characteristics:

(a) The lenses must be supplied, or be scheduled to be supplied, under the authority of a prescription prepared, or an assessment record produced, by a person;

(b) The persons issuing the prescription, or those producing the assessment record, must be authorized by the laws of the province in which they practise

l'appelante devait obtenir, et conserver, une copie de la Prescription démontrant, pour chaque client, que lesdites lentilles doivent servir au traitement ou la correction d'un trouble visuel?

b) Si le juge de la C.C.I. a erré en concluant de la sorte, le juge de la C.C.I. a-t-il par ailleurs erré en jugeant que l'appelante n'avait pas réussi à fournir une preuve raisonnable de l'existence de telles Prescriptions en lien avec les fournitures effectuées au cours de la période de vérification en cause?

[19] Il est désormais bien établi que la norme de contrôle applicable en appel à la première question en litige — une question d'interprétation législative — est celle de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), au paragraphe 8; *Canada c. Villa Ste-Rose Inc.*, 2021 CAF 35, [2021] 3 R.C.F. 89, [2021] A.C.F. nº 174 (QL) (*Villa Ste-Rose*), au paragraphe 27). Quant à la seconde question, une question de fait — ou mixte de fait et de droit, elle n'est révisable, toujours suivant l'arrêt *Housen*, qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante (*Housen*, au paragraphe 28).

IV. Analyse

A. *L'appelante n'était pas tenue par la Loi, comme condition* sine qua non *de la détaxation, d'obtenir et de conserver une copie des Prescriptions liées aux fournitures en cause*

a) Elle n'y était pas tenue aux termes de l'Article 9

[20] Le juge de la C.C.I. a bien identifié les différentes composantes de l'Article 9. C'est ainsi que pour être détaxée, la fourniture de lentilles cornéennes doit répondre aux caractéristiques suivantes :

a) Les lentilles doivent être soit fournies sur l'ordonnance écrite d'une personne, ou conformément au dossier d'évaluation établi par une personne, soit destinées à l'être;

b) Les personnes délivrant l'ordonnance, ou celles établissant le dossier d'évaluation, doivent être autorisées par les lois de la province où elles exercent

to prescribe contact lenses or to produce an assessment record to be used for the dispensing of contact lenses;

(c) The consumer must be named in the prescription or assessment record; and

(d) The prescription—or assessment record—must be prepared for the treatment or correction of a defect of vision.

[21] There is no dispute that each of these elements must be present to zero-rate a supply of contact lenses. Rather, the issue raised in this appeal is what is required to demonstrate that these elements are present. As we have seen, the T.C.C. judge considered that the supplier must obtain and keep a copy of the Prescription. According to him, this is an essential condition. In other words, without this documentation, there is no way around it: the supply is taxable.

[22] Does Section 9 contain this requirement, without which zero-rated status cannot be demonstrated? The appellant does not think so because, in particular, that would be reading words into this provision, and as we have seen, the Minister concedes, as it were, that Section 9 does not go as far as to make it a *sine qua non* that the supplier obtain and keep a copy of the Prescription. At most, according to the Minister's arguments at the hearing, keeping the Prescription allows the supplier to provide the [TRANSLATION] "best evidence" that the conditions for zero-rated status to apply have been met.

[23] With respect, in my opinion, the T.C.C. judge erred in extending the scope of Section 9 in this way.

[24] As required by the modern approach to statutory interpretation, the words of Section 9 are to be read "in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (Driedger, at page 87, cited at paragraph 32 of the Decision).

à prescrire des lentilles cornéennes, ou à établir un dossier d'évaluation devant servir à délivrer des lentilles cornéennes;

c) Le consommateur doit être nommé à l'ordonnance ou au dossier d'évaluation; et

d) L'ordonnance — ou le dossier d'évaluation — doit être établi pour le traitement ou la correction d'un trouble visuel.

[21] Personne ne conteste que la présence de chacun de ces éléments est nécessaire à la détaxation d'une fourniture de lentilles cornéennes. La question que pose le présent pourvoi est plutôt celle de savoir ce qui est requis pour en faire la démonstration. Le juge de la C.C.I. estime, comme nous l'avons vu, que le fournisseur doit obtenir, et conserver, une copie de la Prescription. Il s'agit là, selon lui, d'une condition essentielle. En d'autres termes, sans cette documentation, point de salut : la fourniture est taxable.

[22] L'Article 9 contient-il cette exigence, sans laquelle la détaxation ne serait pas démontrable? L'appelante estime que non puisque, notamment, ce serait là ajouter au texte de cette disposition, et la Ministre, comme on l'a vu, concède, en quelque sorte, que l'Article 9 ne va pas jusqu'à exiger, comme condition *sine qua non*, que le fournisseur obtienne et conserve une copie de la Prescription. Tout au plus, selon ce que la Ministre a plaidé à l'audience, la conservation de la Prescription permet au fournisseur d'offrir la « meilleure preuve » que les conditions d'ouverture à la détaxation sont satisfaites.

[23] À mon avis, et ceci dit avec égards, le juge de la C.C.I. a fait fausse route en étendant la portée de l'Article 9 de la sorte.

[24] Comme l'exige la méthode moderne d'interprétation des lois, il nous faut lire les termes de l'Article 9 « dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la [L]oi, l'objet de la [L]oi et l'intention du législateur » (Driedger, à la page 87, cité au paragraphe 32 de la Décision).

[25] As this Court recently noted in *Villa Ste-Rose*, a case that also concerned the Act, this approach to interpretation "now applies to taxation statutes no less than it does to other statutes" (*Villa Ste-Rose*, at paragraph 39, citing *Placer Dome*, at paragraph 21 and referring to *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraphs 10–11; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328, at paragraph 73; see also Pierre-André Côté and Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 5th ed., (Montreal: Thémis, 2021) (Côté & Devinat), at pages 541–544).

[26] More particularly with respect to the role that the words of a taxation statute play in this interpretative process, the Court also noted that although they can play a dominant role in this process when they are "precise and unequivocal", the analysis of the context and purpose of the Act "is also useful in all circumstances as it can reveal or resolve latent ambiguities in a provision that may appear to be unambiguous at first glance" (*Villa Ste-Rose*, at paragraph 40, citing *Placer Dome*, at paragraphs 21–22).

[27] As the appellant points out, the wording of Section 9 does not make any explicit reference to the fact that the contact lens supplier must obtain a copy of the Prescription from its customers and then keep that copy. There is therefore a risk in this case that the interpretation adopted by the T.C.C. judge supplements the text of Section 9, which the courts must refrain from doing. In other words, the courts cannot, under the guise of interpreting legislation, read in words that are not there. This is the role of Parliament and not of the courts (*Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47, [2015] 3 S.C.R. 300, at paragraph 27, citing *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at page 701, [1995] S.C.J. No. 16 (QL)). It is therefore appropriate to exercise considerable caution when dealing with an interpretation that, as is the case here, appears to supplement the legislation.

[28] Be that as it may, I am of the view that a few contextual elements weigh against the interpretation adopted by the T.C.C. judge, namely, Parliament's objective in adopting Part II of Schedule VI of the Act, the internal structure of the Act, and—although it does not, in my

[25] Comme cette Cour le rappelait récemment dans *Villa Ste-Rose*, une affaire mettant également en cause la Loi, ce mode d'interprétation « s'applique maintenant tout autant aux lois fiscales qu'aux autres lois » (*Villa Ste-Rose*, au paragraphe 39, citant *Placer Dome*, au paragraphe 21, et référant à *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, aux paragraphes 10–11; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, au paragraphe 73; voir aussi Pierre-André Côté et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 5e éd., (Montréal : Thémis, 2021) (Côté & Devinat), aux pages 541–544).

[26] Concernant plus particulièrement le rôle du texte d'une loi fiscale dans ce processus d'interprétation, la Cour rappelait aussi que bien qu'il puisse y jouer un rôle primordial lorsqu'il est « précis et non équivoque », l'analyse du contexte et de l'objet de la loi « demeure par ailleurs utile en toute circonstance puisqu'elle peut permettre de révéler ou de dissiper une ambiguïté latente dans un texte qui peut sembler non ambigu à première vue » (*Villa Ste-Rose*, au paragraphe 40, citant *Placer Dome*, aux paragraphes 21–22).

[27] Comme le souligne l'appelante, le texte de l'Article 9 ne contient aucune référence explicite au fait que le fournisseur de lentilles cornéennes doive obtenir de ses clients, et par la suite conserver, une copie de la Prescription. Il y a donc un risque, ici, que l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. ajoute au texte de l'Article 9, ce que les tribunaux doivent se garder de faire. En d'autres termes, ceux-ci, sous prétexte de l'interpréter, ne peuvent insérer au texte de la loi des termes qui ne s'y trouvent pas. C'est là le rôle du législateur, et non celui des tribunaux (*Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, [2015] 3 R.C.S. 300, au paragraphe 27, citant *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, à la page 701, [1995] A.C.S. no 16 (QL)). Il y a donc lieu de redoubler de prudence face à une interprétation qui, comme ici, paraît ajouter au texte de loi.

[28] Mais quoi qu'il en soit, quelques éléments de contexte militent, à mon sens, à l'encontre de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I., soit l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant la partie II de l'annexe VI de la Loi, la structure interne de la Loi et, bien qu'il n'ait pas,

opinion, have the scope that the appellant claims it has—the 1999 amendment to the text of Section 9.

(b) Objective of Part II of Schedule VI

[29] Even if the Act sets out the rule that all supplies are taxable and that therefore, zero-rated status is, as the Minister argues, an exception to this rule, Parliament's objective in adopting Part II of Schedule VI of the Act, which deals with the zero-rating of supplies of medical and assistive devices, appears to have been to ease the economic burden of persons who have a disability or impairment and for whom these devices are a necessity—a social objective that supports a generous interpretation of Section 9.

[30] At least, that is the opinion of tax expert and author David Sherman, who has stated that there is no reason to treat the provisions of Part II of Schedule VI of the Act differently, in terms of their interpretation, from the provisions of sections 118.2 to 118.4 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, which deal with medical expense credits and credits for mental and physical impairments; according to a principle endorsed by this Court in *Johnston v. Canada*, [1998] F.C.J. No. 169 (QL), 98 D.T.C. 6169, these provisions must be given a broad and liberal interpretation and not a narrow and technical one (David M. Sherman, "Sch. VI – Part II – Medical and Assistive Devices: C. Liberal Interpretation Required" in *Canada GST Service: Analysis/Commentary* (Toronto: Thomson Reuters, 1990) (Sherman, "Sch. VI – Part II"), at page VI-173).

[31] As David Sherman pointed out, Ontario courts have also endorsed this same principle in the context of tax exemptions provided for in the *Retail Sales Act*, R.S.O. 1990, c. R.31, and related to the purchase of medical equipment designed for the use of persons who have chronic issues or who have a disability or impairment. These courts held that these exemptions reflect important social values that justify that they be interpreted generously (*Toronto Transit Commission v. Ontario (Finance)*, 2008 CanLII 67910, [2009] 5 C.T.C. 211, [2008] O.J. No. 5251 (QL) (Ont. S.C.J.), at paragraph 68, affd 2009 ONCA 658, [2009] O.J. No. 3771

selon moi, la portée que lui donne l'appelante, l'amendement apporté au texte de l'Article 9 en 1999.

b) L'objectif de la partie II de l'annexe VI

[29] Même si la Loi établit comme règle que toute fourniture est taxable et, donc, que la détaxation constitue, comme le plaide la Ministre, une exception à cette règle, l'objectif poursuivi par le Parlement, en adoptant la partie II de l'annexe VI de la Loi, qui traite de la détaxation des fournitures d'appareils médicaux et d'appareils fonctionnels, semble avoir été d'alléger le fardeau économique de personnes souffrant d'un handicap ou d'une déficience et pour qui ces appareils sont une nécessité, un objectif à caractère social qui milite en faveur d'une interprétation généreuse de l'Article 9.

[30] C'est du moins l'avis de l'expert en fiscalité et auteur David Sherman, selon qui il n'y a pas de raison de traiter différemment, sur le plan de leur interprétation, les dispositions de la partie II de l'annexe VI de la Loi et des articles 118.2 à 118.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1, portant sur les crédits d'impôt pour frais médicaux et pour déficience mentale et physique, lesquels doivent, selon un principe entériné par cette Cour dans l'affaire *Johnston c. Canada*, [1998] A.C.F. no 169 (QL), recevoir une interprétation large et libérale, et non étroite et technique (David M. Sherman, « Sch. VI – Part II – Medical and Assistive Devices : C. Liberal Interpretation Required » dans *Canada GST Service : Analysis/Commentary*, (Toronto : Thomson Reuters, 1990) (Sherman, « Sch. VI – Part II »), à la page VI-173).

[31] Comme le souligne David Sherman, ce même principe a été aussi entériné par les tribunaux ontariens dans le contexte d'exemptions de taxation prévues à la *Loi sur la taxe de vente au détail*, L.R.O. 1990, ch. R.31, et lié à l'achat d'équipement médical au bénéfice de personnes souffrant d'un handicap, d'une déficience ou d'un problème chronique. On y a jugé que ces exemptions reflétaient des valeurs sociales importantes qui justifiaient qu'elles soient interprétées généreusement (*Toronto Transit Commission v. Ontario (Finance)*, 2008 CanLII 67910, [2009] 5 C.T.C. 211, [2008] O.J. no 5251 (QL) (C. sup. Ont.), au paragraphe 68, conf. par 2009 ONCA 658, [2009] O.J. no 3771

(QL); Sherman, "Sch. VI – Part II", at pages VI-173 and VI-174).

[32] I also fail to see why the provisions of Part II of Schedule VI of the Act should not, given their underlying objective, also be given a broad and liberal interpretation insofar as the text of these provisions allows for it. In this case, the T.C.C. judge seems to have overlooked this contextual element as he did not mention it at all in the Decision. In my view, this undermines his reading of Section 9, which imposed such a stringent burden on the appellant to demonstrate the tax status of its supplies of contact lenses to its Canadian customers.

(c) Internal structure of the Act

[33] As the appellant points out, if Parliament had intended to impose specific obligations on contact lens suppliers with respect to obtaining and keeping supporting documents, it could have said so expressly, as it did elsewhere in the Act.

[34] As an example, the appellant cites what the Act requires of "registered" suppliers who claim input tax credits, which includes information prescribed by regulations, namely, the *Input Tax Credit Information (GST/HST) Regulations*, SOR/91-45. With respect to certain other zero-rated supplies, Schedule VI of the Act also contains specific provisions as regards obtaining and keeping supporting documents that may satisfy the Minister that the conditions for zero-rated status have been met. This is the case, in particular, for paragraph 1(e) and subparagraph 15.1(a)(v) of Part V, which concern the zero-rating of supplies of goods for export; these provisions require that the supplier concerned maintain evidence satisfactory to the Minister that some or all of the conditions for zero-rated status have been met. This is also the case for the definition of "continuous journey" in section 1, as well as for section 10 of Part VII, which deals with the zero-rating of supplies related to certain transportation services. These two provisions also require that the supplier obtain and keep supporting documents, deemed satisfactory by the Minister, to establish that all or at least some of the applicable conditions for zero-rated status have been met.

(QL); Sherman, « Sch. VI – Part II », aux pages VI-173 et VI-174).

[32] Je ne vois pas, moi non plus, en quoi les dispositions de la partie II de l'annexe VI de la Loi ne devraient pas, compte tenu de l'objectif qui les sous-tend, être interprétées elles aussi, dans la mesure où leur texte le permet, largement et libéralement. En l'espèce, cet élément de contexte semble avoir échappé au juge de la C.C.I., qui n'en fait aucunement mention dans la Décision. Cela, à mon sens, fragilise sa lecture de l'Article 9 imposant à l'appelante un fardeau aussi strict de démonstration du statut fiscal de ses fournitures de lentilles cornéennes à sa clientèle canadienne.

c) La structure interne de la Loi

[33] Comme le souligne l'appelante, si le Parlement avait voulu astreindre les fournisseurs de lentilles cornéennes à des obligations particulières en matière d'obtention et de rétention de pièces justificatives, il aurait pu le dire expressément, comme il l'a fait ailleurs dans la Loi.

[34] Elle donne en exemple ce que la Loi exige des fournisseurs « inscrits » qui font une réclamation de crédits de taxe sur intrants, ce qui comprend des renseignements précisés par règlement, en l'occurrence le *Règlement sur les renseignements nécessaires à une demande de crédit de taxe sur les intrants*, DORS/91-45. L'annexe VI de la Loi contient aussi, à l'égard de certaines autres fournitures détaxées, des dispositions particulières en matière d'obtention et de rétention de pièces justificatives susceptibles de convaincre la Ministre que les conditions de détaxation sont remplies. C'est le cas, notamment, due à l'alinéa 1e) et de sous-alinéa 15.1a)(v) de la partie V portant sur la détaxation de fournitures de biens destinés à l'exportation, lesquels exigent que le fournisseur concerné possède des preuves, acceptables par la Ministre, que les conditions de détaxation — ou certaines d'entre elles — sont satisfaites. C'est le cas également de l'article 1, sous la définition de « voyage continu », et de l'article 10 de la partie VII, qui traite de détaxation de fournitures liées à certains services de transports. Ces deux dispositions exigent elles aussi, du fournisseur, l'obtention et la rétention de pièces justificatives, jugées satisfaisantes par la Ministre, permettant d'établir que les conditions de détaxation applicables — ou certaines d'entre elles du moins — sont remplies.

[35] I am of the opinion that the definition of the term "prescription" in Part I of Schedule VI, which deals with the zero-rating of prescription drugs, is another example of more specific and compelling wording than the wording in Section 9 because it specifies that for supplies to be zero-rated, the prescription must, among other things, have been given to a pharmacist by a medical practitioner. Section 9 contains no such wording, which in my view made it risky, as the appellant argues, for the T.C.C. judge to have relied on the definition of the term "prescription" in Part I of Schedule VI as a contextual element supporting his interpretation of Section 9.

[36] In short, when Parliament requires suppliers to keep supporting documents to substantiate their entitlement to certain benefits under the Act (zero-rated status for certain supplies, input tax credits), it seems that it does so explicitly. It did not do this in Section 9.

[37] In light of the principle that it is presumed that the legislature avoids superfluous words and does not speak in vain and that what it says in one case but does not say in another is presumed to reveal its intention (*Canada v. Canada North Group Inc.*, 2021 SCC 30, [2021] 2 S.C.R. 571, 2021 D.T.C. 5080, at paragraph 64, quoting *McDiarmid Lumber Ltd. v. God's Lake First Nation*, 2006 SCC 58, [2006] 2 S.C.R. 846, at paragraph 36; Côté & Devinat, at pages 316–317; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 7th ed., (Toronto: LexisNexis, 2022), at page 211), I believe that the T.C.C. judge could not, without erring in law, give an interpretation to Section 9 that would require the supplier to obtain and keep a copy of the Prescription that the customer received from an optometrist or another eye specialist. It is a matter of the internal consistency of the Act. Again, the Minister does not seem—or at least no longer seems, according to the arguments made at the hearing—to disagree with this point of view.

(d) The 1999 Amendment

[38] In my opinion, the 1999 amendment to the text of Section 9 is another contextual element that weighs against the interpretation adopted by the T.C.C. judge. It was at that time that the words "are supplied" in this

[35] La définition du terme « ordonnance » à la partie I de l'annexe VI, laquelle porte sur la détaxation des médicaments sur ordonnance, constitue, je pense, un autre exemple de langage plus précis et contraignant que ce que l'on retrouve à l'Article 9 puisqu'on y précise que pour qu'il y ait détaxation, l'ordonnance doit, entre autres, avoir été donnée par le médecin au pharmacien. L'Article 9 ne contient rien de tel, ce qui rendait hasardeux à mon avis, comme le plaide l'appelante, le recours, par le juge de la C.C.I., à la définition du terme « ordonnance » de la partie I de l'annexe VI comme élément de contexte appuyant son interprétation de l'Article 9.

[36] En somme, lorsqu'il requiert des fournisseurs qu'ils conservent des pièces justificatives en vue d'étayer leur droit à certains avantages découlant de la Loi (détaxation de certaines fournitures, crédits de taxes pour intrants), il semble que le Parlement le fasse de manière explicite. Il ne l'a pas fait à l'Article 9.

[37] À la lumière du principe voulant que le législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ni s'exprimer en vain et que ce qu'il dit dans un cas, mais ne dit pas dans l'autre, est présumé révélateur de son intention (*Canada c. Canada North Group Inc*., 2021 CSC 30, [2021] 2 R.C.S. 571, au paragraphe 64, citant *McDiarmid Lumber Ltd. c. Première Nation de God's Lake*, 2006 CSC 58, [2006] 2 R.C.S. 846, au paragraphe 36; Côté & Devinat, aux pages 316–317; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 7e éd., (Toronto : LexisNexis, 2022), à la page 211), le juge de la C.C.I. ne pouvait, à mon avis, sans errer en droit, interpréter l'Article 9 de manière à faire peser sur le fournisseur l'obligation d'obtenir et de conserver une copie de la Prescription obtenue par le client d'un optométriste ou autre spécialiste de la vue. Il en va de la cohérence interne de la Loi. Encore une fois, la Ministre ne semble pas, ou du moins, ne semble plus, suivant ce qui a été plaidé à l'audience, en désaccord avec ce point de vue.

d) L'amendement de 1999

[38] L'amendement apporté au texte de l'Article 9 en 1999 constitue, à mon avis, un autre élément de contexte jouant en défaveur de l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. C'est à ce moment qu'ont été ajoutés à ce texte

text were expanded to "are, or are to be, supplied". Thus, contact lenses prescribed for the treatment or correction of a defect of vision, instead of only being eligible for zero-rated status when they are supplied under the authority of a prescription prepared by a person entitled under the laws of the province in which that person practises to prescribe contact lenses, as was the case up until that time, became eligible for zero-rated status not only if they were supplied under the authority of a prescription prepared by such a person, but also if they were "to be … supplied" under the authority of such a prescription.

[39] According to the material entered in the record in this case, Parliament's intention was to extend zero-rated status to the stages preceding the retail sale of contact lenses for the benefit of the various stakeholders in the supply chain—manufacturers, wholesalers and distributors—in order to "remove inconsistencies in treatment between different types of prescription eyewear and ease compliance burdens for suppliers, who currently must distinguish between those pre-retail supplies that are zero-rated and those that are not" (Department of Finance, "Secretary of State Announces Sales Tax Measures Including a Change in the Effective Date Of Previously Proposed Passenger Transportation Measures", 1999-086 news release (October 8, 1999), at paragraph 5).

[40] According to an opinion issued by the Minister via the Canada Revenue Agency on October 2, 2000 (the October 2000 Opinion), this meant that henceforth, supplies could be zero-rated without a Prescription (at least for supplies made at the pre-retail level) provided that the contact lenses at issue were of the same type as those normally supplied under the authority of a Prescription (GST Headquarters Letters (online), *30920 GST/HST Interpretation Proposed Law*, "Application of GST/HST to Frame and Clip-on Sets: Specifically Designed for Prescription Eyeglasses" (October 2, 2000)).

[41] The appellant submits that the objective of the 1999 amendment was to ensure the zero-rating of the supply of contact lenses throughout the supply chain, namely, from the manufacturer to the consumer, provided

les mots « destinés à être fournis ». Ainsi, au lieu d'être seulement éligibles à la détaxation lorsqu'elles sont fournies sur l'ordonnance écrite d'une personne autorisée par les lois de la province où elle exerce à prescrire des lentilles cornéennes, comme c'était le cas jusqu'à alors, les lentilles cornéennes prescrites pour le traitement ou la correction d'un trouble visuel devenaient éligibles à la détaxation si elles étaient non seulement fournies sur l'ordonnance écrite d'une telle personne, mais aussi si elles étaient « destinées à être fournies » sur une telle ordonnance.

[39] Suivant le matériel produit au présent dossier, l'intention du Parlement était d'étendre la détaxation aux étapes précédant la vente au détail des lentilles cornéennes au bénéfice des divers intervenants de la chaîne d'approvisionnement — fabricants, grossistes et distributeurs — et ce de manière à « éliminer les incohérences entre les régimes applicables aux divers types de lunettes et de lentilles cornéennes prescrites et d'alléger le fardeau d'observation des fournisseurs qui doivent actuellement distinguer, aux étapes précédant la vente au détail, entre les fournitures qui sont détaxées et celles qui ne le sont pas » (Ministère des finances, « Le secrétaire d'État annonce des mesures concernant la taxe de vente, y compris le changement de la date d'application des mesures sur les services de transport de passagers déjà proposées », communiqué 1999-086 (8 octobre 1999), au paragraphe 5).

[40] Selon une opinion émise par la Ministre, via l'Agence du revenu du Canada, le 2 octobre 2000 (l'Opinion d'octobre 2000), cela signifiait que dorénavant, la détaxation devenait possible en l'absence d'une Prescription (du moins pour les fournitures précédant la vente au détail), pourvu que les lentilles cornéennes en cause soient du même type que celles normalement fournies sur Prescription (GST Headquarters Letters (en ligne), *30920 GST/HST Interpretation Proposed Law*, « Application of GST/HST to Frame and Clip-on Sets : Specifically Designed for Prescription Eyeglasses » (2 octobre 2000)).

[41] L'appelante soutient que l'objectif poursuivi par l'amendement de 1999 était d'assurer la détaxation de la fourniture de lentilles cornéennes tout au long de la chaîne d'approvisionnement, soit du fabriquant jusqu'au

that the lenses are used for the treatment or correction of a defect of vision. The appellant added that according to the October 2000 Opinion, this amendment meant that for a supplier to benefit from zero-rating, even at the stage of the sale to the consumer, it was no longer necessary to obtain a physical copy of the Prescription at each stage of the supply chain. It was sufficient for the Minister to be satisfied that the contact lenses at issue were of the same type as those that are normally supplied under the authority of a Prescription.

[42] The appellant goes on to argue that Parliament therefore intended to make unconditional the zero-rating of contact lenses supplied for the treatment or correction of a defect of vision.

[43] The T.C.C. judge briefly discussed the 1999 amendment. He expressed the view that its objective was to provide zero-rated status to the sale of contact lenses before the final sale to the consumer (Decision, at paragraph 39). However, he refused to give the expression "are to be … supplied" a meaning that would make the requirement to obtain a copy of the Prescription an optional step, therefore refusing to mitigate the imperative aspect of the word "supplied" (Decision, at paragraph 37). From this, I understand that the T.C.C. judge meant that the 1999 amendment did not have the effect of making the obligation to obtain a copy of the Prescription an optional step at the stage of the sale to the consumer by the retailer because otherwise, it would be virtually impossible for the contact lens manufacturers or distributors to fulfill this obligation given that it is impossible to associate a sale of lenses with a Prescription at these stages of the supply chain.

[44] The appellant claims that the T.C.C. judge's position on this issue has the effect of imposing on the supplier—or the retailer—a heavier burden than the burden imposed on stakeholders in the contact lens industry who are involved earlier on in the supply chain, which would run counter to Parliament's intention. It also criticizes the Minister for doing an about-face by taking a position in this case that is contrary to the October 2000 Opinion; in the appellant's view, this opinion clearly shows that obtaining and keeping a copy of a Prescription are no longer required for zero-rating. This opinion reads as follows:

consommateur, pourvu qu'elles servent à traiter ou à corriger un trouble visuel. Selon l'Opinion d'octobre 2000, ajoute l'appelante, cet amendement signifiait qu'il n'était plus nécessaire, pour qu'un fournisseur puisse bénéficier de la détaxation, même pour l'étape de la vente au consommateur, d'obtenir une copie physique de la Prescription à chaque étape de la chaîne d'approvisionnement. Il suffisait que la Ministre soit satisfaite que les lentilles cornéennes en cause soient du même type que celles normalement fournies sur Prescription.

[42] Le Parlement entendait ainsi, poursuit l'appelante, rendre inconditionnelle la détaxation des lentilles cornéennes fournies pour traiter ou corriger un trouble visuel.

[43] Le juge de la C.C.I. a traité brièvement de l'amendement de 1999. Il s'est dit d'avis que son objectif était de détaxer la vente de lentilles cornéennes avant la vente ferme au consommateur (Décision, au paragraphe 39). Toutefois, il a refusé de donner à l'expression « destinées à être fournies » un sens qui aurait pour effet de rendre facultative l'exigence d'obtenir une copie de la Prescription et, donc, d'atténuer la dimension impérative du mot « fournies » (Décision, au paragraphe 37). J'en comprends que le juge de la C.C.I. voulait dire que l'amendement de 1999 n'avait pas eu pour effet de rendre facultative l'obligation d'obtenir une copie de la Prescription à l'étape de la vente au consommateur par le détaillant puisqu'au cas contraire, le respect de cette obligation par le fabriquant ou le distributeur de lentilles cornéennes s'avérerait à toutes fins utiles impossible à rencontrer, vu l'impossibilité d'associer une vente de lentilles à une Prescription à ces étapes de la chaîne d'approvisionnement.

[44] L'appelante soutient que la position du juge de la C.C.I. sur cette question a pour effet d'imposer au fournisseur — ou détaillant — un fardeau plus lourd que celui qui s'imposent aux joueurs de l'industrie de la lentille cornéenne qui interviennent plus tôt dans la chaîne d'approvisionnement, ce qui serait contraire à ce que le Parlement entendait faire. Elle reproche d'ailleurs à la Ministre d'avoir fait volte-face en prenant une position, dans le présent dossier, qui est contraire à celle de l'Opinion d'octobre 2000, laquelle fait clairement ressortir, à son avis, que la détaxation devenait permise sans la nécessité de

> An amendment has been proposed to section 9 of Part II of Schedule VI to the [*Excise Tax Act*] which will include in that provision corrective eyeglasses that are, or are intended to be, supplied under the written order of an eye-care professional for a consumer named in the order. The proposed amendment, which will apply to supplies made after October 8, 1999, will extend zero-rated status to supplies of corrective eyeglasses made at the pre-retail level, i.e., from manufacturer or distributor to the retailer. The proposed amendment has the effect of providing zero-rated status to a supply made in the absence of a written prescription from an eye-care professional issued to a consumer. The eyeglasses must still be of the type that are supplied under a written order by an eye-care professional for the treatment or correction of a defect of vision of a consumer named in the order, i.e., prescription eyeglasses….

[45] Therefore, according to the appellant, the determining factor in establishing whether a supply of contact lenses is taxable or zero-rated has not been, since 1999, the way in which these lenses are sold; rather, this factor is the requirement that the lenses be of the same type as those supplied to a consumer under the authority of a Prescription. The appellant submits that this is the understanding of all those in the business of selling contact lenses online in Canada. However, there is no evidence to this effect in the record.

[46] It is settled law that an administrative practice that is based on an administrator's interpretation of a statutory provision that the administrator is responsible for applying is not binding on the courts but can nevertheless be an "important factor" to be considered in case of doubt about the meaning of this provision (*Placer Dome*, at paragraph 40, citing *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 37, 83 D.T.C. 5041).

[47] In this case, I find that the appellant is going too far and that the words "are supplied" were expanded to "are, or are to be, supplied" for the benefit of manufacturers, wholesalers and distributors and not for the benefit

devoir obtenir et conserver la copie d'une Prescription. Cette opinion se lit comme suit :

> [TRADUCTION] Une modification a été proposée à l'article 9 de la partie II de l'annexe VI de la [*Loi sur la taxe d'accise*] qui inclura dans cette disposition les lunettes correctrices qui sont, ou sont destinées à être, fournies sur l'ordonnance écrite d'un professionnel des soins de la vue pour un consommateur nommé dans l'ordonnance. La modification proposée, qui s'appliquera aux fournitures effectuées après le 8 octobre 1999, étendra la détaxation aux fournitures de lunettes correctrices effectuées avant la vente au détail, c'est-à-dire du fabricant ou du distributeur au détaillant. La modification proposée a pour effet de détaxer une fourniture effectuée en l'absence d'une ordonnance écrite d'un professionnel des soins de la vue délivrée à un consommateur. Les lunettes doivent quand même être du type fourni en vertu d'une ordonnance écrite d'un professionnel de la vue pour le traitement ou la correction d'un défaut de vision d'un consommateur nommé dans l'ordonnance, c.-à-d. des lunettes d'ordonnance....

[45] Ainsi, suivant l'appelante, l'élément déterminant dans l'établissement du caractère taxable ou détaxable d'une fourniture de lentilles cornéennes ne serait plus, depuis 1999, la façon dont les lentilles sont vendues, mais l'exigence qu'elles soient du même type que celles qui sont fournies à un consommateur en vertu d'une Prescription. Elle soutient que c'est là la compréhension qu'en ont tous ceux qui œuvrent dans le commerce de la vente en ligne de lentilles cornéennes et qui font des affaires au Canada. Toutefois, il n'y a pas de preuve à cet effet au dossier.

[46] Il est bien établi qu'une pratique administrative basée sur l'interprétation que fait un administrateur d'une disposition législative qu'il est chargé d'appliquer ne lie pas le tribunal, mais peut néanmoins constituer un « facteur important » à considérer en cas de doute sur le sens de cette disposition (*Placer Dome*, au paragraphe 40, citant *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la page 37).

[47] Ici, j'estime que l'appelante va trop loin et que l'ajout des mots « destinées à être fournies » a été fait au bénéfice des fabricants, grossistes et distributeurs, et non au profit des détaillants, c'est-à-dire, de ceux qui

of retailers, i.e., those who do business directly with the consumer who pays the tax. I am of the view that this is how the October 2000 Opinion should be construed; this opinion clearly concerns "pre-retail level" sales and, in my opinion, best reflects the purpose of this amendment.

[48] In my view, this purpose was not to make the zero-rating of contact lenses unconditional; this position appears to me to be inconsistent with the text of Section 9. Otherwise, it would be appropriate to consider why Parliament did not amend the rest of the text of Section 9, which retained the requirement that, in order to be zero-rated, the lenses must have been supplied under the authority of a Prescription for the treatment or correction of a defect of vision of a consumer named in the Prescription prepared by a person entitled under the laws of the province in which the person practises to prescribe contact lenses for the treatment or correction of the defect of vision of the consumer. It seems to me that if Parliament had wanted to make the zero-rating of contact lenses unconditional, it would have taken a different approach. On this point, I agree with the T.C.C. judge that the term "supplied" continues to have meaning and remains fully relevant.

[49] That said, the 1999 amendment also unquestionably reflects Parliament's intention to adopt a more flexible approach with regard to the conditions for the zero-rating of contact lenses sold for the purpose of treating or correcting a defect of vision, as well as with regard to what is needed to demonstrate that these conditions have been met.

[50] Therefore, in my opinion, it cannot have been Parliament's intention to ease the compliance burden on manufacturers and distributors to this extent while requiring that retailers meet a burden as stringent as the one imposed on them pursuant to the T.C.C. judge's interpretation. It must be recalled that retailers are involved at the stage of the supply chain that has the most direct impact on the consumer who is supposed to benefit from the zero-rated status. As we have seen, a generous interpretation is warranted.

[51] In short, I am of the opinion that Section 9, both by its wording as amended in 1999 as well as by its underlying objective and the internal structure of the Act,

font affaire directement avec le consommateur payeur de taxes. C'est de cette façon, je pense, qu'il faut comprendre l'Opinion d'octobre 2000, laquelle visait clairement les ventes faites au « *pre-retail level* » et traduit le mieux, à mon avis, l'intention derrière cet amendement.

[48] Cette intention n'était pas, selon moi, de rendre la détaxation des fournitures de lentilles cornéennes inconditionnelle, une position qui me semble incompatible avec le texte de l'Article 9. Sinon, il y a lieu de se demander pourquoi le législateur n'a pas modifier le reste du texte de l'Article 9, qui a maintenu l'exigence selon laquelle, pour être détaxables, les lentilles doivent avoir été fournies sur Prescription pour le traitement ou la correction d'un trouble visuel du consommateur qui y est nommé établie par une personne autorisée par les lois de la province où elle exerce à prescrire des lentilles cornéennes pour le traitement ou la correction du trouble visuel du consommateur. Il me semble que si le Parlement avait voulu déconditionner la détaxation des lentilles cornéennes, il s'y serait pris autrement. Sur ce point, je suis d'accord avec le juge de la C.C.I. que le terme « fournies » continue à avoir un sens et a conservé toute sa pertinence.

[49] Ceci dit, l'amendement de 1999 dénote par ailleurs sans contredit une volonté de la part du Parlement d'adopter une approche plus souple eu égard aux conditions de détaxation des lentilles cornéennes vendues aux fins de traiter ou corriger un trouble de la vue, et à ce qui est nécessaire en vue de démontrer que ces conditions ont été remplies.

[50] Il ne peut donc, à mon sens, avoir été l'intention du Parlement d'alléger à ce point le fardeau d'observation des fabricants et distributeurs tout en imposant aux détaillants un fardeau aussi strict que celui auquel l'interprétation retenue par le juge de la C.C.I. les astreint. Il faut se rappeler que les détaillants interviennent à l'étape de la chaîne d'approvisionnement qui a l'impact le plus direct sur le consommateur à qui la détaxation est censée profiter. Comme on l'a vu, une interprétation généreuse s'impose.

[51] En somme, je suis d'avis que l'Article 9, tant par son texte, tel qu'amendé en 1999, que par l'objectif qui le sous-tend et la structure interne de la Loi, n'imposait pas

did not impose on the appellant, as a *sine qua non* for the zero-rating of its Canadian supplies, the burden of obtaining and keeping the Prescriptions of its Canadian customers.

[52] However, this did not relieve the appellant of the burden of demonstrating, by means of reasonable or [TRANSLATION] "sufficient and credible" evidence, that its supplies to its Canadian customers qualified as zero-rated supplies. In my opinion, to hold otherwise would drain Section 9 of its substance.

[53] Therefore, the interpretation upon which I prefer to rely in no way affects, within the limits that it imposes, the auditing power conferred on the Minister under the Act. What this interpretation essentially implies is that the Minister, when performing an audit of supplies referred to in Section 9, cannot decide to tax such supplies on the sole basis that the supplier or retailer did not require from its customers a copy of the Prescriptions related to its supplies and did not keep this copy on file.

[54] Now, does subsection 286(1) of the Act allow the Minister to do so? In my view, it does not.

(e) Subsection 286(1) of the Act is of no assistance to the Minister

[55] The T.C.C. judge ruled that if there was any doubt as to the obligations imposed on a registered retailer for a supply to receive zero-rated status under Section 9, including the obligation to obtain and keep a copy of the Prescription, this doubt was removed by subsection 286(1) of the Act, pursuant to which any person required to file a return under the Act shall keep "records". The T.C.C. judge further stated that on the basis of the settled case law of the T.C.C., this obligation would apply to zero-rated supplies (Decision, at paragraphs 64–65).

[56] The appellant essentially argues that subsection 286(1) of the Act only requires that records be kept of the accounting and financial documentation needed to determine the amount of tax to be collected and remitted, and that by ruling that this provision requires that

à l'appelante, comme condition *sine qua non* de la détaxation de ses fournitures canadiennes, le fardeau d'obtenir et conserver les Prescriptions de ses clients canadiens.

[52] Cela ne la libérait pas pour autant du fardeau de démontrer, par une preuve raisonnable ou « suffisante et crédible », que ses fournitures à sa clientèle canadienne se qualifient au titre de fournitures détaxées. Conclure autrement, à mon sens, viderait l'Article 9 de sa substance.

[53] Ainsi, l'interprétation que je privilégie n'affecte en rien, dans les limites qu'elle impose, le pouvoir de vérification dévolu à la Ministre aux termes de la Loi. Ce qu'elle implique, pour l'essentiel, c'est que la Ministre, lorsqu'elle procède à une vérification portant sur des fournitures visées par l'Article 9, ne peut décider de taxer de telles fournitures sur la seule base que le fournisseur ou détaillant n'a pas requis de ses clients, et n'a pas conservé, une copie des Prescriptions liées à ses fournitures.

[54] Maintenant, le paragraphe 286(1) de la Loi permet-il à la Ministre d'arriver aux mêmes fins? J'estime que non.

e) Le paragraphe 286(1) de la Loi n'est d'aucun secours à la Ministre

[55] Le juge de la C.C.I. a statué que s'il y avait un doute quant aux obligations qui s'imposent sur un détaillant inscrit pour qu'une fourniture soit détaxée aux termes de l'Article 9, y compris celle d'obtenir et de conserver une copie de la Prescription, ce doute était écarté par le paragraphe 286(1) de la Loi, lequel oblige toute personne tenue en vertu de la Loi de produire une déclaration, de maintenir des « registres ». Suivant une jurisprudence constante de la C.C.I., poursuit le juge de la C.C.I., cette obligation s'imposerait en contexte de fournitures détaxées (Décision, aux paragraphes 64–65).

[56] L'appelante soutient, pour l'essentiel, que le paragraphe 286(1) de la Loi n'oblige qu'au maintien, dans un registre, de la documentation comptable et financière requise afin de déterminer le quantum de taxe à percevoir et à remettre et qu'en statuant que cette disposition oblige

Prescriptions be obtained and kept, the T.C.C. judge gave it a scope of application that it does not have.

[57] The appellant adds that the two decisions cited by the T.C.C. judge—namely, *1882320 Ontario Inc. v. The Queen*, 2019 TCC 81, 2019 D.T.C. 1077 (*1882320 Ontario*) and *Nwaukoni v. The Queen*, 2018 TCC 252, 300 A.C.W.S. (3d) 212 (*Nwaukoni*)—in support of his assertion that the T.C.C. has repeatedly applied subsection 286(1) to zero-rated supplies did not support his finding that the duty to keep records extends to documents other than accounting or financial documents, such as the Prescriptions referred to in Section 9.

[58] The Minister did not address this issue in her memorandum; she was of the opinion that it was superfluous because in her view, even assuming that the appellant had not been required to obtain and keep a copy of the Prescriptions for the supplies at issue, the evidence in the record did not support the conclusion that the appellant had met, for the reporting periods at issue, the substantive conditions for zero-rated status to apply pursuant to Section 9.

[59] Subsection 286(1) is in Subdivision C, entitled "General", of Division VIII of the Act, which relates to the administration and enforcement of the Act. This subsection reads as follows:

Keeping books and records

286 (1) Every person that carries on a business or is engaged in a commercial activity in Canada, every person that is required under this Part to file a return and every person that makes an application for a rebate or refund shall keep all records that are necessary to enable the determination of the person's liabilities and obligations under this Part or the amount of any rebate or refund to which the person is entitled.

[60] As is clear from its wording, this provision creates an obligation for every person who is bound under the terms of Part IX of the Act, which concerns GST, to keep records. This obligation is important because the Canadian tax system, it should be recalled, is based on the principles of self-assessment and self-reporting; this is why the Minister has been given broad powers to ensure

à l'obtention et à la conservation de Prescriptions, le juge de la C.C.I. lui a donné une portée qu'elle n'a pas.

[57] Elle ajoute que les deux décisions invoquées par le juge de la C.C.I. au soutien de son affirmation voulant que la C.C.I. ait à maintes reprises appliqué le paragraphe 286(1) en lien avec des fournitures détaxées, soit les décisions rendues dans les affaires *1882320 Ontario Inc. c. La Reine*, 2019 CCI 81 (*1882320 Ontario*), et *Nwaukoni c. La Reine*, 2018 CCI 252 (*Nwaukoni*), n'appuient pas sa conclusion suivant laquelle l'obligation de maintenir des registres s'étend à des documents de nature autre que comptable ou financière, comme les Prescriptions visées par l'Article 9.

[58] La Ministre n'a pas abordé cette question dans son mémoire, étant d'avis qu'elle est superfétatoire, la preuve versée au dossier ne permettant pas de conclure, selon elle, même en tenant pour acquis qu'elle n'était pas tenue d'obtenir et de conserver une copie des Prescriptions liées aux fournitures en cause, que l'appelante rencontrait, pour les périodes de déclaration en cause, les conditions de fond ouvrant droit à la détaxation aux termes de l'Article 9.

[59] Le paragraphe 286(1) se trouve dans la sous-section C, intitulée « Généralités », de la section VIII de la Loi portant sur l'application et l'exécution de celle-ci. Il se lit comme suit :

Obligation de tenir des registres

286 (1) Toute personne qui exploite une entreprise au Canada ou y exerce une activité commerciale, toute personne qui est tenue, en application de la présente partie, de produire une déclaration ainsi que toute personne qui présente une demande de remboursement doit tenir les registres permettant d'établir ses obligations et responsabilités aux termes de la présente partie ou de déterminer le remboursement auquel elle a droit.

[60] Tel qu'il apparaît clairement de son libellé, cette disposition crée à l'égard de toute personne tenue, aux termes de la partie IX de la Loi, portant sur la taxe sur les produits et services, une obligation de tenir des registres. Cette obligation est importante puisque le régime fiscal canadien, rappelons-le, est fondé sur des principes d'autocotisation et d'autodéclaration, d'où les pouvoirs

compliance (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at page 648, 90 D.T.C. 6243).

[61] Subsection 2(1) of the Act defines the documents and information that "are included in the records". Pursuant to subsection 286(1.1), the Minister may always specify the form a record is to take and any information that the record shall contain. In 2013, the Minister published a guide that aims to use "plain language to explain the most common requirements for keeping records" (Canada Revenue Agency, *Keeping Records* (Guide), RC4409, (Ottawa: CRA, 2013) (*Keeping Records Guide*), at page 2).

[62] According to this guide, records are "accounting and other financial documents that should be kept in an organized way" and that are "generally substantiated by supporting documents", namely, documents that provide "evidence of transactions". Ultimately, records "summarize the information contained in the supporting documents" (*Keeping Records Guide*, at page 4).

[63] As the appellant points out, it is true that the documents listed in the *Keeping Records Guide* as examples of supporting documents are accounting or financial in nature and that, unlike prescriptions that health care professionals issue to their patients, these documents generally attest to transactions in which the taxpayer concerned is a party. However, this guide specifies that the list of these examples is not exhaustive (*Keeping Records Guide*, at page 4). This reflects the fact that the list of documents and information in the definition of the term "record" in the Act is itself not exhaustive, as evidenced by the introductory words of the said definition: "***record*** includes …" / "***registre*** Sont compris parmi les registres …". Therefore, efforts should be made not to use the *Keeping Records Guide* to draw firm conclusions on the specific meaning to be given to the term "records".

[64] Be that as it may, in my opinion, the problem that lies in the T.C.C. judge's position on subsection 286(1) of the Act is that it has long been recognized that the

étendus conférés à la Ministre pour en vérifier l'application (*R. c. McKinlay Transport Ltd*., [1990] 1 R.C.S. 627, à la page 648).

[61] La Loi définit, à son paragraphe 2(1), les documents et renseignements qui « sont compris dans les registres ». Suivant le paragraphe 286(1.1), la Ministre peut toujours en préciser la forme et les renseignements devant s'y trouver. En 2013, elle a publié un guide visant à expliquer « les exigences de base en matière de conservation de registres, dans un langage accessible » (Agence du revenu du Canada, *Conservation de registres* (Guide), RC4409, Ottawa : ARC, 2013 (*Guide sur la conservation de registres*), à la page 2).

[62] Suivant ce guide, les registres se veulent « des documents comptables et d'autres documents financiers qui doivent être conservés de façon organisée » et qui sont « généralement appuyés par des pièces justificatives », soit des documents fournissant « une preuve de transaction ». Ils se veulent, ultimement, un « résumé des renseignements qui apparaissent sur les pièces justificatives » (*Guide sur la conservation de registres*, à la page 4).

[63] Il est vrai, comme le souligne l'appelante, que les documents énumérés au *Guide sur la conservation des registres* au titre d'exemples de pièces justificatives ont une connotation comptable ou financière et que, contrairement à ce qui est le cas des prescriptions délivrées par un professionnel de la santé à ses patients, ils reflètent généralement des transactions auxquelles est partie le contribuable visé. Toutefois, il s'agit là d'exemples dont la liste, comme le précise d'ailleurs ce guide, n'est pas exhaustive (*Guide sur la conservation de registres*, à la page 4). Cela reflète le fait que la liste de documents et renseignements que l'on retrouve à la définition du terme « registre » dans la Loi n'est elle-même pas exhaustive, tel qu'en fait foi les mots introductifs de ladite définition : « ***registre*** Sont compris parmi les registres… » / « ***record*** includes … ». Il faut donc se garder de tirer du *Guide sur la conservation de registres* des conclusions fermes sur le sens précis à donner au terme « registres ».

[64] Quoi qu'il en soit, là où le bât blesse, à mon sens, avec la position prise par le juge de la C.C.I. à l'égard du paragraphe 286(1) de la Loi, c'est qu'il est admis depuis

concepts of "records" and of their sufficiency, for the purposes of determining whether a taxpayer has complied with this provision, are vague and subjective and are more a question of fact than a question of law, subject to express statutory requirements that the taxpayer must satisfy. Therefore, each case must be assessed on its merits, including by means of testimonial evidence, provided that it is credible (David M. Sherman, "Division VIII: 286 – Keeping Books and Records" in *Canada GST Service: Analysis/Commentary*, (Toronto: Thomson Reuters, 1990), at pages 286-103-104 and 108.2-111; *Chandan v. The Queen*, 2005 TCC 685, D.T.C. 1563, at paragraphs 34 and 59; *Rotondi v. The Queen*, 2010 TCC 378, 2010 D.T.C. 1240, 192 A.C.W.S. (3d) 668, at paragraphs 16–17).

[65] Ultimately, records, to satisfy the obligation created by subsection 286(1), must be "proper" (*P.R. Investments Inc. v. The Queen*, 2006 TCC 686, [2006] G.S.T.C. 160, at paragraph 4), and the fact that they do not contain everything that the Minister would have liked them to contain is not necessarily fatal (*Atlantic Mini & Modular Homes (Truro) v. The Queen*, [1999] T.C.J. No. 431 (QL), 99 G.T.C. 3197 (T.C.C.), at paragraph 25).

[66] *1882320 Ontario* and *Nwaukoni*, which were cited by the T.C.C. judge in support of his interpretation of subsection 286(1), do not state otherwise. While these decisions emphasize the importance of keeping records in accordance with subsection 286(1) of the Act, they note that it is ultimately the sufficient and reliable evidence test, which may include testimonial evidence, that must be met by taxpayers defending themselves against a notice of assessment issued by the Minister (*Nwaukoni*, at paragraph 14; *1882320 Ontario*, at paragraph 28).

[67] Both cases involved taxpayers who claimed that the supplies at issue—motor vehicles—were zero-rated supplies because they were sold abroad and were therefore intended for export. It is important to note that under paragraph 1(e) of Part V of Schedule VI of the Act, these taxpayers were expressly required to maintain "evidence satisfactory to the Minister" of the exportation of the supplies at issue. As we have seen, Section 9 does not contain any such requirement. In this sense, these two cases certainly do not have the effect sought by the T.C.C. judge.

longtemps que la notion de « registres » et celle de leur suffisance, lorsqu'il est question de déterminer si un contribuable s'est conformé à cette disposition, sont vagues et subjectives et se veulent davantage, sous réserve d'exigences statutaires expresses auxquelles le contribuable doit satisfaire, une question de fait qu'une question de droit. Ainsi, chaque cas doit être apprécié à son mérite, y compris au moyen d'une preuve testimoniale, pourvu qu'elle soit crédible (David M. Sherman, « Division VIII : 286 – Keeping Books and Records » dans *Canada GST Service : Analysis/Commentary*, Toronto : Thomson Reuters, 1990, aux pages 286-103-104 et 108.2-111; *Chandan c. La Reine*, 2005 CCI 685, aux paragraphes 34 et 59; *Rotondi c. La Reine*, 2010 CCI 378, aux paragraphes 16–17).

[65] Ultimement, les registres, pour satisfaire à l'obligation créée par le paragraphe 286(1), doivent être « convenables » (*P.R. Investments Inc. c. La Reine*, 2006 CCI 686, au paragraphe 4) et le fait qu'on n'y retrouve pas tout ce que la Ministre aurait souhaité y retrouver n'est pas nécessairement fatal (*Atlantic Mini & Modular Homes (Truro) c. La Reine*, [1999] A.C.I. nº 431 (QL) (C.C.I.), au paragraphe 25).

[66] Les affaires *1882320 Ontario* et *Nwaukoni*, citées par le juge de la C.C.I. au soutien de son interprétation du paragraphe 286(1) ne disent d'ailleurs pas le contraire. Si elles soulignent l'importance de tenir des registres aux termes du paragraphe 286(1) de la Loi, c'est ultimement, notent-elles, le test de la preuve suffisante et fiable, laquelle peut comprendre une preuve testimoniale, qui s'impose au contribuable qui se défend à l'encontre d'un avis de cotisation émis par la Ministre (*Nwaukoni*, au paragraphe 14; *1882320 Ontario*, au paragraphe 28).

[67] Dans ces deux cas, il s'agissait de contribuables qui soutenaient que les fournitures en cause — des véhicules automobiles — étaient des fournitures détaxées parce qu'elles étaient vendues à l'étranger et, donc, destinées à l'exportation. Il importe de souligner que ces contribuables étaient expressément tenus, en vertu due à l'alinéa 1e) de la partie V de l'annexe VI de la Loi de posséder « des preuves, que l[a] ministre juge acceptables » de l'exportation des fournitures en cause. Comme on l'a vu, l'Article 9 ne contient aucune telle exigence. En ce sens,

[68] In short, the Act does not dictate the specific contents of the records referred to in subsection 286(1). Whether a person referred to in this provision kept proper records is a question of fact. In the Minister's view, an incomplete record is not in itself fatal because ultimately, taxpayers can provide sufficient and credible evidence to establish the merits of their claims against the notice of assessment that they are challenging. This includes testimonial evidence.

[69] Consequently, I am of the opinion that the T.C.C. judge erred in law insofar as he added into subsection 286(1) of the Act a requirement that does not appear in that subsection, namely, the requirement that the appellant would have had to obtain and keep, within the records that it maintained under that subsection, a copy of the Prescriptions issued to its Canadian customers by health care professionals. These records, however important they may have been, provided a way, but not the only possible way, to determine the tax status of the supplies at issue during the reporting periods referred to in the notices of assessment issued by the Minister.

[70] Having determined that Section 9 does not impose such a requirement, I am of the opinion that the T.C.C. judge could not use subsection 286(1) to compensate for this silence without erring. Under the circumstances, the question that he had to ask himself was whether the appellant had submitted sufficient and credible, or reasonable, evidence making it possible to conclude that the supplies at issue in this case were zero-rated supplies within the meaning of Section 9; the T.C.C. judge asked himself this question in the alternative.

[71] This brings me to the second part of this appeal.

B. *In finding that the appellant had not provided reasonable evidence that the supplies at issue were zero-rated, the T.C.C. judge did not make any errors that would warrant this Court's intervention*

[72] The evidence in the record is rather succinct. The T.C.C. judge, in paragraphs 11 to 15 of the Decision,

ces deux affaires n'ont certes pas l'effet escompté par le juge de la C.C.I.

[68] En somme, la Loi ne dicte pas le contenu précis des registres auxquels le paragraphe 286(1) réfère. La question de savoir si une personne visée par cette disposition a tenu des registres convenables est une question de fait. En soi, un registre incomplet aux yeux de la Ministre n'est pas fatal, puisque le contribuable peut, ultimement, au moyen d'une preuve suffisante et crédible, établir le bien-fondé de ses prétentions à l'encontre de l'avis de cotisation qu'il conteste. Cela comprend une preuve testimoniale.

[69] En conséquence, dans la mesure où il est venu greffer au paragraphe 286(1) de la Loi une exigence qui n'y apparaît pas, soit celle qui aurait obligé l'appelante à obtenir et conserver dans les registres qu'elle maintient par ailleurs aux termes dudit paragraphe, une copie des Prescriptions délivrées à sa clientèle canadienne par des professionnels de la santé, le juge de la C.C.I. a, à mon avis, erré en droit. Ces registres, si importants soient-ils, étaient un moyen, mais non pas le seul moyen possible, permettant de déterminer le statut fiscal des fournitures en cause pendant les périodes de déclaration visées par les avis de cotisation émis par la Ministre.

[70] Ayant déterminé que l'Article 9 n'impose pas une telle exigence, j'estime que le juge de la C.C.I. ne pouvait, sans errer, se servir du paragraphe 286(1) pour pallier ce silence. La question qu'il devait se poser, dans les circonstances, est celle de savoir si l'appelante avait présenté une preuve suffisante et crédible, ou raisonnable, permettant de conclure que les fournitures en cause en l'espèce, sont des fournitures détaxées au sens de l'Article 9; une question que le juge de la C.C.I. s'est posé, à titre subsidiaire.

[71] Ceci m'amène au second volet du présent appel.

B. *Le juge de la C.C.I. n'a commis aucune erreur justifiant l'intervention de la Cour en concluant que l'appelante n'avait pas fourni une preuve raisonnable du caractère détaxé des fournitures en cause*

[72] La preuve au dossier est plutôt succincte. Dans son sommaire des faits, consigné aux paragraphes 11 à 15 de

which are in the summary of the facts section, referred to two excerpts from the Transaction Site and gave a brief overview of the testimony of the appellant's main representative, Mr. Gad. Essentially, the excerpts in question indicate that:

(a) it is important for U.S. residents to have the validity of the prescription referred to on an order verified;

(b) orders from outside the United States are not verified; and

(c) customers who do not have a Prescription on hand can "[t]ake a look at one of [their] contact lens boxes" to see "the brand name and prescription parameters … indicated on the box";

[73] On the basis of Mr. Gad's testimony, which he found "candid and honest", the T.C.C. judge noted that (i) Canadian consumers are not required to provide a Prescription and that (ii) it is assumed that they have a valid Prescription and that the information entered on the order form is indeed the information shown on the Prescription.

[74] In his analysis, the T.C.C. judge asserted that if he had erred in finding that Section 9 requires that a copy of a valid Prescription be obtained and kept as an essential condition for zero-rated status, the "testimony does not support the conclusion that the appellant had 'reasonable proof' that a prescription had been issued" (Decision, at paragraph 62). I understand that this assertion is based on Mr. Gad's explanations that it is assumed that when Canadian customers place an order, they have a valid Prescription in their possession and that the information that they enter on the order form reflects the information shown on the Prescription.

[75] The appellant's evidence was sparse and based on assumptions and deduction, without any verification. This is what led the Minister to state that the appellant had not discharged its burden of demonstrating, by means of

la Décision, le juge de la C.C.I. réfère à deux extraits du Site transactionnel et résume à grands traits le témoignage du principal représentant de l'appelante, M. Gad. Les extraits en question soulignent, pour l'essentiel :

a) Qu'il est important, pour les résidents américains, de faire vérifier la validité de la prescription à laquelle fait référence une commande;

b) Que les commandes provenant de l'extérieur des États-Unis ne font l'objet d'aucune vérification; et

c) Que les clients qui n'ont pas en main une Prescription, peuvent toujours « [j]ete[r] un coup d'œil à l'une des boîtes de [leurs] lentilles cornéennes » pour y voir « le nom de la marque et les paramètres de l'ordonnance indiqués sur la boîte » ;

[73] Du témoignage de M. Gad, qu'il a jugé « candide et honnête », le juge de la C.C.I. retient que (i) les consommateurs canadiens ne sont pas tenus de fournir une Prescription et que (ii) il est pris pour acquis qu'ils sont en possession d'une Prescription valide, et que les informations entrées au bon de commande sont bien celles apparaissant à la Prescription.

[74] Dans son analyse, le juge de la C.C.I. affirme que dans la mesure où il a tort de conclure que l'Article 9 exige que la copie d'une Prescription valide soit obtenue et conservée comme condition essentielle de détaxation, la « preuve testimoniale ne permet pas de confirmer que l'appelante avait une — preuve raisonnable — qu'une ordonnance avait été émise » (Décision, au paragraphe 62). J'en comprends que cette affirmation découle des explications de M. Gad voulant qu'il soit tenu pour acquis que le client canadien, lorsqu'il passe une commande, est en possession d'une Prescription valide et que les informations qu'il consigne au bon de commande reflètent celles apparaissant à la Prescription.

[75] C'est ce qui fait dire à la Ministre que l'appelante n'a pas rencontré son fardeau de démontrer, par une preuve raisonnable, que les fournitures en cause en l'espèce rencontraient les conditions de l'Article 9, la preuve

reasonable evidence, that the supplies at issue in this case met the conditions of Section 9.

[76] I would point out that the error is palpable if it is plain to see and that it is overriding if it also leads to a wrong result (*Housen*, at paragraphs 4–5). This standard requires that I, as an appellate judge, accord a high degree of deference to the T.C.C. judge's findings of fact and inferences of fact (*Housen*, at paragraphs 10–21) and to any findings of mixed fact and law that he may have made (*Housen*, at paragraph 36).

[77] As I have already mentioned, the appellant submits that given the specific and specialized nature of some of the information required to place an order, Canadian customers must have a Prescription in their possession because the consumer cannot reasonably be expected to know this information without such a document. As evidence, the appellant provided the list of this information, which is posted on the transaction page of the appellant's website (appeal book, at page 83).

[78] The appellant also argues that the T.C.C. judge should have taken into account the legislative framework governing the practice of optometrists and opticians. It submits that he would thus have found that in Quebec, for example, these health care professionals must maintain and keep, at the place where they practise their profession, a record for each of their patients; that an expiration date is not information that must be entered in patient records (*Regulation respecting the keeping of the optometrical record*, C.Q.L.R., c. O-7, r. 20, s. 2.02); that an optometrist is authorized to give a prescription verbally (*Règlement sur les ordonnances verbales ou écrites d'un optométriste*, C.Q.L.R., c. O-7, r. 15, s. 5); and that such a prescription is only required to state a period of validity if warranted by the patient's condition (C.Q.L.R., c. O-7, r. 15, s. 1(6°)).

[79] In light of the evidence in the record and this legislative framework, the only finding that the T.C.C. judge had to make, according to the appellant, is that this evidence [TRANSLATION] "attests to the existence, for each consumer who acquired contact lenses from the appellant,

de l'appelante étant lacunaire et basée sur des hypothèses et déduction, sans quelconque vérification.

[76] Je rappelle que l'erreur est manifeste si elle est évidente et qu'elle est dominante si elle conduit par ailleurs à un résultat erroné (*Housen*, aux paragraphes 4–5). Cette norme m'impose, en tant que juge d'appel, un degré de retenue élevé à l'égard des conclusions et inférences de fait tirées par le juge de la C.C.I. (*Housen*, aux paragraphes 10–21), et des conclusions mixtes de fait et de droit auxquelles il a pu en arriver (*Housen*, au paragraphe 36).

[77] Tel que j'en ai déjà fait état, l'appelante soutient que compte tenu de la nature spécifique et pointue de certains des renseignements requis pour passer une commande, la clientèle canadienne doit nécessairement être en possession d'une Prescription puisque ces informations ne peuvent raisonnablement être connues du consommateur en l'absence d'un tel document. L'appelante en donne pour preuve la liste de ces renseignements, que l'on retrouve sur la page transactionnelle du site internet de l'appelante (dossier d'appel, à la page 83).

[78] L'appelante soutient également que le juge de la C.C.I. aurait dû tenir compte du cadre législatif régissant la pratique des optométristes et opticiens. Il aurait ainsi constaté, plaide-t-elle, qu'au Québec, par exemple, ces professionnels de la santé doivent, pour chacun de leur patient, tenir et conserver un dossier là où ils exercent leur profession; qu'une date d'expiration n'est pas une information devant être consignée aux dossiers des patients (*Règlement sur la tenue du dossier optométrique*, R.L.R.Q., ch. O-7, r. 20, article 2.02); qu'un optométriste est autorisé à communiquer verbalement une ordonnance (*Règlement sur les ordonnances verbales ou écrites d'un optométriste*, R.L.R.Q., ch. O-7, r. 15, article 5); et qu'une telle ordonnance n'a à prévoir une période de validité que si la condition du patient le justifie (R.L.R.Q., ch. O-7, r. 15, au paragraphe 1(6°)).

[79] À la lumière de la preuve au dossier et de ce cadre législatif, la seule conclusion qui s'imposait au juge de la C.C.I., selon l'appelante, est que cette preuve « atteste de l'existence, pour chaque consommateur ayant acquis des lentilles cornéennes de l'appelante, d'une ordonnance

of a prescription or an assessment record that has been kept by a person entitled, under the laws of the province in which the person practises, to prescribe contact lenses for the treatment or correction of the defect of vision of any such consumer" (appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 76). In its view, this evidence was sufficient, on a balance of probabilities, to rebut the presumption that the notices of assessment at issue in this case were valid.

[80] Is the fact that the T.C.C. judge did not accept these arguments a palpable and overriding error? In my view, it is not.

[81] The T.C.C. judge was asked to make inferences of unknown facts (the existence of a Prescription) based on known facts (the information that must accompany an order form) against the backdrop of the regulatory framework governing the practice of optometrists and opticians in Quebec. He was asked to do so when he also had Mr. Gad's candid testimony before him indicating that the appellant does not perform any verification of the validity of the Prescription, which is assumed to exist, or of the information entered on the order form. This testimony put into perspective the information posted on the Transaction Site regarding the supplies that the appellant made in Canada.

[82] I would point out that even though the appellant was not required to obtain and keep a copy of the relevant Prescriptions, the appellant, in order to demonstrate that it was entitled to zero-rating, was still required to provide [TRANSLATION] "sufficient and credible" evidence of their existence.

[83] However, the task of whether or not to make inferences or presumptions of fact is a core function of the trier of fact. As we have seen, an appellate court can only overturn the resulting conclusions in the presence of a palpable and overriding error (*Housen*, at paragraph 21; see also *Tiger-Vac International inc. c. Mambro*, 2021 QCCA 53, [2021] J.Q. No. 129 (QL), at paragraph 18). Furthermore, however tempting it may be, an appellate court "must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its

écrite ou d'un dossier d'évaluation tenu par une personne autorisée à prescrire, par les lois de la province où elle exerce, des lentilles cornéennes aux fins de traiter ou corriger le trouble visuel de tout tel consommateur » (mémoire des faits et du droit de l'appelante, au paragraphe 76). Cette preuve était suffisante, à son avis, pour écarter, selon la prépondérance des probabilités, la présomption de validité des avis de cotisation en cause en l'espèce.

[80] Le fait que le juge de la C.C.I. n'ait pas retenu ces arguments relève-t-il de l'erreur manifeste et dominante? J'estime que non.

[81] Le juge de la C.C.I. était invité à tirer des inférences de faits connus (l'information qui doit accompagner un bon de commande), sur fond du cadre règlementaire régissant la pratique des optométristes et opticiens au Québec, vers des faits inconnus (l'existence d'une Prescription). Il était invité à le faire alors qu'il avait aussi devant lui le témoignage candide de M. Gad, à l'effet que l'appelante ne procède à aucune vérification de la validité de la Prescription dont l'existence est présumée ou encore des informations consignées au bon de commande. Ce témoignage mettait en perspective les informations contenues au Site transactionnel en ce qui a trait aux fournitures effectuées au Canada par l'appelante.

[82] Je rappelle que même si elle n'était pas tenue d'obtenir et conserver une copie des Prescriptions pertinentes, l'appelante se devait tout de même, afin d'établir son droit à la détaxation, de présenter une preuve « suffisante et crédible » de leur existence.

[83] Or, la tâche de tirer ou non des inférences ou présomptions de fait est une fonction centrale du juge des faits. Les conclusions qui en découlent, comme on l'a vu, ne peuvent être renversées par une cour d'appel qu'en présence d'une erreur manifeste et dominante (*Housen*, au paragraphe 21; voir aussi *Tiger-Vac International inc. c. Mambro*, 2021 QCCA 53, [2021] J.Q. nº 129 (QL), au paragraphe 18). En outre, une cour d'appel, aussi tentant soit-il, « ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu'elle pense que la preuve démontre,

view of the balance of probabilities" (*Housen*, at paragraph 3, citing *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, at page 204, [1987] B.C.J. No. 470 (QL) (C.A.)).

[84] To use the well-known metaphor, when arguing palpable and overriding error, it is not enough "to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall" (*Canada v. South Yukon Forest Corp.*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, [2012] F.C.J. No. 669 (QL), at paragraph 46).

[85] Here, I cannot conclude that the appellant was successful, especially since the evidence in the record shows that the appellant can do more to discharge its burden of meeting the conditions for Section 9 to apply. Indeed, Mr. Gad testified that since its disputes with the Minister over the notices of assessment at issue in this case, the appellant now requires that Canadian customers who place an order with it attest that they have a Prescription in their possession. This requirement did not exist at the material time, and in this context, it is not for this Court to assess its impact on the burden that the appellant must meet. The issue is bound to arise at some point.

[86] Nor is there any evidence that the appellant performs random checks or that it asks, but does not require, customers who are willing to do so to send it a copy of their Prescription. Although the appellant is not required to provide them to the Minister, nothing is preventing it from doing so of its own volition in keeping with the best evidence rule.

[87] It is this total lack of even the slightest amount of effort that, I think, led the T.C.C. judge to find, in the alternative, that the appellant had not met its burden of establishing, by means of sufficient and credible evidence, the existence of Prescriptions for the supplies taxed by the Minister. Given the little leeway that I have, I cannot criticize the T.C.C. judge, in light of the evidence in the record, for having ruled as he did because there was some evidence upon which he relied to reach his conclusion on this point (*Housen*, at paragraph 1).

selon son opinion de la prépondérance des probabilités » (*Housen*, au paragraphe 3, citant l'arrêt *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, à la page 204, [1987] B.C.J. nº 470 (QL) (C.A.).

[84] Pour reprendre la métaphore bien connue, il ne suffit pas, pour conclure à l'erreur manifeste et dominante, de « se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier » (*Canada c. South Yukon Forest Corp.*, 2012 CAF 165, [2012] A.C.F. nº 669 (QL), au paragraphe 46).

[85] Ici, j'en suis incapable, d'autant plus que l'on sait, de la preuve au dossier, que l'appelante peut en faire davantage pour rencontrer le fardeau qui est le sien de satisfaire aux conditions d'application de l'Article 9. En effet, M. Gad a témoigné que depuis ses démêlées avec la Ministre au sujet des avis de cotisation en cause en l'espèce, l'appelante exige désormais de ses clients canadiens qui passent une commande auprès d'elle, qu'ils attestent être en possession d'une Prescription. Cette exigence n'existait pas au moment des faits de la présente affaire et il n'appartient pas à cette Cour, dans ce contexte-ci, d'en mesurer l'impact sur le fardeau qui s'impose à l'appelante. La question se posera sûrement, éventuellement.

[86] Il n'y a aucune preuve non plus que l'appelante procède à des vérifications aléatoires ou encore qu'elle invite ceux de ses clients qui sont disposés à le faire, mais sans les y obliger, à lui transmettre une copie de leur Prescription. Si elle n'est pas tenue de les fournir à la Ministre, rien n'interdit qu'elle le fasse de son propre gré au nom du principe de la meilleure preuve.

[87] C'est cette absence totale d'effort, même minimal, qui, je pense, a amené le juge de la C.C.I. à conclure, à titre subsidiaire, que l'appelante n'avait pas rencontré son fardeau d'établir, par une preuve suffisante et crédible, l'existence des Prescriptions liées aux fournitures taxées par la Ministre. Compte tenu du peu de marge de manœuvre dont je dispose, je ne peux reprocher au juge de la C.C.I., à la lumière de la preuve au dossier, d'avoir conclu comme il l'a fait puisqu'il existe des éléments de preuve qui étaye sa décision sur ce point (*Housen*, au paragraphe 1).

[88] I would therefore dismiss the appeal, but because success is divided, I would do so without costs in this Court.

[89] Pursuant to the Practice Direction issued by the Chief Justice of this Court on September 9, 2022, to members of the legal profession and all parties to proceedings in this Court, the designation of the respondent in this appeal was changed to "His Majesty the King".

BOIVIN J.A.: I agree.

GLEASON J.A.: I agree.

[88] Je rejetterais donc l'appel, mais comme le succès est ultimement partagé, je le ferais sans dépens devant cette Cour.

[89] Conformément à la Directive à la pratique émise par le juge en Chef de cette Cour le 9 septembre 2022 à l'intention des membres de la communauté juridique et de toutes les parties aux instances devant la Cour, la désignation de l'intimé dans le présent appel a été changée pour « Sa Majesté le Roi ».

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-311-19
2022 FCA 211

International Air Transport Association, Air Transportation Association of America DBA Airlines for America, Deutsche Lufthansa AG, Société Air France, S.A., British Airways PLC, Air China Limited, All Nippon Airways Co., Ltd., Cathay Pacific Airways Limited, Swiss International Airlines Ltd., Qatar Airways Group Q.C.S.C., Air Canada, Porter Airlines Inc., American Airlines Inc., United Airlines Inc., Delta Air Lines Inc., Alaska Airlines Inc., Hawaiian Airlines, Inc. and **Jetblue Airways Corporation** (*Appellants*)

v.

Canadian Transportation Agency and **the Attorney General of Canada** (*Respondents*)

and

Dr. Gábor Lukács (*Intervener*)

Indexed as: International Air Transport Association v. Canadian Transportation Agency

Federal Court of Appeal, Pelletier, de Montigny and Locke JJ.A.—Ottawa, April 6 and 7 and December 6, 2022.

Air Law — Passenger protection — Appeal challenging validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel — Canada Transportation Act (CTA), s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport (Minister) issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less (Direction) requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Agency adopted Air Passenger Protection Regulations (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, inter alia, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants challenged provisions of Regulations on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Claimed that Regulations contravened Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage

A-311-19
2022 CAF 211

International Air Transport Association, Air Transportation Association of America faisant affaire sous le nom de Airlines For America, Deutsche Lufthansa AG, Société Air France, S.A., British Airways PLC, Air China Limited, All Nippon Airways Co., Ltd., Cathay Pacific Airways Limited, Swiss International Airlines Ltd., Qatar Airways Group Q.C.S.C., Air Canada, Porter Airlines Inc., American Airlines Inc., United Airlines Inc., Delta Air Lines Inc., Alaska Airlines Inc., Hawaiian Airlines, Inc. et **Jetblue Airways Corporation** (*appelantes*)

c.

L'Office des transports du Canada et **le Procureur général du Canada** (*intimés*)

et

Gábor Lukács (*intervenant*)

Répertorié : International Air Transport Association c. Office des transports du Canada

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, de Montigny et Locke, J.C.A.—Ottawa, 6 et 7 avril; 6 décembre 2022.

Droit aérien — Protection des passagers — Appel contestant la validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux — L'article 86.11 de la Loi sur les transports au Canada (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports (ministre) a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic (Directive), ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — L'Office a adopté le Règlement sur la protection des passagers aériens (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du Règlement pour le

by Air (Montreal Convention) — Appellants submitted, inter alia, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with Montreal Convention; that Regulations having impermissible extraterritorial effects that violate territorial sovereignty of foreign states — Appellants of view that Direction constituting impermissible attempt to amend CTA, seeking to modify Parliament's intent by purporting to remove explicit, clear legislative limit to regulatory powers granted by Parliament to Agency — Added that Regulations, s. 8, which imposes obligations regarding tarmac delays, also ultra vires regulation-making authority of Agency under s. 86.11 — Appellants needed to demonstrate that non-compensatory damages provided for by Regulations were prohibited by Montreal Convention — Main issues whether: A. minimum compensation to passengers required by Regulations authorized by CTA, s. 86.11(1)(b)(i), compatible with Montreal Convention; B. Regulations, ss. 5-8, 10(3), 11(3),(4),(5), 12(2),(3),(4), 13-18, 23 or 24 ultra vires the CTA insofar as they apply to international service because of an impermissible extraterritorial application; C. Direction intra vires the authority of Minister under CTA, s. 86.11(2) — A. Real question to be resolved whether wording of Regulations clear enough to prevail over Montreal Convention in event of conflict between them — Parliament presumed not to intend to legislate in breach of Canada's international law obligations — CTA, s. 78(1) transformed presumption of statutory interpretation into explicit legislative constraint — Agency not exempted from constraint of s. 78 — In eventuality of conflict, Regulations having to be construed in manner consistent with Montreal Convention — Parliament not intending to require or authorize making of regulations inconsistent with Canada's international obligations — Scheme of Regulations regarding air carrier liability different from that of Montreal Convention — Under Montreal Convention, carrier's liability for delay meant to address individualized damages — Under Regulations, amount of compensation same for all passengers on particular flight — Regulations cover time period before delayed arrival — Regulations closer to consumer protection scheme than to action in damages — Enforcement mechanism of Regulations important characteristic setting it apart from action in damages — Minimum compensation scheme set out in CTA, Regulations therefore markedly different from action for damages — Regulatory regime providing minimum compensation for inconvenience inherent in a delay can operate side by side with Montreal Convention — Regulations adopted to emulate, align with European Union regime — Regulation not incompatible with Montreal Convention, complementary to it, not infringing on its exclusivity principle — Minimum compensation required by Regulations for cancellation, denied boarding falling outside scope of Montreal Convention — Requiring carriers to reimburse baggage fees not contravening Montreal Convention — Regulations, s. 23(1) not accounting for individualized loss — Parliament choosing to provide for regulations relating to "lost or damaged" baggage, not for "delayed" baggage — motif qu'elles outrepassaient les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont affirmé que ces dispositions contrevenaient aux obligations internationales du Canada en application de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Convention de Montréal) — Les appelantes ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal; que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers — Elles ont aussi affirmé que la Directive constituait une tentative inadmissible de modifier la LTC et qu'elle visait à revenir sur l'intention du législateur en tentant de supprimer une restriction législative explicite et claire quant aux pouvoirs de réglementation accordés à l'Office par le législateur — Elles ont ajouté que l'article 8 du Règlement, qui impose aux transporteurs aériens des obligations concernant les retards sur l'aire de trafic, devrait également être jugé comme outrepassant les pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11 — Les appelantes devaient démontrer que les dommages-intérêts non compensatoires prévus dans le Règlement étaient interdits par la Convention de Montréal — Il s'agissait de déterminer principalement A) si l'indemnisation minimale des passagers prévue par le Règlement est autorisée par le sous-alinéa 86.11(1)b)(i) de la LTC et est compatible avec la Convention de Montréal; B) si l'un ou l'autre des articles 5 à 8, 13 à 18, 23 ou 24 ou des paragraphes 10(3), 11(3) à 11(5) ou 12(2) à 12(4) du Règlement outrepassent les pouvoirs conférés par la LTC dans la mesure où ils s'appliquent aux services internationaux en raison d'une application extraterritoriale non permise; C) si la Directive est conforme aux pouvoirs que le paragraphe 86.11(2) de la LTC confère au ministre — A) La vraie question à résoudre était de savoir si le libellé du Règlement est suffisamment clair pour l'emporter sur la Convention de Montréal en cas d'incompatibilité entre les deux — On présume que le législateur n'a pas l'intention de légiférer en manquant aux obligations du Canada aux termes du droit international — Le paragraphe 78(1) de la LTC a transformé une présomption d'interprétation législative en une contrainte législative explicite — L'Office n'est pas exempté de la contrainte fixée par l'article 78 — En cas d'incompatibilité, il faut interpréter le Règlement d'une manière compatible avec la Convention de Montréal — Le législateur n'a pas l'intention d'exiger ou de permettre la prise de règlements incompatibles avec les obligations internationales du Canada — Le régime du Règlement en ce qui concerne la responsabilité du transporteur aérien est différent de celui de la Convention de Montréal — La responsabilité du transporteur en cas de retard, conformément à la Convention de Montréal, est censée régler la question des dommages-intérêts individuels — Le Règlement prévoit que le montant de l'indemnité est le même pour tous les passagers d'un vol donné — Le Règlement vise la période précédant l'heure d'arrivée en retard — Le Règlement se rapproche davantage d'un régime de protection des consommateurs que

Interpreting "lost baggage" in CTA, s. 86.11(1)(c) to include baggage delay inconsistent with clear distinction drawn by Montreal Convention between these two terms — Parliament only intended to authorize Agency to regulate minimum compensation relating to lost or damaged baggage, not for delayed baggage — Regulations, s. 23(2) therefore ultra vires the CTA — B. Parliament intended to give Regulations extraterritorial reach — That extraterritorial reach not contravening international law, as CTA, s. 86.11 having to be interpreted in manner respecting territorial sovereignty of foreign states — Regulations not infringing foreign states' sovereignty over airspace above their territories — Not purporting to allow for their enforcement on foreign soil — Enforcement taking place in Canada — C. Minister not exceeding scope, limits of his power under CTA, s. 86.11(2) — Limiting Minister's ability to issue directions to matters not covered in CTA, ss. 86.11(1)(a) to (f) inimical to ordinary meaning of words used by Parliament in s. 86.11(2) — Direction, Regulations, s. 8 consistent with wording of s. 86.11(2), context, purpose of CTA — Extensive delegation of power, broad ministerial discretion not obstacle to validity of s. 86.11(2) — Appeal dismissed, except with respect to Regulations, s. 23(2), which is found to be ultra vires of the CTA .

Federal Court of Appeal Jurisdiction — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency)

d'une action en dommages-intérêts — Le mécanisme d'application du Règlement est une caractéristique importante qui le distingue d'une action en dommages-intérêts — Le régime d'indemnisation minimale établi dans la LTC et le Règlement sont donc très différents d'une action en dommages-intérêts — Un régime réglementaire prévoyant une indemnisation minimale pour le désagrément découlant d'un retard peut fonctionner parallèlement à la Convention de Montréal — Le Règlement a été adopté afin d'imiter le régime de l'Union européenne et de s'harmoniser avec celui-ci — Le Règlement, loin d'être incompatible avec la Convention de Montréal, s'apparente plutôt à un complément et n'empiète pas sur son principe d'exclusivité — L'indemnité minimale prévue par le Règlement en cas d'annulation ou de refus d'embarquement ne relève pas du champ d'application de la Convention de Montréal — Obliger les transporteurs à rembourser les frais liés aux bagages ne contrevient pas à la Convention de Montréal — Le paragraphe 23(1) du Règlement ne tient pas compte de la perte individualisée — Le législateur a choisi de mettre en place une réglementation concernant la « perte ou [l]'endommagement » des bagages, mais non le « retard » des bagages — Interpréter l'expression « perte [...] de bagage » employée à l'alinéa 86.11(1)c) de manière à inclure les retards de bagages est incompatible avec la distinction claire établie entre ces deux termes par la Convention de Montréal — Le seul but du législateur était d'autoriser l'Office à réglementer l'indemnisation minimale pour la perte ou à l'endommagement de bagages, mais non pour le retard de bagages — Le paragraphe 23(2) du Règlement outrepasse donc les pouvoirs conférés par la LTC — B) L'intention du législateur était de donner une portée extraterritoriale au Règlement — La portée extraterritoriale du Règlement ne contrevient pas aux principes du droit international puisque l'article 86.11 de la LTC doit être interprété de manière à respecter la souveraineté territoriale des États étrangers — Le Règlement ne porte pas atteinte à la souveraineté des États étrangers sur l'espace aérien au-dessus de leurs territoires — L'objet du Règlement n'est pas de pouvoir être appliqué en territoire étranger — Les mesures d'exécution sont prises au Canada — C) Le ministre n'a pas dépassé la portée et les limites des pouvoirs que lui confère le paragraphe 86.11(2) de la LTC — Ne permettre au ministre de donner des directives qu'au sujet des éléments non visés aux alinéas 86.11(1)a) à f) est incompatible avec le sens ordinaire des mots employés par le législateur au paragraphe 86.11(2) — La Directive et l'article 8 du Règlement cadrent avec le libellé du paragraphe 86.11(2) de la LTC, le contexte et l'objet de la LTC dans son ensemble — Une vaste délégation de pouvoir et un pouvoir discrétionnaire large conféré au ministre ne constituent pas un obstacle à la validité du paragraphe 86.11(2) — Appel rejeté, sauf en ce qui concerne le paragraphe 23(2) du Règlement qui outrepasse les pouvoirs conférés par la LTC.

Compétence de la Cour d'appel fédérale — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office)

to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — Canada Transportation Act (CTA), s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less (Direction) requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Agency adopted Air Passenger Protection Regulations (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, inter alia, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants challenged provisions of Regulations on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Submitted, inter alia, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal Convention) — Further submitted that Regulations, s. 8, which imposes obligations regarding tarmac delays, also ultra vires the regulation-making authority of Agency under s. 86.11 — Court herein having power to rule on validity of Regulations, s. 8, able to determine whether Direction intra vires CTA, s. 86.11 — Necessary to determine "essential nature or character" of claim to decide whether Federal Court (or Federal Court of Appeal) having jurisdiction over it — Impractical, inimical to principle of access to justice to require appellants to first challenge Direction before Federal Court by application for judicial review before challenging Regulations, s. 8 in parallel appeal — Federal Court of Appeal having plenary jurisdiction to decide any matter of law arising out of its original jurisdiction.

International Law — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — Canada Transportation Act (CTA), s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Agency adopted Air Passenger Protection Regulations (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, inter alia, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants challenged provisions of

pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la Loi sur les transports au Canada (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic (Directive), ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — L'Office a adopté le Règlement sur la protection des passagers aériens (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du Règlement pour le motif qu'elles outrepassaient les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Convention de Montréal) — Elles ont ajouté que l'article 8 du Règlement, qui impose aux transporteurs aériens des obligations concernant les retards sur l'aire de trafic, devrait également être jugé comme outrepassant les pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11 — La Cour en l'espèce avait le pouvoir de se prononcer sur la validité de l'article 8 du Règlement et pouvait décider si la Directive sur laquelle il se fonde était conforme au pouvoir conféré par l'article 86.11 — Il est nécessaire de déterminer « la nature ou le caractère essentiel » d'une demande pour décider si la Cour fédérale (ou la Cour d'appel fédérale) a compétence à cet égard — Il aurait été très peu commode et contraire au principe de l'accès à la justice de demander aux appelantes de commencer par contester la Directive devant la Cour fédérale en présentant une demande de contrôle judiciaire avant de contester l'article 8 du Règlement dans un appel parallèle — La Cour d'appel fédérale a compétence absolue pour trancher toute question de droit qui découle de sa compétence en première instance.

Droit international — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la Loi sur les transports au Canada (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic, ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — L'Office a adopté le Règlement sur la protection des passagers aériens (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui

Regulations on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Claimed that Regulations contravened Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal Convention) — Appellants submitted, inter alia, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with Montreal Convention; that Regulations having impermissible extraterritorial effects that violate territorial sovereignty of foreign states — Case law from European Court of Justice showing that regulatory regime providing minimum compensation for inconvenience inherent in a delay can operate side by side with Montreal Convention — State practice confirming that standardized compensation for flight cancellation, denial of boarding and/or delay compatible with individual damages prescribed by Montreal Convention — Regulations adopted with a view to emulating and aligning with European Union regime — Practice of parties to a treaty useful in clarifying meaning to be given to treaty — In case at bar, 73 out of 135 State parties to Montreal Convention having local regime requiring standardized compensation for air passengers — State practice aiding to arrive at proper interpretation of Montreal Convention — Criticism of scholars not superseding State practice when interpreting international treaty — As to extraterritorial reach of Regulations, not contravening international law, as CTA, s. 86.11 having to be interpreted in manner respecting territorial sovereignty of foreign states — Regulations not infringing foreign states' sovereignty over airspace above their territories — Not purporting to allow for their enforcement on foreign soil — Enforcement of Regulations taking place in Canada.

Evidence — International law — Admissibility of affidavits — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — Canada Transportation Act, s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Minister of Transport issued Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less requiring Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information, assistance to passengers in cases of tarmac delays — Appellants challenged provisions of Air Passenger Protection Regulations (Regulations) on basis they exceeded Agency's authority under CTA — Claimed that Regulations contravened Convention for

concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du nouveau Règlement pour le motif qu'elles outrepassaient les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont affirmé que ces dispositions contrevenaient aux obligations internationales du Canada en application de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Convention de Montréal) — Les appelantes ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal; que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers — La jurisprudence de la Cour européenne de justice démontre qu'un régime réglementaire prévoyant une indemnisation minimale pour le désagrément découlant d'un retard peut fonctionner parallèlement à la Convention de Montréal — La pratique des États confirme que l'indemnisation standardisée pour l'inconvénient découlant d'une annulation de vol, d'un refus d'embarquement ou d'un retard est compatible avec la Convention de Montréal — Le Règlement a été adopté afin d'imiter le régime de l'Union européenne — La pratique des parties à un traité est certainement très utile pour préciser le sens du traité — En l'espèce, 73 des 135 États parties à la Convention de Montréal ont mis en place un régime local rendant obligatoire l'indemnisation standardisée des passagers aériens — La pratique des États permet d'interpréter correctement la Convention de Montréal — La critique formulée par les spécialistes ne l'emporte pas sur la pratique des États en ce qui concerne l'interprétation d'un traité international — La portée extraterritoriale du Règlement ne contrevient pas aux principes du droit international puisque l'article 86.11 de la LTC doit être interprété de manière à respecter la souveraineté territoriale des États étrangers — Le Règlement ne porte pas atteinte à la souveraineté des États étrangers sur l'espace aérien au-dessus de leurs territoires — L'objet du Règlement n'est pas de pouvoir être appliqué en territoire étranger — Les mesures d'exécution de la loi sont prises au Canada.

Preuve — Droit international — Recevabilité des affidavits — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la Loi sur les transports au Canada (LTC) oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — Le ministre des Transports a donné la Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic, ordonnant à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard sur l'aire de trafic — Les appelantes ont contesté plusieurs dispositions du nouveau Règlement sur la protection des passagers

the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal Convention) — Appellants submitted, inter alia, that s. 86.11 must be construed as not authorizing adoption of regulations inconsistent with Montreal Convention; that Regulations having impermissible extraterritorial effects that violate territorial sovereignty of foreign states — Admissibility of appellants' expert evidence at issue — Foreign law long characterized as fact for purpose of law of evidence — Should international law be treated as question of fact? — Preferred view is that international law is question of law — Canadian courts should take judicial notice of it without need to resort to expert opinion — Evidence purporting to give a legal opinion on the interpretation or application of an international convention is inadmissible, at least with respect to customary international law, international treaties that have been incorporated into Canadian law — International law in many respects domestic law, presumed to be interpreted so as to conform to Canadian international obligations — Expert opinion on question of law hardly necessary — Expert opinion must bring expertise outside purview of judge's skills, knowledge — Disagreement on proper interpretation of law cannot be test to determine admissibility of expert opinion evidence — International law should not be pleaded as fact, to be proven by way of affidavit.

Construction of Statutes — Validity of regulations adopted by Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses, inconveniences experienced in course of international air travel challenged — Canada Transportation Act, s. 86.11 requiring Agency to make regulations imposing certain obligations on air carriers — Agency adopted Air Passenger Protection Regulations (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, inter alia, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding — Appellants claimed, inter alia, that Regulations contravened Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air (Montreal Convention) — Nothing in Act, s. 86.11 or in its overall context suggesting that Parliament intended to require or authorize the making of regulations that are inconsistent with Canada's international obligations — Practice of parties to treaty useful in clarifying meaning to be given to treaty, may result in narrowing, widening or otherwise determining range of possible

aériens (Règlement) pour le motif qu'elles outrepassent les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC — Elles ont affirmé que ces dispositions contrevenaient aux obligations internationales du Canada en application de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Convention de Montréal) — Les appelantes ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal; que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers — La recevabilité des témoignages d'experts des appelantes était en cause — Le droit étranger est, depuis longtemps, caractérisé comme un énoncé de fait aux fins du droit de la preuve — Le droit international doit-il être traité comme une question de fait? — L'opinion privilégiée est que le droit international est une question de droit — Les tribunaux canadiens prennent d'office connaissance du droit international sans qu'il soit nécessaire de recourir aux opinions d'experts — Les éléments de preuve visant à donner une opinion juridique sur l'interprétation ou l'application d'une convention internationale sont irrecevables, du moins en ce qui concerne le droit international coutumier et les traités internationaux qui ont été incorporés dans le droit canadien — Le droit international constitue, à plusieurs égards, le droit interne, présumé être interprété d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada — L'on peut difficilement prétendre que les opinions d'experts sur ce type de question sont nécessaires — L'opinion d'expert doit apporter une expertise dépassant la portée des compétences et des connaissances du juge — Un désaccord quant à l'interprétation correcte du droit ne saurait être le critère utilisé pour décider de la recevabilité de témoignages d'opinion d'experts — Le droit international ne devrait pas être invoqué comme un simple fait, à établir au moyen d'un affidavit ou de preuve testimoniale.

Interprétation des lois — La validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux était contestée — L'article 86.11 de la Loi sur les transports au Canada oblige l'Office de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens — L'Office a adopté le Règlement sur la protection des passagers aériens (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement — Les appelantes ont affirmé, entre autres choses, que le Règlement contrevenait à la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (Convention de Montréal) — Rien dans l'article 86.11 ou dans son contexte général n'indique une intention du législateur d'exiger ou de permettre la prise de règlements incompatibles avec les obligations internationales du Canada — La pratique

interpretations — State practice aiding to arrive at proper interpretation of Montreal Convention — One does not first construe Montreal Convention in abstract to then determine if text, context, practice fit that interpretation — To exclude from consideration State practice that does not coincide with one's preferred interpretation of legal instrument inimical to general principles of statutory construction.

This was an appeal challenging the validity of regulations adopted by the Canadian Transportation Agency (Agency) to compensate air passengers for various delays, losses and inconveniences experienced in the course of international air travel.

In 2018, Parliament adopted the *Transportation Modernization Act* (TMA), which amended the *Canada Transportation Act* (CTA) by creating a new section, section 86.11. This new provision requires the Agency, after consulting with the Minister of Transport (Minister), to make regulations imposing certain obligations on air carriers. In 2019, pursuant to subsection 86.11(2) of the CTA, the Minister issued the *Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less* (Direction) requiring the Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information and assistance to passengers in cases of tarmac delays. The Agency adopted the *Air Passenger Protection Regulations* (Regulations), imposing obligations on air carriers with respect to, *inter alia*, tarmac delays, flight cancellations, flight delays, and denial of boarding. The appellants, trade associations and air carriers serving a large number of Canadian and international airports, challenged numerous provisions of the new Regulations on the basis that they exceeded the Agency's authority under the CTA. They claimed that the Regulations contravene Canada's international obligations under the *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air* (the Warsaw Convention), its successor the *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air* (the Montreal Convention), and the *Carriage by Air Act*. They also alleged that many of the Regulations' provisions are *ultra vires* because they have impermissible extraterritorial effects, which violate fundamental notions of international law. Under subsection 86.11(4) of the CTA, the new obligations flowing from the Regulations are "deemed to form part of the terms and conditions set out in the carrier's tariff" insofar as they are more advantageous than the terms and conditions of carriage already provided for in the carrier's tariffs. Where a carrier fails to comply with these obligations, passengers may file a complaint with the Agency, which would in turn determine whether the carrier had failed to apply its tariffs. If found not to have applied the tariffs, carriers could be subjected to the Agency's "corrective measures".

des parties à un traité est utile pour préciser le sens à donner au traité et peut réduire, élargir ou déterminer autrement l'éventail des interprétations possibles — La pratique des États permet d'interpréter correctement la Convention de Montréal — On ne peut d'abord interpréter la Convention de Montréal en théorie, puis décider si le texte, le contexte et la pratique cadrent avec cette interprétation — Ne pas tenir compte de la pratique des États, si elle ne cadre pas avec l'interprétation choisie d'un instrument juridique, irait à l'encontre des principes généraux d'interprétation législative.

Il s'agissait d'un appel contestant la validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux.

En 2018, le Parlement a adopté la *Loi sur la modernisation des transports* (LMT), qui modifiait la *Loi sur les transports au Canada* (LTC) en créant l'article 86.11. Cette nouvelle disposition oblige l'Office, après consultation avec le ministre des Transports (ministre), de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens. En 2019, en vertu du paragraphe 86.11(2) de la LTC, le ministre a donné la *Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic* (Directive), ordonnant ainsi à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard de trois heures ou moins sur l'aire de trafic. L'Office a adopté le *Règlement sur la protection des passagers aériens* (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations en ce qui concerne, entre autres choses, les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, et les refus d'embarquement. Les appelantes, les associations commerciales et les transporteurs aériens desservant un grand nombre d'aéroports au Canada et dans le monde ont contesté plusieurs dispositions du nouveau Règlement pour le motif qu'elles outrepassent les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC. Elles ont affirmé que ces dispositions contrevenaient aux obligations internationales du Canada en application de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (Convention de Varsovie), remplacée par la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international* (Convention de Montréal), et de la *Loi sur le transport aérien*. Elles ont allégué également que de nombreuses dispositions constituent un excès de pouvoir en raison d'effets extraterritoriaux inadmissibles allant à l'encontre de notions fondamentales du droit international. Le paragraphe 86.11(4) de la LTC dispose que les nouvelles obligations découlant du Règlement sont « réputées figurer au tarif du transporteur » dans la mesure où elles sont plus avantageuses que les conditions de transport déjà prévues dans le tarif du transporteur. Lorsqu'un transporteur ne respecte pas ces obligations, les passagers peuvent déposer une plainte auprès de l'Office, qui décidera si le transporteur n'a

This appeal raised important questions as to how the Montreal Convention applies within Canadian law, and more broadly, on Parliament's ability to provide for the regulation of air passenger rights in the context of international travel. The appellants advanced a number of arguments in support of their position that the Regulations are *ultra vires* the CTA. They argued that in enacting section 86.11 of the CTA, Parliament must be presumed not to have authorized the adoption of delegated legislation that would be inconsistent with the Montreal Convention as incorporated in Canadian law. They also submitted that section 86.11 must be construed as not authorizing the adoption of regulations that would be inconsistent with the Montreal Convention, since Parliament must be presumed to legislate in a manner compatible with Canada's international obligations. The appellants submitted that the Regulations have impermissible extraterritorial effects that violate the territorial sovereignty of foreign states. Finally, the appellants argued that the Direction constitutes an impermissible attempt to amend the CTA and seeks to modify Parliament's intent by purporting to remove an explicit and clear legislative limit to the regulatory powers granted by Parliament to the Agency. The appellants added that, by the same logic, section 8 of the Regulations, which imposes obligations regarding tarmac delays of any duration on air carriers, should also be held *ultra vires* the regulation-making authority of the Agency under section 86.11.

To be successful, the appellants needed to demonstrate that the non-compensatory damages for flight delays, flight cancellations, denials of boarding and lost or damaged baggage provided for by the Regulations were prohibited by the Montreal Convention, exceeded the limit of liability set forth in the Convention and ignored the exclusion of liability of the Convention. Relying on the presumptions of compliance with international law and of legislative coherence, the appellants submitted, *inter alia*, that section 86.11 should be construed as only authorizing regulations that are consistent with Canada's obligation under international law. They also submitted that the scope of the Agency's regulation-making authority under section 86.11 of the CTA is further constrained by the presumption of legislative coherence. On the basis of these two presumptions, the appellants contended that section 86.11 must be construed in a manner that is consistent with the Montreal Convention, and that any regulations regarding compensation should apply only to domestic itineraries.

pas appliqué ses tarifs. L'Office, s'il conclut qu'un transporteur n'a pas appliqué les tarifs, pourrait imposer à ce dernier des « mesures correctives ».

Le présent appel soulevait d'importantes interrogations quant à l'application de la Convention de Montréal au Canada et, plus largement, quant à la capacité du législateur d'assurer la réglementation des droits des passagers aériens dans le contexte des voyages internationaux. Les appelantes ont fait valoir plusieurs arguments à l'appui de leur thèse selon laquelle le Règlement outrepasse les pouvoirs conférés par la LTC. Elles ont affirmé qu'il faut présumer que le législateur, en édictant l'article 86.11 de la LTC, n'a pas autorisé l'adoption d'une législation déléguée qui ne cadrerait pas avec la Convention de Montréal telle qu'elle est incorporée dans le droit canadien. Elles ont aussi prétendu que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal, puisqu'il faut présumer que le législateur légifère conformément aux obligations internationales du Canada. Les appelantes ont affirmé que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers. Enfin, les appelantes ont affirmé que la Directive constituait une tentative inadmissible de modifier la LTC et qu'elle visait à revenir sur l'intention du législateur en tentant de supprimer une restriction législative explicite et claire quant aux pouvoirs de réglementation accordés à l'Office par le législateur. Les appelantes ont ajouté que, suivant la même logique, l'article 8 du Règlement, qui impose aux transporteurs aériens des obligations concernant les retards sur l'aire de trafic quelle qu'en soit la durée, devrait également être jugé comme outrepassant les pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11.

Pour avoir gain de cause, les appelantes devaient démontrer que les dommages-intérêts non compensatoires prévus dans le Règlement pour les retards et les annulations de vols, les refus d'embarquement et la perte ou l'endommagement des bagages étaient interdits par la Convention de Montréal, dépassaient la limite de responsabilité fixée dans la Convention et ne tenaient pas compte de l'exclusion de responsabilité de la Convention. Se fondant sur les présomptions de conformité au droit international et de cohérence législative, les appelantes ont prétendu, entre autres choses, que l'article 86.11 peut et doit être interprété comme autorisant uniquement les règlements qui cadrent avec l'obligation du Canada aux termes du droit international. Les appelantes ont prétendu également que la présomption de cohérence législative réduit encore plus le pouvoir de réglementation de l'Office aux termes de l'article 86.11 de la LTC. Les appelantes se sont fondées sur ces deux hypothèses pour soutenir que l'article 86.11 de la LTC peut et doit être interprété d'une manière conforme à la Convention de Montréal, et que les règlements concernant l'indemnisation ne doivent s'appliquer qu'aux voyages au Canada.

The main issues were whether: (A) the minimum compensation to passengers required by the Regulations is authorized by subparagraph 86.11(1)(b)(i) of the CTA and compatible with the Montreal Convention; (B) any of sections 5 to 8, subsection 10(3), subsections 11(3) to (5), subsections 12(2) to (4), sections 13 to 18, 23 or 24 of the Regulations are *ultra vires* the CTA insofar as they apply to international service because of an impermissible extraterritorial application; and (C) the Direction was *intra vires* the authority of the Minister under subsection 86.11(2) of the CTA.

Held, the appeal should be dismissed, except with respect to subsection 23(2) of the Regulations, which is found to be *ultra vires* of the CTA.

Two preliminary matters were first resolved. To begin, it was determined that the Court herein undoubtedly had the power to rule on the validity of section 8 of the Regulations, and was therefore able to determine whether the Direction that underpins it was *intra vires* section 86.11 of the CTA. Section 18 of the *Federal Courts Act* grants original and exclusive jurisdiction to hear applications for judicial review about the Minister's actions to the Federal Court. In the case at bar, however, the appellants challenged the validity of the impugned provisions of the Regulations. It is necessary to determine the "essential nature or character" of a claim to decide whether the Federal Court (or the Federal Court of Appeal) has jurisdiction over it. The essential nature of a claim will be determined on "a realistic appreciation of the practical result sought by the claimant". It would have been most impractical and inimical to the principle of access to justice to require the appellants to first challenge the Direction before the Federal Court by application for judicial review before challenging section 8 of the Regulations in a parallel appeal pursuant to section 41 of the CTA. As a superior court, the Federal Court of Appeal must have plenary jurisdiction to decide any matter of law arising out of its original jurisdiction.

Second, the admissibility of the appellants' expert evidence was at issue. Parts of those experts' affidavits were struck as they addressed matters of argument to be decided by the Court, and not matters of fact. The affidavits contained inadmissible legal opinions on the interpretation of the Montreal Convention. Foreign law has long been characterized as fact for the purpose of the law of evidence. It must be pleaded and proved at trial, unless otherwise provided by statute. On that basis, should international law be treated as a question of fact? The preferred view is that international law is a question of law, Canadian courts should take judicial notice of it, and evidence purporting to give a legal opinion on the interpretation or application of an international convention is

Il s'agissait de déterminer principalement A) si l'indemnisation minimale des passagers prévue par le Règlement est autorisée par le sous-alinéa 86.11(1)b)(i) de la LTC et est compatible avec la Convention de Montréal, B) si l'un ou l'autre des articles 5 à 8, le paragraphe 10(3), les paragraphes 11(3) à 11(5), les paragraphes 12(2) à 12(4), les articles 13 à 18, 23 ou 24 du Règlement outrepassent les pouvoirs conférés par la LTC dans la mesure où ils s'appliquent aux services internationaux en raison d'une application extraterritoriale non permise, et C) si la Directive est conforme aux pouvoirs que le paragraphe 86.11(2) de la LTC confère au ministre.

Arrêt : l'appel doit être rejeté, sauf en ce qui concerne le paragraphe 23(2) du Règlement qui outrepasse les pouvoirs conférés par la LTC.

Deux points préliminaires ont d'abord été réglés. Premièrement, il ne faisait aucun doute que la Cour en l'espèce avait le pouvoir de se prononcer sur la validité de l'article 8 du Règlement et doit donc pouvoir décider si la Directive sur laquelle il se fonde était conforme au pouvoir conféré par l'article 86.11 de la LTC. L'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale une compétence de première instance exclusive pour entendre toute demande de contrôle judiciaire des décisions du ministre. Toutefois, en l'espèce, les appelantes contestaient la validité des dispositions contestées du Règlement. Il est nécessaire de déterminer « la nature ou le caractère essentiel » d'une demande pour décider si la Cour fédérale (ou la Cour d'appel fédérale) a compétence à cet égard. Il faut dégager la nature essentielle de la demande selon « une appréciation réaliste du résultat concret visé par le demandeur ». Il aurait été très peu commode et contraire au principe de l'accès à la justice de demander aux appelantes de commencer par contester la Directive devant la Cour fédérale en présentant une demande de contrôle judiciaire avant de contester l'article 8 du Règlement dans un appel parallèle en application de l'article 41 de la LTC. En tant que cour supérieure, la Cour d'appel fédérale doit avoir compétence absolue pour trancher toute question de droit qui découle de sa compétence en première instance.

Le deuxième point préliminaire à régler concernait la recevabilité des témoignages d'experts fournis par les appelantes. Certains passages des affidavits de ces experts ont été radiés car ils abordaient des questions à débattre qui appartenaient au juge de trancher, et non des questions de fait. Les affidavits contenaient des avis juridiques irrecevables quant à l'interprétation de la Convention de Montréal. Le droit étranger est, depuis longtemps, caractérisé comme un énoncé de fait aux fins du droit de la preuve. Il doit être plaidé et prouvé à la satisfaction du tribunal, à moins de dispositions contraires de la loi. Sur ce fondement, le droit international doit-il être traité comme une question de fait? L'opinion privilégiée est que le droit international est une question de droit, que les tribunaux

inadmissible, at least with respect to customary international law and to international treaties that have been incorporated into Canadian law. Canadian courts take judicial notice of international law without the need to resort to expert opinion because international law is in many respects domestic law. There is a presumption that domestic law will be interpreted so as to conform to Canadian international obligations, and taking judicial notice of international law derives from the law relating to the admissibility of expert opinion evidence. The Supreme Court in *R. v. Mohan* set out four criteria for the admissibility of such evidence: relevance, necessity in assisting the trier of fact, the absence of any exclusionary rule, and a properly qualified expert. Expert opinion on a question of law can hardly be necessary, given the Court's expertise on matters of law. The expert opinion must bring an expertise that is outside the purview of a judge's skills and knowledge. A disagreement between parties on the proper interpretation of the law cannot be the test to determine the admissibility of expert opinion evidence. That would amount to an usurpation of the role of the judge. By and large, the jurisprudence has moved towards the exclusion of expert opinion evidence as it relates to international law. An expert cannot opine on a question of law (which must necessarily include questions of international law) to be decided by the Court, especially when that question is at the heart of the determination to be made to resolve the dispute between the parties. Courts ought to take judicial notice of customary international law and of treaties that have been ratified and implemented in Canadian law. There is no reason, either principled or practical, to distinguish between customary international law and treaties that have been implemented in Canadian law. For all intents and purposes, both are incorporated into Canadian law and judges are expected to treat them as law, not as fact. Expert evidence on international law should not be countenanced. Counsel should make submissions on international law themselves, without resorting to the added credibility of an expert. International law should definitely not be pleaded as a fact, to be proven by way of affidavit or testimonial evidence, especially when the objective is to provide legal conclusions on the very issue that is at the core of the dispute between the parties. It is one thing to adduce evidence on foreign legislation and decisions, and it is another to opine on the consistency of that foreign law with the Montreal Convention, thereby at least indirectly interpreting the scope of the Montreal Convention and of the exclusivity principle contained therein.

canadiens doivent en prendre connaissance d'office et que les éléments de preuve visant à donner une opinion juridique sur l'interprétation ou l'application d'une convention internationale sont irrecevables, du moins en ce qui concerne le droit international coutumier et les traités internationaux qui ont été incorporés dans le droit canadien. Les tribunaux canadiens prennent d'office connaissance du droit international sans qu'il soit nécessaire de recourir aux opinions d'experts parce que le droit international constitue, à plusieurs égards, le droit interne. L'on présume que le droit interne sera interprété d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada, et prendre d'office connaissance du droit international découle du droit relatif à la recevabilité des témoignages d'opinion d'experts. La Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Mohan* a énoncé quatre critères concernant la recevabilité de la preuve d'expert : la pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Étant donné l'expertise de la Cour quant aux questions de droit, l'on peut difficilement prétendre que les opinions d'experts sur ce type de question sont nécessaires. L'opinion d'expert doit apporter une expertise dépassant la portée des compétences et des connaissances du juge. Un désaccord entre les parties quant à l'interprétation correcte du droit ne saurait être le critère utilisé pour décider de la recevabilité de témoignages d'opinion d'experts. On usurperait le rôle du juge en procédant ainsi. Dans l'ensemble, la jurisprudence a évolué vers l'exclusion de l'opinion d'expert en ce qui concerne le droit international. Un expert ne peut pas donner son avis sur une question de droit (ce qui doit obligatoirement inclure les questions de droit international) que doit trancher la Cour, en particulier lorsque cette question est au cœur de la décision à prendre pour régler le différend entre les parties. Les tribunaux doivent prendre d'office connaissance du droit international coutumier et des traités qui ont été ratifiés et mis en application en droit canadien. Il n'y a aucune raison, fondée sur des principes ou sur la logique, de faire une distinction entre le droit international coutumier et les traités qui ont été mis en application dans le droit canadien. En effet, les deux sont incorporés dans le droit canadien et les juges sont censés les traiter comme du droit, et non comme des faits. Les témoignages d'experts concernant le droit international ne devraient pas être acceptés. Les avocats devraient formuler eux-mêmes des observations sur le droit international, sans avoir recours à un témoin expert pour ajouter de la crédibilité à leurs arguments. Le droit international ne devrait certainement pas être invoqué comme un simple fait, à établir au moyen d'un affidavit ou de preuve testimoniale, tout particulièrement si le but est de présenter des conclusions juridiques sur la question qui est précisément au cœur du litige entre les parties. C'est une chose que de présenter des éléments de preuve concernant le droit et les décisions d'autres pays, mais c'en est une autre que de donner son avis quant à la compatibilité de ce droit étranger avec la Convention de Montréal, interprétant ainsi, du moins indirectement, la portée de la Convention et du principe d'exclusivité qui y est prévu.

A. What was at stake here was not merely a conflict between a regulation and any other statute, but between a domestic regulation and an international treaty that has been ratified and incorporated in domestic law. The focus of the inquiry could not be the implementing legislation, but the treaty itself. The real question to be resolved, therefore, was whether the wording of the Regulations was clear enough to prevail over the Montreal Convention in the event that a conflict was found between these two legal instruments. Parliament is presumed not to intend to legislate in breach of Canada's international law obligations, and this presumption will only be displaced by clear and unequivocal wording. Such was not the case here. Quite to the contrary, subsection 78(1) of the CTA appears to have transformed a presumption of statutory interpretation into an explicit legislative constraint, and it clearly applies to the new regulatory powers conferred on the Agency by section 86.11, which also falls within Part II of the CTA. Had Parliament intended to authorize the Agency to adopt regulations in breach of the Montreal Convention, section 86.11 could have explicitly exempted the Agency from the constraint of section 78. The Agency appeared to share the view that the Regulations are meant to be respectful of Canada's international obligations. Paragraph 23(1)(b) of the Regulations illustrates how the Agency could have exercised its authority in a manner consistent with the Montreal Convention by distinguishing between international and domestic flights. The Agency has various enforcement and oversight powers with respect to its regulations, and may also sanction the contravention of its regulations with administrative monetary penalties. These powers are not available under the *Carriage by Air Act*. For all of these reasons, in the event there is a conflict between the Regulations and the Montreal Convention, the former would have to be construed in a manner that is consistent with the latter. Nothing in section 86.11 or in its overall context suggests that Parliament intended to require or authorize the making of regulations that are inconsistent with Canada's international obligations. The Montreal Convention contains only "certain rules" for international carriage by air, as its title indicates. Article 29[1] of the Montreal Convention was of paramount importance in the assessment of the appellants' claim that the liability regime created by the Regulations is incompatible with the Montreal Convention. Article 29 is also critical for the overall scheme of the Montreal Convention. The scheme of the Regulations with regards to air carrier liability

1 Article 29 states that "[i]n the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable."

A. L'enjeu en l'espèce n'était pas simplement une incompatibilité entre un règlement et n'importe quelle autre loi, mais entre une réglementation nationale et un traité international qui a été ratifié et intégré dans le droit interne. C'est sur le traité lui-même, et non sur la législation de mise en œuvre, que devait porter l'analyse. La vraie question à résoudre était donc de savoir si le libellé du Règlement est suffisamment clair pour l'emporter sur la Convention de Montréal en cas d'incompatibilité entre ces deux instruments juridiques. On présume que le législateur n'a pas l'intention de légiférer en manquant aux obligations du Canada aux termes du droit international; cette présomption ne sera écartée qu'au moyen d'un libellé clair et non équivoque. Ce n'était pas le cas en l'espèce. Bien au contraire, le paragraphe 78(1) de la LTC semble avoir transformé une présomption d'interprétation législative en une contrainte législative explicite, et elle s'applique manifestement aux nouveaux pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11, qui relève également de la partie II de la LTC. Si le législateur avait eu l'intention de permettre à l'Office d'adopter des règlements allant à l'encontre de la Convention de Montréal, l'article 86.11 aurait pu exempter explicitement l'Office de la contrainte fixée par l'article 78. L'Office semblait d'avis que le Règlement se veut conforme aux obligations internationales du Canada. L'alinéa 23(1)b) du Règlement montre de quelle façon l'Office aurait pu exercer son pouvoir d'une manière conforme à la Convention de Montréal en établissant une distinction entre les vols internationaux et les vols intérieurs. L'Office jouit de divers pouvoirs d'exécution et de surveillance en ce qui concerne ses règlements, et peut également imposer des sanctions en cas de contravention à ses règlements, au moyen de sanctions administratives pécuniaires. Ces pouvoirs ne sont pas prévus par la *Loi sur le transport aérien*. Pour tous ces motifs, en cas d'incompatibilité entre le Règlement et la Convention de Montréal, il faudrait interpréter le Règlement d'une manière compatible avec la Convention de Montréal. À mon avis, rien dans l'article 86.11 ou dans son contexte général n'indique une intention du législateur d'exiger ou de permettre la prise de règlements incompatibles avec les obligations internationales du Canada. La Convention de Montréal ne comprend que « certaines règles » concernant le transport aérien international, comme son titre l'indique. L'article 29[1] était d'une importance capitale pour évaluer l'allégation des appelantes selon laquelle le régime de responsabilité créé par le Règlement est incompatible

1 L'article 29 énonce que « [d]ans le transport de passagers, de bagages et de marchandises, toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs. Dans toute action de ce genre, on ne pourra pas obtenir de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages à un titre autre que la réparation. »

is of an entirely different nature than what is contemplated by the Montreal Convention. First, and most importantly, the carrier's liability for delay, as contemplated by Article 19 of the Montreal Convention, is meant to address individualized damages. Under the Regulations, the amount of compensation to which a passenger is entitled is fixed by the Regulations and is the same for all the passengers on a particular flight, and it is payable as soon as certain objective conditions are met. It is meant to compensate for the inconvenience that delay causes. Contrary to the Montreal Convention, which is concerned with the period of time after the delayed arrival, the Regulations cover the time period before the delayed arrival. The amount of compensation fixed by the Regulations is closer to a consumer protection scheme than to an action in damages. With the advent of the Regulations, the content of the terms and conditions that have to be covered by the tariffs of all carriers are uniform and standardized. The Regulations establish minimum levels of compensation with a view to enhance clarity and to better protect passengers. The other important characteristic of the Regulations that sets them apart from an action for damages is their enforcement mechanism. The minimum compensation required by the Regulations is meant to be enforced by the Agency through administrative measures. The Agency may also enforce the Regulations through administrative monetary penalties. The minimum compensation scheme set out in the CTA and the Regulations is therefore markedly different from an action for damages. Not only is it based on a form of standardized and uniform compensation with a view to providing passengers with clear and transparent information and protection, and to avoiding the haphazard application of the various tariffs applicable to the carriers, but it is also enforced through an administrative mechanism rather than through an action for damages. Even though the possibility of filing an action in court to recover the amount set out in the Regulations is not excluded by the CTA, the fact remains that in most instances the Regulations will be implemented through an administrative process. On the basis of the case law from the European Court of Justice, it would appear that a regulatory regime providing minimum compensation for the inconvenience inherent in a delay, which essentially consists of a loss of time identical for all passengers, can operate side by side with Article 19 of the Montreal Convention, which is meant to cover liability for the individual damage occasioned by the delay and which necessarily varies from one passenger to another. The Regulations were adopted with a view to emulating and aligning with the European Union regime. While they are not identical, they build upon the same framework and share the same rationale of better protecting passengers and compensating them for inconvenience resulting from the disruption of their flight schedules. Therefore, the Regulations, far from being incompatible with the Montreal Convention, are more properly characterized as complementary to it and thus do not infringe on its exclusivity principle.

avec la Convention de Montréal. L'article 29 est également essentiel à l'esprit général de la Convention de Montréal. Le régime du Règlement en ce qui concerne la responsabilité du transporteur aérien est d'une nature très différente de ce qui avait été envisagé par la Convention de Montréal. Tout d'abord, ce qui est le plus important, la responsabilité du transporteur en cas de retard, conformément à l'article 19 de la Convention de Montréal, est censée régler la question des dommages-intérêts individuels. Le Règlement prévoit que le montant de l'indemnité à laquelle un passager a droit est prescrit par le Règlement, est le même pour tous les passagers d'un vol donné et est dû dès que certaines conditions objectives sont respectées. Le but est de dédommager les passagers pour les inconvénients causés par le retard. Contrairement à la Convention de Montréal, qui s'applique à la période suivant l'heure d'arrivée en retard, le Règlement vise la période précédant l'heure d'arrivée en retard. Le montant de l'indemnité établi par le Règlement se rapproche davantage d'un régime de protection des consommateurs que d'une action en dommages-intérêts. L'entrée en vigueur du Règlement a permis d'uniformiser et de normaliser le contenu des modalités devant être incluses dans les tarifs de l'ensemble des transporteurs. Le Règlement fixe des indemnités minimales afin d'apporter de la clarté et de mieux protéger les passagers. Le mécanisme d'application du Règlement est l'autre caractéristique importante qui le distingue d'une action en dommages-intérêts. L'Office a recours à des mesures administratives pour faire respecter les obligations quant à l'indemnité minimale prévue par le Règlement. L'Office peut également faire appliquer le Règlement au moyen de sanctions administratives pécuniaires. Le régime d'indemnisation minimale établi dans la LTC et le Règlement est donc très différent d'une action en dommages-intérêts. Il repose non seulement sur une forme d'indemnité standardisée et uniforme visant à donner aux passagers des renseignements et une protection clairs et transparents, et à éviter l'application désordonnée des divers tarifs applicables aux transporteurs, mais il est également appliqué grâce à un mécanisme administratif plutôt que par voie d'action en dommages-intérêts. Bien que la LTC n'exclue pas la possibilité d'introduire une action en justice pour recouvrer la somme prévue dans le Règlement, il reste que, dans la plupart des cas, le Règlement sera mis en œuvre au moyen d'un processus administratif. Compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne de justice, il semblerait qu'un régime réglementaire prévoyant une indemnisation minimale pour le désagrément découlant d'un retard, qui est essentiellement une perte de temps identique pour tous les passagers, puisse fonctionner parallèlement à l'article 19 de la Convention de Montréal dont le but est de régir la responsabilité pour les préjudices individuels qui sont causés par le retard et qui sont forcément différents selon les passagers. Le Règlement a été adopté afin d'imiter le régime de l'Union européenne et de s'harmoniser avec celui-ci. Malgré leurs différences, ils se fondent sur le même cadre et ont la même raison d'être, à savoir l'amélioration de la protection des passagers et leur

The minimum compensation required by the Regulations for cancellation and denied boarding falls outside the scope of Article 19 of the Montreal Convention. Cancellation, denial of boarding and delay are three different concepts, both factually and legally. Cancellation obviously results in the non-performance of the contract of carriage. The same is true for a denial of boarding. On the other hand, delay is better characterized as the late performance of the contract. The fact that the amount of compensation is established based on the length of the delayed arrival does not change the nature of the circumstances that mandated the compensation and does not transform a cancellation or denial of boarding into a delay.

Requiring carriers to reimburse baggage fees does not contravene the Montreal Convention. While the baggage provisions in the Regulations do not explicitly seek to compensate passengers for the "inconvenience" of the occurrence, as do the provisions relating to delay, cancellation and denied boarding provisions, they achieve the same purpose: providing standardized and immediate assistance that is almost identical for every passenger. Even if all passengers do not lose their baggage or have their baggage damaged at the same time, subsection 23(1) of the Regulations treats each occurrence in an identical manner, one that does not account for individualized loss. Interpreted within the context of the statutory scheme, both subsection 23(1) of the Regulations and the authorizing paragraph 86.11(1)(c) of the CTA implicitly aim to compensate passengers for the inconvenience of lost or damaged baggage. That being said, the explicit text of paragraph 86.11(1)(c) of the CTA states that the baggage regulations must relate to "lost or damaged" baggage, and do not expressly provide for compensation in the event of a "temporary loss" of baggage. The Montreal Convention distinguishes between baggage that is "lost" from that which is "delayed". Given that dichotomy, it is important to underscore Parliament's choice to provide for regulations relating to "lost or damaged" baggage, but not for "delayed" baggage. Interpreting "lost baggage" in paragraph 86.11(1)(c) to include baggage delay would be inconsistent with the clear distinction drawn by the Montreal Convention between these two terms, without any good reason for doing so. The objective of the Regulations with respect to lost or damaged baggage was apparently to extend the application of the Montreal Convention regime to domestic travel, and to require the reimbursement of any baggage fees. This is quite telling as it says nothing about temporary loss. Parliament only intended to authorize the Agency to regulate minimum compensation relating to lost or damaged baggage, but not for delayed baggage.

indemnisation pour les désagréments découlant de la perturbation de leurs horaires de vols. En conséquence, le Règlement, loin d'être incompatible avec la Convention de Montréal, s'apparente plutôt à un complément et n'empiète donc pas sur son principe d'exclusivité.

L'indemnité minimale prévue par le Règlement en cas d'annulation ou de refus d'embarquement ne relève pas du champ d'application de l'article 19 de la Convention de Montréal. L'annulation, le refus d'embarquement et le retard sont trois notions différentes, sur le plan factuel comme sur le plan juridique. L'annulation est de toute évidence une non-exécution du contrat de transport. Il en va de même pour le refus d'embarquement. Par contre, le retard s'apparente davantage à une exécution tardive du contrat. Le fait que le montant de l'indemnité soit fixé en fonction de la durée du retard à l'arrivée ne change rien à la nature des circonstances qui ont rendu obligatoire le versement de l'indemnité et ne fait pas de l'annulation ou du refus d'embarquement un retard.

Obliger les transporteurs à rembourser les frais liés aux bagages ne contrevient pas à la Convention de Montréal. Bien que les dispositions du Règlement en ce qui a trait aux bagages ne visent pas explicitement à indemniser les passagers pour les « inconvénients » de la situation, comme le font les dispositions portant sur les retards, les annulations et les refus d'embarquement, leur objectif est le même : offrir une assistance standardisée et immédiate qui soit quasiment identique pour tous les passagers. Même si tous les passagers ne subissent pas en même temps la perte ou l'endommagement de leurs bagages, le paragraphe 23(1) du Règlement traite chaque situation de la même manière, c'est-à-dire sans tenir compte de la perte individualisée. Interprétés dans le contexte du régime réglementaire, le paragraphe 23(1) du Règlement et l'alinéa habilitant 86.11(1)c) de la LTC visent tous deux implicitement à indemniser les passagers pour l'inconvénient que représente la perte ou l'endommagement des bagages. Ceci étant dit, le libellé de l'alinéa 86.11(1)c) de la LTC indique explicitement que les règlements en ce qui a trait aux bagages doivent prévoir des indemnités « en cas de perte ou d'endommagement » des bagages, sans prévoir expressément d'indemnité en cas de « perte temporaire » des bagages. La Convention de Montréal établit une distinction entre la « perte » et le « retard » des bagages. Compte tenu de cette dichotomie, il importe d'insister sur le choix du législateur de mettre en place une réglementation concernant la « perte ou [l]'endommagement » des bagages, mais non le « retard » des bagages. Interpréter l'expression « perte [...] de bagage » employée à l'alinéa 86.11(1)c) de manière à inclure les retards de bagages serait incompatible avec la distinction claire établie entre ces deux termes par la Convention de Montréal, et cette contradiction n'aurait aucun motif valable. L'objet du Règlement en ce qui concerne la perte ou l'endommagement de bagages était apparemment d'étendre l'application du régime de la

Subsection 23(2) of the Regulations should therefore be held *ultra vires* the CTA.

State practice confirms that standardized compensation for the inconvenience resulting from flight cancellation, denial of boarding and/or delay is compatible with and can operate alongside the individual damages prescribed by the Montreal Convention. The practice of the parties to a treaty can be quite useful in clarifying the meaning to be given to the treaty, and may result in narrowing, widening or otherwise determining the range of possible interpretations. This is important because it constitutes objective evidence of the understanding of the parties with respect to the treaty that they signed. In the case at bar, the evidence showed that 73 out of the 135 State parties to the Montreal Convention have established a local regime requiring standardized compensation for air passengers in the case of cancellation, denial of boarding and/or delay. While these regimes show some variations in the modalities of their particular scheme, they all share common features in terms of, *inter alia*, their overall structure and the nature of their compensation. State practice is an aid to arrive at the proper interpretation of the Montreal Convention, similar to text, context and purpose; one does not first construe the Montreal Convention in the abstract to then determine if the text, context and practice fit that interpretation. To do otherwise and to exclude from consideration State practice that does not coincide with one's preferred interpretation of a legal instrument would be inimical to general principles of statutory construction. The criticism of scholars does not supersede State practice when it comes to interpreting an international treaty.

B. The overall scheme governing air transportation under the CTA and the *Air Transportation Regulations*, and the way they have been applied and interpreted since their enactment, supports the view that Parliament's intent was to give the Regulations extraterritorial reach. Moreover, the extraterritorial reach of the Regulations does not contravene the principles of international law governing state sovereignty and territoriality. Respect for the territorial sovereignty of foreign states is a well-established principle of customary international law, and as such it is binding on Canada. As a result, section 86.11 of the CTA must be interpreted in a manner that respects this obligation. Although Parliament clearly has the plenary authority to enact legislation that applies extraterritorially, it must do so through clear words or by necessary implication. It is not readily apparent how the Regulations infringe foreign

Convention de Montréal aux voyages intérieurs et d'exiger le remboursement de tous les frais liés aux bagages. Ceci semble assez révélateur puisqu'il n'est pas du tout question de la perte temporaire. Le seul but du législateur était d'autoriser l'Office à réglementer l'indemnisation minimale pour la perte ou à l'endommagement de bagages, mais non pour le retard de bagages. Le paragraphe 23(2) du Règlement doit donc être jugé comme outrepassant les pouvoirs conférés par la LTC.

La pratique des États confirme que l'indemnisation standardisée pour l'inconvénient découlant d'une annulation de vol, d'un refus d'embarquement ou d'un retard est compatible avec la Convention de Montréal et peut s'appliquer parallèlement aux dommages-intérêts individuels qui y sont prévus. La pratique des parties à un traité est certainement très utile pour préciser le sens du traité et peut réduire, élargir ou déterminer autrement l'éventail des interprétations possibles. Cette constatation est importante parce qu'il s'agit d'une preuve objective de la compréhension des parties quant au traité qu'elles ont signé. En l'espèce, les éléments de preuve montrent que 73 des 135 États parties à la Convention de Montréal ont mis en place un régime local rendant obligatoire l'indemnisation standardisée des passagers aériens en cas d'annulation, de refus d'embarquement ou de retard. Ces régimes, malgré les variations de leurs modalités propres, présentent tous des points communs pour ce qui est, entre autres choses, de leur structure globale et de la nature de l'indemnisation qu'ils prévoient. La pratique des États, à l'instar du texte, du contexte et de l'objet, permet d'interpréter correctement la Convention de Montréal; on ne peut d'abord interpréter la Convention de Montréal en théorie, puis décider si le texte, le contexte et la pratique cadrent avec cette interprétation. Faire autrement et ne pas tenir compte de la pratique des États, si elle ne cadre pas avec l'interprétation choisie d'un instrument juridique, irait à l'encontre des principes généraux d'interprétation législative. La critique formulée par les spécialistes ne l'emporte pas sur la pratique des États en ce qui concerne l'interprétation d'un traité international.

B. Le régime général applicable au transport aérien selon la LTC et le *Règlement sur les transports aériens*, ainsi que leur application et leur interprétation depuis leur entrée en vigueur, étaye le point de vue selon lequel l'intention du législateur était de donner une portée extraterritoriale au Règlement. En outre, la portée extraterritoriale du Règlement ne contrevient pas aux principes du droit international régissant la souveraineté des États et la territorialité. Le respect de la souveraineté territoriale des États étrangers est un principe de droit international coutumier bien établi et, de ce fait, il est contraignant pour le Canada. L'article 86.11 de la LTC doit donc être interprété de manière à respecter cette obligation. Même si le Parlement a clairement le plein pouvoir d'adopter une loi ayant une portée extraterritoriale, en l'absence d'un libellé clair ou d'une déduction nécessaire, il est présumé ne pas avoir voulu le faire. Il

states' sovereignty over the airspace above their territories. They impose obligations on carriers with respect to information provided at service desks and self-service terminals, on printed tickets and at airport gates, as well as compensatory obligations relating to delayed and cancelled flights, and denied boarding. Strictly speaking, none of these obligations affect how air carriers operate in flight. It is clear from the overall scheme of the CTA that the Agency's licensing scheme was intended to capture Canadian and non-Canadian carriers for international services and to provide the Agency with powers to impose restrictions on their terms and conditions of service. The Agency has jurisdiction over flights to and from Canada and can examine a foreign carrier's tariff from the perspective of events taking place outside Canadian borders and on flights that are subject to regulations in a foreign jurisdiction. The Regulations do not purport to allow for their enforcement on foreign soil, nor to authorize investigation in a foreign country for non-compliance occurring in that country. Quite to the contrary, the Regulations provide that affected passengers may claim the respective compensation directly with the air carrier. Enforcement takes place in Canada, and enforcement of laws on the State's own territory for events occurring outside its territory is permitted as long as there is an objective link with the country. A flight departing from or arriving on Canadian soil, whether operated by a Canadian or a foreign carrier, has a sufficient connection to this country to ground an exercise of its jurisdiction. This connection arises from the permission granted to the carrier by the CTA to operate in Canada, and from the tariff that the airline has agreed to prepare and follow.

C. The Minister did not exceed the scope and limits of his power under subsection 86.11(2) of the CTA. The language of subsection 86.11(2) is quite broad, and limiting the Minister's ability to issue directions to matters not covered in paragraphs 86.11(1)(a) to (f) would be inimical to the ordinary meaning of the words used by Parliament in subsection 86.11(2). The Direction and section 8 of the Regulations are not only consistent with the wording of subsection 86.11(2) of the CTA, but also with the context and purpose of the CTA as a whole. The intent was clearly to provide better protection to air passengers, and it is in that spirit that Parliament compelled the Agency to make regulations regarding passengers' rights and carriers' obligations on specific matters. It is certainly not inconsistent or unrelated to that statutory purpose, let alone unreasonable, to interpret the list of matters found at subsection 86.11(1) as the baseline of carriers' obligations towards passengers, rather than the upper limit. The fact that the delegation of power created by subsection 86.11(2) may be

est difficile de voir comment le Règlement porte atteinte à la souveraineté des États étrangers sur l'espace aérien au-dessus de leurs territoires. Le Règlement impose des obligations aux transporteurs en ce qui concerne les renseignements fournis aux bureaux de service et aux terminaux en libre-service, sur les billets imprimés et aux portes des aéroports, ainsi que des obligations en matière d'indemnisation pour ce qui est des vols retardés et annulés et des refus d'embarquement. Au sens strict, aucune de ces obligations n'a d'incidence sur la manière dont les transporteurs aériens mènent leurs activités en vol. Le régime général de la LTC indique clairement que le régime d'octroi de licences de l'Office visait à inclure les transporteurs canadiens et non canadiens pour les services internationaux et à donner à l'Office le pouvoir d'imposer des restrictions quant à leurs conditions de service. L'Office est compétent à l'égard des vols à destination et en provenance du Canada et peut examiner le tarif d'un transporteur étranger en fonction d'événements qui ont lieu à l'extérieur des frontières canadiennes et sur des vols assujettis à la réglementation d'un pays étranger. L'objet du Règlement n'est pas de pouvoir être appliqué en territoire étranger ni d'autoriser des enquêtes dans un pays étranger en cas de non-conformité survenant dans ce pays. Au contraire, le Règlement donne aux passagers concernés le droit de réclamer directement au transporteur aérien l'indemnité à laquelle ils ont droit. Les mesures d'exécution de la loi sont prises au Canada et les lois peuvent être appliquées sur le territoire d'un État quant à des événements survenant en dehors de son territoire à condition qu'il existe un lien objectif avec le pays. Un vol en provenance ou à destination du Canada, qu'il soit exploité par un transporteur canadien ou étranger, a un lien suffisant avec le Canada pour permettre l'exercice de sa compétence. Ce lien découle de l'autorisation que la LTC donne au transporteur d'exercer ses activités au Canada, ainsi que du tarif que la compagnie aérienne a accepté d'élaborer et de respecter.

C. Le ministre n'a pas dépassé la portée et les limites des pouvoirs que lui confère le paragraphe 86.11(2) de la LTC. Le libellé du paragraphe 86.11(2) est assez général et le fait de ne permettre au ministre de donner des directives qu'au sujet des éléments non visés aux alinéas 86.11(1)a) à f) serait incompatible avec le sens ordinaire des mots employés par le législateur au paragraphe 86.11(2). La Directive et l'article 8 du Règlement cadrent non seulement avec le libellé du paragraphe 86.11(2) de la LTC, mais également avec le contexte et l'objet de la LTC dans son ensemble. Le législateur entendait de toute évidence assurer une meilleure protection des passagers aériens et c'est dans cette optique qu'il a obligé l'Office à prendre des règlements sur les droits des passagers et les obligations des transporteurs concernant des éléments précis. Il n'est certainement pas contraire ou étranger à l'objet de cette loi, et encore moins déraisonnable, d'interpréter la liste des éléments donnée au paragraphe 86.11(1) comme constituant la base, et non la limite supérieure, des obligations des

extensive and that the discretion conferred on the Minister may be broad is no obstacle to its validity.

transporteurs envers les passagers. Le fait que la délégation de pouvoir engendrée par le paragraphe 86.11(2) puisse être vaste et que le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre puisse être large ne constitue pas un obstacle à sa validité.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Air Passenger Protection Regulations, SOR/2019-150, ss. 1(1) "mechanical malfunction", (3), 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 32, 35, 36.

Air Transportation Regulations, SOR/88-58, ss. 111, 113.1, 116, 116.1, 122, Part V, Division II.

Bill C-49, *An Act to amend the Canada Transportation Act and other Acts respecting transportation and to make related and consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 42nd Parl., 2017 (assented to 23 May 2018), S.C. 2018, c. 10.

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 8, 25, 33(1),(4), 36(1), 37, 41, 55, 57, 67.1, 69(2),(3), 73(1), 76(1)(c), 78, 85.1, 86(1)(h), 86.11, 113.1, 117(1), 177, 178, 180.3–180.6.

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].

Carriage by Air Act, R.S.C., 1985, c. C-26, s. 2, Sch. VI.

Coastal Fisheries Protection Act, R.S.C., 1985, c. C-33.

Crimes Against Humanity and War Crimes Act, S.C. 2000, c. 24.

Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less, SOR/2019-110.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2, 18, 28.

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 81(1), 369.

Greenhouse Gas Pollution Pricing Act, S.C. 2018, c. 12.

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, s. 77.

Regulation (EC) No. 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EC) No. 295/91, [2004] O.J. L. 46/01, Art. 1(1), 6, 7.

Statute of Westminster, 1931, (U.K.) 22 Geo. 5, c. 4 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 27], s. 3.

Transportation Modernization Act, S.C. 2018, c. 10.

LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44].

Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic, DORS/2019-110.

Loi sur la modernisation des transports, L.C. 2018, ch. 10.

Loi sur la protection des pêches côtières, L.R.C. (1985), ch. C-33.

Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre, L.C. 2018, ch. 12.

Loi sur le transport aérien, L.R.C. (1985), ch. C-26, art. 2, ann. VI.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2, 18, 28.

Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, L.C. 2000, ch. 24.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4e suppl.), ch. 31, art. 77.

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 8, 25, 33(1),(4), 36(1), 37, 41, 55, 57, 67.1, 69(2),(3), 73(1), 76(1)c), 78, 85.1, 86(1)h), 86.11, 113.1, 177, 178, 180.3–180.6.

Projet de loi C-49, *Loi apportant des modifications à la Loi sur les transports au Canada et à d'autres lois concernant les transports ainsi que des modifications connexes et corrélatives à d'autres lois*, 1re sess., 42e lég., 2017 (sanctionné le 23 mai 2018), L.C. 2018, ch. 10.

Règlement (CE) nº 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) nº 295/91, [2004] J.O. L. 46/1, art. 1(1), 6, 7.

Règlement sur la protection des passagers aériens, DORS/2019-150, art. 1(1) « défaillance mécanique », (3), 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 32, 35, 36.

Règlement sur les transports aériens, DORS/88-58, art. 111, 113.1, 116, 116.1, 122, partie V, section II.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 81(1), 369.

Statut de Westminster de 1931, (R.-U.) 22 Geo. 5, ch. 4 [L.R.C. (1985), appendice II, nº 27], art. 3.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air, signed at Montréal, May 28, 1999, being Schedule VI to the *Carriage by Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-26, 2242 U.N.T.S. 309, Preamble, Arts. 1(2) "international carriage", 17, 18, 19, 21, 22, 23(1),(2), 29, 33(1),(4), 35(1),(2).

Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air, signed at Warsaw, October 12, 1929, being Schedule I to the *Carriage by Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-26, 137 L.N.T.S. 11.

Convention on International Civil Aviation, 7 December 1944, [1944] Can. T.S. No. 36, 15 U.N.T.S. 295, Art. 1.

Statute of the International Court of Justice, 26 June 1945, [1945] Can. T.S. No. 7, Art. 38.

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, 1155 U.N.T.S. 331, Arts. 31, 32.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. nº 37, 1155 R.T.N.U. 331, art. 31, 32.

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Varsovie, le 12 octobre 1929, qui constitue l'annexe I de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), ch. C-26, 137 R.T.S.N. 11.

Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, signée à Montréal, le 28 mai 1999, qui constitue l'annexe VI de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), ch. C-26, 2242 R.T.N.U. 309, préambule, art. 1(2) « transport international »,17, 18, 19, 21, 22, 23(1),(2), 29, 33(1),(4), 35(1),(2).

Convention relative à l'aviation civile internationale, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. nº 36, 15 R.T.N.U. 295, art. 1.

Statut de la Cour internationale de Justice, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. nº 7, art. 38.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9; *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, [2020] 1 S.C.R. 166; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653.

CONSIDERED:

Windsor (City) v. Canadian Transit Co., 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *International Air Transport Association v. Canada (Transportation Agency)*, 2020 FCA 172; *Sturgeon v. Condor; Böck and Lepuschitz v. Air France*, Joined cases C-402/07 and C-432/07, [2009] E.C.R. I-10954; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336; *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2010 NSSC 346 (CanLII), 85 C.C.E.L. (3d) 144, revd 2011 NSCA 73 (CanLII), 337 D.L.R. (4th) 668; *Saskatchewan v. Saskatchewan Federation of Labour*, 2012 SKQB 62 (CanLII), 254 C.R.R. (2d) 288, affd in part 2013 SKCA 43 (CanLII), 361 D.L.R. (4th) 132, affd in part 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Najafi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FC 876, [2015] 1 F.C.R. 26, affd 2014 FCA 262, [2015] 4 F.C.R. 162; *Tracy v. The Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759 (CanLII), 400 D.L.R. (4th) 670; *R. v. Appulonappa*, 2014 BCCA 163, 373 D.L.R. (4th) 1, revd

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9; *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] R.C.S. 182; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, [2020] 1 R.C.S. 166; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Windsor (City) c. Canadian Transit Co., 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *International Air Transport Association c. Canada (Office des transports)*, 2020 CAF 172; *Sturgeon c. Condor; Böck et Lepuschitz c. Air France*, affaires jointes C-402/07 et C-432/07, [2009] Rec. C.E. I-10954; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43; *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2010 NSSC 346 (CanLII), 85 C.C.E.L. (3d) 144, inf. par 2011 NSCA 73 (CanLII), 337 D.L.R. (4th) 668; *Saskatchewan v. Saskatchewan Federation of Labour*, 2012 SKQB 62 (CanLII), 254 C.R.R. (2d) 288, conf. en partie par 2013 SKCA 43 (CanLII), 361 D.L.R. (4th) 132, conf. en partie par 2015 CSC 4; [2015] 1 R.C.S. 245; *Najafi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CF 876, [2015] 1 R.C.F. 26, conf. par 2014 CAF 262, [2015] 4 R.C.F. 162; *Tracy v. The Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759 (CanLII), 400 D.L.R. (4th) 670; *R. v. Appulonappa*, 2014 BCCA 163, 373 D.L.R. (4th) 1, inf. par

2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754; *Turp v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FCA 133, [2019] 1 F.C.R. 198; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 84 (T.D.); *Pan American World Airways Inc. v. The Queen*, [1979] 2 F.C. 34, 1979 CanLII 4179 (T.D.), affd 1980 CanLII 2610 120 D.L.R. (3d) 574 (F.C.A.) and [1981] 2 S.C.R. 565, 1981 CanLII 215; *International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v. Department for Transport*, C-344/04, [2006] E.C.R. I-443; *Wallentin-Hermann v. Alitalia*, C-549/07, [2008] E.C.R. I-11065; *Nelson and others v. Deutsche Lufthansa AG, TUI Travel and others v. Civil Aviation Authority*, Joined cases C-581/10 & C-629-10, [2012] E.C.R. I-295; *Radu Lucian Rusu and Oana Maria Rusu v. SC Blue Air — Airline Management Solutions SRL*, C-354/18, [2019] E.C.R. I-319; *The Case of the S.S.* "*Lotus*" *(France v. Turkey)* (1927), P.C.I.J. (Ser. A) No. 10; *Lukács v. Canada (Canadian Transportation Agency)*, 2015 FCA 269; *References re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2021 SCC 11, [2021] 1 S.C.R. 175, 455 D.L.R. (4th) 1.

REFERRED TO:

Canada v. Domtar Inc., 2009 FCA 218, 392 N.R. 200; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Deegan v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 960, [2020] 1 F.C.R. 411; *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386; *Asad v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 141; *Kent Trade and Finance Inc. v. JP Morgan Chase Bank*, 2008 FCA 399, *sub. nom. JPMorgan Chase Bank v. Lanner (The)*, [2009] 4 F.C.R. 109; *Friedl v. Friedl*, 2009 BCCA 314, 95 B.C.L.R. (4th) 102; *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170; *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3; *Brandon (City) v. Canada*, 2010 FCA 244, 411 N.R. 189; *Dywidag Systems Internation, Canada, Ltd. v. Garford PTY Ltd.*, 2010 FCA 223, 406 N.R. 308; *Holding Tusculum B.V. c. S.A. Louis Dreyfus & Cie*, 2006 QCCS 2827 (CanLII), [2006] CarswellQue 5151 (WL Can.); *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ – Construction) c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 4548 (CanLII); *Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c. Procureure générale du Québec,* 2020 QCCS 2496 (CanLII); *Romania (State) v. Cheng*, 1997 CanLII 9914, 114 C.C.C. (3d) 289 (N.S. Sup. Ct.), affd 1997 CanLII 1949, 119 C.C.C. (3d) 561 (N.S.C.A.); *Café Cimo Inc. v. Abruzzo Italian Imports Inc.*, 2014 FC 810, 462 F.T.R. 86; *Mallet v. Administrator of the Motor Vehicle Accident Claims Act*, 2002 ABCA 297, 15 Alta. L.R. (4th) 231; *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385; *Lord Advocate's Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507; *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and*

2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754; *Turp c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CAF 133, [2019] 1 R.C.F. 198; *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 84 (1re inst.); *Pan American World Airways Inc. c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 34, 1979 CanLII 4179 (1re inst.), conf. par 1980 CanLII 2610 (C.A.F.) et [1981] 2 R.C.S. 565, 1981 CanLII 215; *International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association c. Department for Transport*, C-344/04, [2006] Rec. C.E. I-443; *Wallentin-Hermann c. Alitalia*, C-549/07, [2008] Rec. C.E. I-11065; *Nelson et al. c. Deutsche Lufthansa AG*, *TUI Travel et al. c. Civil Aviation Authority*, affaires jointes C-581/10 et C-629-10, [2012] Rec. C.E. I-295; *Radu Lucian Rusu et Oana Maria Rusu c. SC Blue Air — Airline Management Solutions SRL*, C-354/18, [2019] Rec. C.E. I-319; *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)* (1927), C.P.J.I. (sér. A) nº 10; *Lukács c. Canada (Office des transports)*, 2015 CAF 269; *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, [2021] 1 R.C.S. 175, [2021] A.C.S. nº 11 (QL).

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Canada c. Domtar Inc., 2009 CAF 218; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Deegan c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 960, [2020] 1 R.C.F. 411; *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386; *Asad c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 141; *Kent Trade and Finance Inc. c. JP Morgan Chase Bank*, 2008 CAF 399, *sub. nom. JPMorgan Chase Bank c. Lanner (Le)*, [2009] 4 R.C.F. 109; *Friedl v. Friedl*, 2009 BCCA 314; *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170; *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3; *Brandon (Ville) c. Canada*, 2010 CAF 244; *Dywidag Systems Internation, Canada, Ltd. c. Garford PTY Ltd.*, 2010 CAF 223; *Holding Tusculum B.V. c. S.A. Louis Dreyfus & Cie*, 2006 QCCS 2827 (CanLII), [2006] CarswellQue 5151 (WL Can.); *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ – Construction) c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 4548 (CanLII); *Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c. Procureure générale du Québec,* 2020 QCCS 2496 (CanLII); *Romania (State) v. Cheng*, 1997 CanLII 9914, 114 C.C.C. (3d) 289 (C. sup. N-É.), conf. par 1997 CanLII 1949, 119 C.C.C. (3d) 561 (C.A. N.-É.); *Café Cimo inc. c. Abruzzo Italian Imports inc.*, 2014 CF 810; *Mallet v. Administrator of the Motor Vehicle Accident Claims Act*, 2002 ABCA 297, 15 Alta. L.R. (4th) 231; *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385, 1906 CanLII 80; *Lord Advocate's Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507; *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *États-Unis*

Immigration), 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R. 50; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference Re: Offshore Mineral Rights*, [1967] S.C.R. 792; *The Municipality of the City and County of Saint-John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al*., [1958] S.C.R. 263; *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19, [2010] 1 S.C.R. 649; *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)*, 2003 CanLII 52182, 228 D.L.R. (4th) 63 (Q.C. C.A.); *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845; *Ward v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 SCC 43, [2021] 3 S.C.R. 176, 463 D.L.R. (4th) 567; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transportation Agency)*, 2021 FCA 69, [2021] CarswellNat 947 (WL Can.); *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, 478 N.R. 3, revg 2014 BCCA 163; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, 420 D.L.R. (4th) 575; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, 88 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Brake v. PJ-M2R Restaurant Inc.*, 2017 ONCA 402, 413 D.L.R. (4th) 284; *Dawson v. Thomson Airways Ltd.*, [2014] EWCA Civ. 845 (BAILII); *Gahan v. Emirates*, [2017] EWCA Civ. 1530 (BAILII); Cour de cassation, 1re civ., 15 juin 2017, nº 16-19.375, ECLI:FR:CCASS:2017:C100751, Société XL Airways France c. Georges X… et Christina Y…, épouse X…, non publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 22 février 2017, nº 15-27.809, ECLI:FR:CCASS:2017:C100219, Société Air France c. M. [R] [O], publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 25 mars 2015, nº 13-24.431, ECLI:FR:CCASS:2015:C100409, Société XL Airways France c. Charles-Edouard X… et Erika Y…, publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 14 mars 2018, nº 17-15.378, ECLI:FR:CCASS:2018:C100281, Yasuko X… c. Société Air France, non publié au bulletin; *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, [1999] I.C.J. Rep. 1045; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (1995), No. 15318/89, ECHR (Ser. A) No. 310; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, 1996 CanLII 199; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427; *Aerlinte Eirann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220, 1990 CanLII 8110 (F.C.A.);

c. Burns, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Reference Re : Offshore Mineral Rights*, [1967] S.C.R. 792; *The Municipality of the City and County of Saint-John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al*., [1958] S.C.R. 263; *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, 2010 CSC 19, [2010] 1 R.C.S. 649; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2003 CanLII 52182, [2003] R.J.Q. 1118 (C.A. Qué.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845; *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43, [2021] 3 R.C.S. 176, [2021] A.C.S. nº 43 (QL); *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports)*, 2021 CAF 69; *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, infirmant 2014 BCCA 163; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 1992 CanLII 110; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Brake v. PJ-M2R Restaurant Inc.*, 2017 ONCA 402, 413 D.L.R. (4th) 284; *Dawson v. Thomson Airways Ltd.*, [2014] EWCA Civ. 845 (BAILII); *Gahan v. Emirates*, [2017] EWCA Civ. 1530 (BAILII); Cour de cassation, 1re civ., 15 juin 2017, nº 16-19.375, ECLI :FR :CCASS :2017 :C100751, Société XL Airways France c. Georges X… et Christina Y…, épouse X…, non publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 22 février 2017, nº 15-27.809, ECLI :FR :CCASS :2017 :C100219, Société Air France c. M. [R] [O], publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 25 mars 2015, nº 13-24.431, ECLI :FR :CCASS :2015 :C100409, Société XL Airways France c. Charles-Edouard X… et Erika Y…, publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 14 mars 2018, nº 17-15.378, ECLI :FR :CCASS :2018 :C100281, Yasuko X… c. Société Air France, non publié au bulletin; Île de *Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, [1999] C.I.J. Recueil 1045; *Affaire Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) (1995), nº 15318/89, CEDH (sér. A) nº 310; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, 1996 CanLII 199; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427; *Aerlinte Eirann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220, 1990 CanLII 8110 (C.A.F.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster (City)*, 2021 BCCA 176, 52 B.C.L.R. (6th) 1; *Portnov v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 171, [2021] 4 F.C.R. 501; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Hudson's Bay Company ULC v. Ontario (Attorney General)*, 2020 ONSC 8046, 154 O.R. (3d) 103; *Friends of Simcoe Forests Inc. v. Minister of Municipal Affairs and Housing*, 2021 ONSC 3813 (CanLII), 15 M.P.L.R. (6th) 209; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, 1994 CanLII 115.

AUTHORS CITED

Akehurst, Michael. "Jurisdiction in International Law" (1975), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

Black's Law Dictionary, 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019, "action", "damages".

Brown, Donald J.M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf. Toronto: Thomson Reuters Canada, 2022.

Canadian Transportation Agency. *Air Passenger Protection Regulations Consultations: What We Heard*. Ottawa: Canadian Transportation Agency, 2018.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2011.

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

Dempsey, Paul Stephen and Svante Johansson. "Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage" (2010), 35:3 *Air & Space L.* 207.

Distefano, Giovanni. "La pratique subséquente des États parties à un traité" (1994), 40 *A.F.D.I.* 41.

Dörr, Oliver and Kirsten Schmalenbach. *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary,* 2nd ed. Berlin: Springer, 2018.

Evans, John M. "Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness?" (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1.

Gardiner, Richard. *Treaty Interpretation*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster (City)*, 2021 BCCA 176, 52 B.C.L.R. (6th) 1; *Portnov c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 171, [2021] 4 R.C.F. 501 *Association canadienne des avocats en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Hudson's Bay Company ULC v. Ontario (Attorney General)*, 2020 ONSC 8046, 154 O.R. (3d) 103; *Friends of Simcoe Forests Inc. v. Minister of Municipal Affairs and Housing*, 2021 ONSC 3813 (CanLII), 15 M.P.L.R. (6th) 209; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, 1994 CanLII 115.

DOCTRINE CITÉE

Akehurst, Michael. « Jurisdiction in International Law » (1975), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

Black's Law Dictionary, 11e éd. St. Paul, MN : Thomson Reuters, 2019, « action », « dommages-intérêts ».

Brown, Donald J.M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada,* feuilles mobiles. Toronto : Thomson Reuters Canada, 2022.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Daly, Paul. « Regulations and Reasonableness Review » dans *Administrative Law Matters* (29 janvier 2021), en ligne : <https ://www.administrativelawmatters.com/blog/2021/01/19/regulations-and-reasonableness-review>.

Dempsey, Paul Stephen et Svante Johansson, « Montreal v. Brussels : The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage » (2010), 35 :3 *Air & Space L.* 207.

Distefano, Giovanni, « La pratique subséquente des États parties à un traité » (1994), 40 *A.F.D.I.* 41.

Dörr, Oliver et Kirsten Schmalenbach. *Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary*, 2e éd. Berlin : Springer, 2018.

Evans, John M. « Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov* : *Vires* or Reasonableness? » (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1.

Gardiner, Richard. *Treaty Interpretation*, 2e éd. Oxford : Oxford University Press, 2015.

Haanappel, Peter, « Compensation for Denied Boarding, Flight Delays and Cancellation Revisited » (2013), 62 *German J. of Air and Space L.* 38.

Haanappel, Peter. "Compensation for Denied Boarding, Flight Delays and Cancellation Revisited" (2013), 62 *German J. of Air and Space L.* 38.

International Civil Aviation Organization. International Conference on Air Law, Montréal, 10-28 May 1999, Vol. 1, *Minutes*, 9775-DC/2.

Kamil Yasseen, Mustafa. "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 151, 1976.

Lawson, Robert and Tim Marland. "The Montreal Convention 1999 and the Decisions of the ECJ in the Cases of IATA and *Sturgeon* – in Harmony or Discord?" (2011), 36:2 *Air & Space L.* 99.

Lederman, Sydney N., John Sopinka and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Radosevic, Sonja. "CJEU's Decision in Nelson and Others in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention" (2013), 38:2 *Air & Space L.* 95.

Regulatory Impact Analysis Statement, *Air Passenger Protection Regulations*, *C. Gaz.* 2018.I.4879.

Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester: Manchester University Press, 1984.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Thijssen, Charlotte. "The Montreal Convention, EU Regulation 261/2004 and the Sturgeon Doctrine: How to Reconcile the Three?" (2013), 12:3 *Issues in Aviation L. & Pol'y* 413.

Transport Canada. *Pathways: Connecting Canada's Transportation System to the World*, Vol. 1. Ottawa: Department of Transport Canada, 2015.

United Nations. International Law Commission. "Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries" in *Report of the International Law Commission*, 2018, 70th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/73/10.

United Nations. *Yearbook of the International Law Commissions 1966*, Vol. II, (New York: United Nations, 1967.

van Ert, Gibran. "The Admissibility of International Legal Evidence" (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 31.

APPEAL challenging the validity of regulations adopted by the Canadian Transportation Agency to compensate air passengers for various delays, losses and inconveniences experienced in the course of international air travel. Appeal dismissed, except with respect to *Air Passenger Protection Regulations*,

International Civil Aviation Organization. International Conference on Air Law, Montréal, 10-28 mai 1999, vol. 1, *Minutes*, 9775-DC/2.

Kamil Yasseen, Mustafa. « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités » dans *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 151, 1976.

Lawson, Robert et Tim Marland, « The Montreal Convention 1999 and the Decisions of the ECJ in the Cases of IATA and *Sturgeon* – in Harmony or Discord? » (2011), 36 :2 *Air & Space L.* 99.

Lederman, Sydney N., John Sopinka et Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 4e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

Nations Unies. *Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II, New York : Nations Unies, 1967.

Nations Unies. Commission du droit international. « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », dans *Rapport de la Commission du droit international*, 2018, 70e sess., suppl. no 10, doc. N.U. A/73/10.

Office des transports du Canada. *Consultation à propos du règlement sur la protection des passagers aériens : Ce que nous avons entendu*. Ottawa : Office des transports du Canada, 2018.

Radosevic, Sonja, « CJEU's Decision in Nelson and Others in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention » (2013), 38 :2 *Air & Space L.* 95.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Règlement sur la protection des passagers aériens*, *Gaz. C.* 2018.I.4879.

Sinclair, Ian. *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd. Manchester : Manchester University Press, 1984.

Sullivan, Ruth. *The Construction of Statutes*, 6e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

Thijssen, Charlotte, « The Montreal Convention, EU Regulation 261/2004 and the Sturgeon Doctrine : How to Reconcile the Three? » (2013), 12 :3 *Issues in Aviation L. & Pol'y* 413.

Transports Canada. *Parcours : Brancher le système de transport du Canada au reste du monde*, Tome 1, Ottawa : Transports Canada, 2015.

van Ert, Gibran. « The Admissibility of International Legal Evidence » (2005), 84 *Rev. du B. can.* 31.

APPEL contestant la validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux. Appel rejeté, sauf en ce qui concerne le paragraphe 23(2) du *Règlement sur la protection des passagers aériens*

Subsection 23(2), which is found to be *ultra vires* of the *Canada Transportation Act*.

APPEARANCES

Pierre Bienvenu, Ad. E. and *Clay Hunter* for appellants.
Barbara Cuber for respondent Canadian Transportation Agency.
Bernard Letarte, *Lindy Rouillard-Labbé* and *Sara Gauthier* for respondent Attorney General of Canada.
Dr. Gábor Lukács on his own behalf as intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Montréal, and *Paterson MacDougall LLP*, Toronto, for appellants.
Canadian Transportation Agency, Gatineau, Quebec, for respondent Canadian Transportation Agency.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] de Montigny J.A.: In this appeal, this Court is seized with a challenge to the validity of regulations adopted by the Canadian Transportation Agency (the Agency) to compensate air passengers for various delays, losses and inconveniences experienced in the course of international air travel.

[2] In May 2018, Parliament adopted the *Transportation Modernization Act*, S.C. 2018, c. 10 (the TMA), which amended the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (the CTA) by creating the new section 86.11. This new provision requires the Agency, after consulting with the Minister of Transport (the Minister), to make regulations imposing certain obligations on air carriers, notably in relation to flight delays, flight cancellations, denial of boarding, and loss of or damage to baggage. In April 2019, pursuant to subsection 86.11(2) of the CTA, the

qui outrepasse les pouvoirs conférés par la *Loi sur les transports au Canada*.

ONT COMPARU :

Pierre Bienvenu, Ad. E. et *Clay Hunter* pour les appelantes.
Barbara Cuber pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
Bernard Letarte, *Lindy Rouillard-Labbé* et *Sara Gauthier* pour l'intimé le Procureur général du Canada.
Dr. Gábor Lukács pour son propre compte en tant qu'intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Montréal, et *Paterson MacDougall LLP*, Toronto, pour les appelantes.
Office des transports du Canada, Gatineau, Québec, pour l'intimé l'Office des transports du Canada.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le Procureur général du Canada.

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

[1] Le juge de Montigny, J.C.A. : Dans le présent appel, notre Cour est saisie d'une contestation de la validité du règlement adopté par l'Office des transports du Canada (Office) pour indemniser les passagers aériens de divers retards, pertes et inconvénients subis lors de voyages aériens internationaux.

[2] En mai 2018, le Parlement a adopté la *Loi sur la modernisation des transports*, L.C. 2018, ch. 10 (LMT), qui modifiait la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (LTC) en créant l'article 86.11. Cette nouvelle disposition oblige l'Office, après consultation avec le ministre des Transports (ministre), de prendre des règlements imposant certaines obligations aux transporteurs aériens, notamment en ce qui concerne les retards et les annulations de vols, les refus d'embarquement et la perte ou l'endommagement des bagages. En avril 2019, en vertu

Minister issued the *Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less*, SOR/2019-110 (the Direction) requiring the Agency to adopt regulations imposing obligations on air carriers to provide timely information and assistance to passengers in cases of tarmac delays of three hours or less.

[3] Around the same time, the Agency adopted the *Air Passenger Protection Regulations*, SOR/2019-150 (the Regulations), imposing obligations—including liability—on air carriers with respect to tarmac delays, flight cancellations, flight delays, denial of boarding and damage or loss of baggage in the context of domestic and international air travel. For ease of reference, the text of the Regulations can be found in the Annex to these reasons.

[4] The appellants challenge numerous provisions of the new Regulations on the basis that they exceed the Agency's authority under the CTA. They claim that the Regulations contravene Canada's international obligations under the *Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air*, 12 October 1929, 137 L.N.T.S. 11 [being Schedule I to the *Carriage by Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-26] (the Warsaw Convention), its successor the *Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*, 28 May 1999, 2242 U.N.T.S. 309 [being Schedule VI to the *Carriage by Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-26] (the Montreal Convention [or the Convention]), and the *Carriage by Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-26 (the CAA). They also allege that many of the Regulations' provisions are *ultra vires* because they have impermissible extraterritorial effects, which violate fundamental notions of international law. Finally, the appellants challenge the Minister's Direction on the basis that it exceeds the limitations imposed by its enabling statute.

[5] For the reasons that follow, I am of the view that this appeal should be dismissed, except with respect to subsection 23(2) of the Regulations which I find *ultra vires* of the CTA.

du paragraphe 86.11(2) de la LTC, le ministre a donné la *Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic*, DORS/2019-110 (Directive), ordonnant ainsi à l'Office d'adopter un règlement obligeant les transporteurs aériens à fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun en cas de retard de trois heures ou moins sur l'aire de trafic.

[3] À peu près au même moment, l'Office a adopté le *Règlement sur la protection des passagers aériens*, DORS/2019-150 (Règlement), imposant aux transporteurs aériens des obligations — y compris une responsabilité — en ce qui concerne les retards sur l'aire de trafic, les retards et les annulations de vol, les refus d'embarquement et la perte ou l'endommagement des bagages dans le contexte des voyages aériens intérieurs et internationaux. Par souci de commodité, je reproduis le Règlement à l'annexe A des présents motifs.

[4] Les appelantes contestent plusieurs dispositions du nouveau Règlement pour le motif qu'elles outrepassent les pouvoirs conférés à l'Office aux termes de la LTC. Elles affirment que ces dispositions contreviennent aux obligations internationales du Canada en application de la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 12 octobre 1929, 137 R.T.S.N. 11 [qui constitue l'annexe I de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), ch. C-26] (Convention de Varsovie), remplacée par la *Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*, 28 mai 1999, 2242 R.T.N.U. 309 [qui constitue l'annexe VI de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), ch. C-26] (Convention de Montréal), et de la *Loi sur le transport aérien*, L.R.C. (1985), ch. C-26 (LTA). Elles allèguent également que de nombreuses dispositions constituent un excès de pouvoir en raison d'effets extraterritoriaux inadmissibles allant à l'encontre de notions fondamentales du droit international. Enfin, les appelantes contestent la Directive pour le motif qu'elle dépasse les limites fixées par la loi habilitante.

[5] Pour les motifs exposés ci-dessous, je rejetterais l'appel, sauf pour ce qui est du paragraphe 23(2) du Règlement, qui excède les pouvoirs conférés par la LTC.

I. Background

[6] The appellant International Air Transport Association (IATA) is a trade association whose members include 290 airlines from 120 countries, which carry approximately 82 percent of the world's air traffic. The appellant Air Transportation Association of America, DBA Airlines for America, is a trade association which brings together passenger and cargo airlines based in the United States, whose members transport more than 90 percent of U.S. air passenger and air cargo traffic. The remaining appellants are air carriers serving a large number of Canadian and international airports. With the exception of Air Canada and Porter, headquartered in Canada, all of the other appellant air carriers are foreign air carriers.

[7] The Agency is a regulator and quasi-judicial tribunal. It is empowered by the CTA, its enabling statute, to develop and apply rules that establish the rights and responsibilities of transportation service providers and users. As part of its regulatory function, the Agency makes determinations relating to matters such as the issuance of licences, permits, and exemptions where appropriate, within the authority granted to it by Parliament. The Agency is also empowered to assign administrative monetary penalties to any breaches of the CTA or its regulations and to take enforcement action through designated enforcement officers. As a quasi-judicial tribunal, the Agency is tasked with resolving commercial and consumer transportation-related disputes, as well as adjudicating accessibility issues for persons with disabilities.

[8] Mr. Lukács describes himself as an "air passenger rights advocate". He has appeared before this Court in a number of cases as an intervener. He was granted intervener status by Order of this Court dated March 3, 2020.

[9] In 2014, the Minister launched a review of the CTA to examine current issues in transportation, and

I. Contexte

[6] L'International Air Transport Association (IATA), l'une des appelantes, est une association commerciale regroupant 290 compagnies aériennes de 120 pays qui réalisent environ 82 pour cent du trafic aérien mondial. L'Air Transportation Association of America, faisant affaire sous le nom de Airlines for America, une autre des appelantes, est une association commerciale dont les membres sont des compagnies aériennes de transport de passagers et de marchandises établies aux États-Unis et qui réalisent plus de 90 pour cent du transport aérien de passagers et de marchandises aux États-Unis. Les autres appelantes sont des transporteurs aériens desservant un grand nombre d'aéroports au Canada et dans le monde. Toutes les autres appelantes sont des transporteurs aériens étrangers, à l'exception d'Air Canada et de Porter, dont le siège social est situé au Canada.

[7] L'Office est un organisme de réglementation et un tribunal quasi judiciaire. Sa loi habilitante, la LTC, lui confère le pouvoir d'élaborer et d'appliquer des règles établissant les droits et responsabilités des fournisseurs et des utilisateurs de services de transport. Dans le cadre de sa fonction de réglementation, l'Office rend des décisions sur des questions telles que la délivrance de licences, de permis et d'exemptions, s'il y a lieu, conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par le législateur. L'Office est également habilité à imposer des sanctions administratives pécuniaires pour toute infraction à la LTC ou à ses règlements, ainsi qu'à prendre des mesures d'exécution par l'intermédiaire d'agents d'exécution désignés. À titre de tribunal quasi judiciaire, l'Office est chargé de régler les différends liés au transport commercial et au transport des passagers et de trancher les questions d'accessibilité pour les personnes handicapées.

[8] M. Lukács se présente comme un [TRADUCTION] « défenseur des droits des passagers aériens ». Il a comparu devant notre Cour à titre d'intervenant à plusieurs occasions. Le statut d'intervenant lui a été accordé dans une ordonnance de la Cour datée du 3 mars 2020.

[9] En 2014, le ministre a entrepris un examen de la LTC afin d'examiner les enjeux actuels dans le secteur

to identify priorities and potential courses of action in the sector to support Canada's long-term economic well-being. Informed by extensive consultations with Canadian transportation and trade stakeholders and individual Canadians, the review revealed the latter's dissatisfaction with their air travel experiences, including with respect to the existing consumer protection regimes in place. The Report was tabled in Parliament by the Minister of Transport on February 25, 2016 (Canada Transportation Act Review, *Pathways: Connecting Canada's Transportation System to the World*, Vol. 1 (Ottawa: Department of Transport, 2015)). It described the system in place as producing "suboptimal, piecemeal outcomes for industry, consumers, and the regulator alike" (at page 203) and recommended that the government enhance air passengers' rights.

du transport et de définir les priorités et les mesures éventuelles dans le secteur afin d'appuyer la prospérité économique à long terme du Canada. L'examen, étayé par de vastes consultations menées auprès des intervenants canadiens des secteurs du transport et du commerce et auprès des particuliers canadiens, a montré que ces derniers n'étaient pas satisfaits de leurs déplacements en avion, y compris en ce qui concerne les régimes de protection des consommateurs actuellement en place. Le 25 février 2016, le ministre des Transports a déposé son rapport devant le Parlement (rapport d'examen de la *Loi sur les transports au Canada*, *Parcours : Brancher le système de transport du Canada au reste du monde*, Tome 1 (Ottawa : Transports Canada, 2015)). Ce rapport indiquait que le système actuel produit « des résultats sous-optimaux et fragmentaires pour l'industrie, les consommateurs et l'organisme de réglementation » (à la page 203) et recommandait au gouvernement de renforcer les droits des passagers aériens.

[10] In response, the Minister tabled Bill C-49 in May 2017, which mandated the Agency to develop new regulations enhancing air passenger rights in Canada. On May 23, 2018, the legislature enacted the TMA, which amended the CTA to add the new section 86.11. This new provision required the Agency, after consulting with the Minister, to make regulations in relation "to flights to, from and within Canada, including connecting flights", notably in respect of carriers' obligations in case of flight delay, flight cancellation or denial of boarding, including minimum standards of treatment and minimum compensation, in certain circumstances, and for lost and damaged baggage.

[10] En réaction au rapport, le ministre a déposé en mai 2017 le projet de loi C-49 qui obligeait l'Office à élaborer de nouveaux règlements renforçant les droits des passagers aériens au Canada. Le 23 mai 2018, le législateur a adopté la LMT, qui modifiait la LTC afin d'y ajouter l'article 86.11. Cette nouvelle disposition obligeait l'Office, après consultation avec le ministre, à prendre des règlements relatifs « aux vols à destination, en provenance et à l'intérieur du Canada, y compris les vols de correspondance », en particulier en ce qui concerne les obligations du transporteur dans les cas de retard et d'annulation de vols et de refus d'embarquement, y compris les normes minimales relatives au traitement et les indemnités minimales à verser, dans certaines situations, ainsi qu'en cas de perte ou d'endommagement de bagage.

[11] The Agency then launched a consultation process, to inform the development of the new air passenger protection regulations (Canadian Transportation Agency, *Air Passenger Protection Regulations Consultations: What We Heard* (Ottawa: Canadian Transportation Agency, 2018) (*Air Passenger Protection Regulations Consultations*)). Travellers and consumer advocates generally favoured the creation of a fair compensation regime that would reflect the inconvenience and losses suffered by passengers,

[11] L'Office a ensuite lancé un processus de consultation afin de paver la voie à l'élaboration du nouveau règlement sur la protection des passagers aériens (Office des transports du Canada, *Consultation à propos du règlement sur la protection des passagers aériens : Ce que nous avons entendu* (Ottawa : Office des transports du Canada, 2018) (*Consultation à propos du règlement sur la protection des passagers aériens*)). Les voyageurs et les défenseurs des consommateurs étaient généralement

including of their time. This suggestion was met with resistance by certain airlines, who warned that imposing minimum compensation for delays in international travel might contravene the Montreal Convention (see Appeal Book, Vol. 22, Tab 14, at pages 369–370). The Agency also considered best practices and lessons learned from air passenger protection regimes in other jurisdictions, including the European Union and the United States, as well as the regime provided by the Montreal Convention (*Air Passenger Protection Regulations Consultations*, at page 2).

[12] The proposed Regulations were published in Part I [Vol. 152, No. 51, at page 4879] of the *Canada Gazette* in December 2018, and approved by the Governor in Council on May 21, 2019. The Regulations modified the rights and obligations of passengers and air carriers, defining carriers' minimum obligations to passengers with respect to:

- Communication of passengers' rights and recourse options (sections 5–7);
- Flight delays, cancellations and denied boarding (sections 10–21);
- Tarmac delays of three hours or more (sections 8–9);
- The seating of children under the age of 14 (section 22); and
- The terms and conditions on the transportation of musical instruments (section 24).

[13] Shortly before the adoption of the Regulations (on or about April 26, 2019), the Minister also issued the *Direction*, purportedly in reliance of subsection 86.11(2) of the CTA. As we shall see later, the appellants contend that this *Direction* seeks to expand the Agency's

favorables à la création d'un régime d'indemnisation juste tenant compte des inconvénients et des pertes subis par les passagers, y compris la perte de temps. Certaines compagnies aériennes ont opposé une résistance à cette proposition et ont averti que l'imposition d'une indemnité minimale pour les retards dans le cas des voyages internationaux était susceptible de contrevenir à la Convention de Montréal (dossier d'appel, vol. 22, onglet 14, aux pages 369 et 370). L'Office a également tenu compte des pratiques exemplaires et des leçons tirées dans le cadre des régimes de protection des passagers aériens adoptés par d'autres administrations, notamment l'Union européenne et les États-Unis, ainsi que de la Convention de Montréal (*Consultation à propos du règlement sur la protection des passagers aériens*, à la page 2).

[12] Le projet de règlement a été publié en décembre 2018 dans la partie I de la *Gazette du Canada* [Résumé de l'étude d'impact de la réglementation] et a été approuvé par le gouverneur en conseil le 21 mai 2019. Le Règlement modifiait les droits et les obligations des passagers et des transporteurs aériens et définissait les obligations minimales des compagnies aériennes envers les passagers en ce qui concerne :

- la communication des droits des passagers et les recours possibles (articles 5 à 7);
- les retards et les annulations de vols, ainsi que le refus d'embarquement (articles 10 à 21);
- les retards de plus de trois heures sur l'aire de trafic (articles 8 et 9);
- l'attribution de sièges aux enfants de moins de 14 ans (article 22);
- l'établissement de conditions applicables au transport d'instruments de musique (article 24).

[13] Peu avant l'adoption du Règlement (vers le 26 avril 2019), le ministre a également donné la Directive, apparemment en s'appuyant sur le paragraphe 86.11(2) de la LTC. Comme nous le verrons plus loin, les appelantes prétendent que la Directive vise à

regulation-making authority, to the extent that paragraph 86.11(1)(f) only authorizes the imposition of obligations in respect to tarmac delays in excess of three hours.

[14] With respect to flight delays, cancellations and denied boarding, the Regulations establish informational (section 13) and assistance (sections 14, 16) obligations, require carriers to provide alternate travel arrangements and, in certain circumstances, refund a ticket or an unused portion of it. Additionally, the Regulations imposed a standardized minimum compensation amount for passengers who experienced flight delays, cancellations or denial of boarding that was "within the carrier's control" but is not required for safety purposes. The amount of compensation ranges from $125 to $2400, depending on the size of the carrier (large or small) and the length of time between the scheduled and actual arrival (sections 12, 19–20).

[15] Under subsection 86.11(4) of the CTA, the new obligations flowing from the Regulations are "deemed to form part of the terms and conditions set out in the carrier's tariff" insofar as they are more advantageous than the terms and conditions of carriage already provided for in the carrier's tariffs. Where a carrier fails to comply with these obligations, passengers may file a complaint with the Agency, which would in turn determine whether the carrier had failed to apply its tariffs. If found not to have applied the tariffs, carriers could be subjected to the Agency's "corrective measures", including an order to pay the required compensation under the Regulations, and administrative financial penalties under section 32.

[16] The Regulations came into force on July 15, 2019, with the exception of sections 14, 19, 22, 35 and 36, which came into effect on December 15, 2019.

[17] On June 28, 2019, the appellants filed a motion under section 41 of the CTA before this Court for leave to appeal the Regulations. This Court granted leave on August 15, 2019.

accroître le pouvoir de réglementation de l'Office, dans la mesure où l'alinéa 86.11(1)f) n'autorise l'imposition d'obligations que pour les retards de plus de trois heures sur l'aire de trafic.

[14] En ce qui concerne les retards et les annulations de vols, ainsi que le refus d'embarquement, le Règlement établit les obligations pour ce qui est de fournir des renseignements (article 13) et de l'aide (articles 14 et 16) aux passagers et oblige les transporteurs à fournir des arrangements de voyage alternatifs et, dans certaines situations, à rembourser le titre de transport ou les portions inutilisées du titre de transport. De plus, le Règlement a imposé un montant minimal normalisé d'indemnité pour les passagers dont les retards et les annulations de vols ou les refus d'embarquement sont « attribuable[s] » au transporteur, mais ne sont pas dus à des raisons de sécurité. Le montant de l'indemnité va de 125 $ à 2 400 $, selon la taille du transporteur (petit ou gros) et le délai entre l'heure d'arrivée prévue et l'heure d'arrivée réelle (articles 12, 19 et 20).

[15] Le paragraphe 86.11(4) de la LTC dispose que les nouvelles obligations découlant du Règlement sont « réputées figurer au tarif du transporteur » dans la mesure où elles sont plus avantageuses que les conditions de transport déjà prévues dans le tarif du transporteur. Lorsqu'un transporteur ne respecte pas ces obligations, les passagers peuvent déposer une plainte auprès de l'Office, qui décidera si le transporteur n'a pas appliqué ses tarifs. L'Office, s'il conclut qu'un transporteur n'a pas appliqué les tarifs, pourrait imposer à ce dernier des « mesures correctives », notamment l'obliger à verser les indemnités prévues par le Règlement et à s'acquitter des sanctions administratives pécuniaires en application de l'article 32.

[16] Le Règlement est entré en vigueur le 15 juillet 2019, à l'exception des articles 14, 19, 22, 35 et 36 qui sont entrés en vigueur le 15 décembre 2019.

[17] Le 28 juin 2019, les appelantes ont déposé devant notre Cour une requête au titre de l'article 41 de la LTC afin d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel relativement au Règlement. Notre Cour a donné son autorisation le 15 août 2019.

[18] The Attorney General of Canada filed a motion on December 2, 2019, seeking leave to present expert evidence on foreign law, specifically air passengers' rights in State parties to the Montreal Convention. The Attorney General argued that this evidence is relevant to the appeal since the practice of State parties, including their domestic legislation and judicial decisions, is a recognized means of interpreting a treaty such as the Montreal Convention. This Court (*per* Justice Rennie) granted leave on January 27, 2020. The Attorney General filed, in July 2020, the affidavit of Professor Vincent Correia, which purported to describe the state of the law concerning air passenger rights in 73 states.

[19] In response, the appellants filed affidavits from Professors Pablo Mendes de Leon and Paul S. Dempsey on July 3, 2020. In these affidavits, the experts presented the state of the law in foreign jurisdictions, but also opined on the interpretation of the Montreal Convention and its compatibility with foreign regimes. The Attorney General filed a motion to strike out parts of these affidavits on July 30, 2020. This Court (*per* Justice Mactavish) found that the jurisprudence on the necessity and admissibility of expert evidence on international law was equivocal, and dismissed the motion on October 19, 2020, leaving the matter to the panel hearing the appeal.

[20] On January 7, 2021, the Attorney General obtained leave from this Court (*per* Justice Mactavish) to file responding expert evidence relating to the interpretation of the Montreal Convention, subject to this Court's ruling on the admissibility of the challenged evidence from Professors Mendes de Leon and Dempsey. On February 26, 2021, the Attorney General filed the affidavit of Professor Elmar M. Giemulla on the interpretation of the Montreal Convention and on its compatibility with the European Union regime regarding air passenger rights.

[18] Le 2 décembre 2019, le procureur général du Canada a déposé une requête en vue d'obtenir l'autorisation de présenter des témoignages d'expert quant au droit étranger, plus précisément quant aux droits des passagers aériens dans les États parties à la Convention de Montréal. Le procureur général a affirmé que ces éléments de preuve étaient pertinents en l'espèce, parce que la pratique suivie par les États parties, y compris leur législation interne et leurs décisions judiciaires, est un moyen reconnu servant à interpréter un traité comme la Convention de Montréal. Notre Cour (sous la plume du juge Rennie) a donné son autorisation le 27 janvier 2020. En juillet 2020, le procureur général a déposé l'affidavit de M. Vincent Correia, qui avait pour objet d'exposer l'état du droit concernant les droits des passagers dans 73 États.

[19] En réponse, le 3 juillet 2020, les appelantes ont déposé les affidavits de MM. Pablo Mendes de Leon et Paul S. Dempsey. Dans ces affidavits, les témoins experts ont présenté l'état du droit à l'étranger et ont donné leur opinion quant à l'interprétation de la Convention de Montréal et à sa compatibilité avec les régimes de droit étrangers. Le 30 juillet 2020, le procureur général a déposé une requête en vue de faire radier certains passages de ces affidavits. Notre Cour (sous la plume de la juge Mactavish) a conclu que la jurisprudence quant à la nécessité et à la recevabilité des témoignages d'experts concernant le droit international était ambiguë et a rejeté la requête le 19 octobre 2020, laissant la question à la discrétion de la formation saisie de l'appel.

[20] Le 7 janvier 2021, notre Cour (sous la plume de la juge Mactavish) a autorisé le procureur général à déposer des témoignages d'expert en réponse relativement à l'interprétation de la Convention de Montréal, sous réserve de la décision de notre Cour quant à la recevabilité des éléments de preuve contestés fournis par MM. Mendes de Leon et Dempsey. Le 26 février 2021, le procureur général a déposé l'affidavit d'Elmar M. Giemulla concernant l'interprétation de la Convention de Montréal et sa compatibilité avec le régime de l'Union européenne relativement aux droits des passagers aériens.

II. Issues

[21] This appeal raises important questions as to how the Montreal Convention applies within Canadian law, and more broadly, on Parliament's ability to provide for the regulation of air passenger rights in the context of international travel. To answer that question, three main issues must be addressed:

A. Is the minimum compensation to passengers required by the Regulations in the case of delay, cancellation, denial of boarding and lost or damaged baggage, when applied to international carriage by air, authorized by subparagraph 86.11(1)(b)(i) of the CTA and compatible with the Montreal Convention?

B. Are any of sections 5–8, subsections 10(3), 11(3)–(5), 12(2)–(4), sections 13–18, 23 or 24 of the Regulations *ultra vires* the CTA insofar as they apply to international service because of an impermissible extraterritorial application?

C. Is the *Direction intra vires* of the authority of the Minister under subsection 86.11(2) of the CTA?

[22] Before turning to these questions, however, two preliminary matters need be resolved. The first relates to the Court's jurisdiction to invalidate the *Direction*. In his submissions, the intervener submits that this Court lacks jurisdiction to hear the challenge to the Minister's *Direction*—which is the sole basis to the challenge of section 8 of the Regulations—because the *Direction* is not a "decision, order, rule or regulation" of the Agency within the meaning of section 41 of the CTA. Rather, the *Direction* emanates from the Minister, and is therefore a decision of a "federal board, commission or other tribunal" under section 2 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for which this Court does not have jurisdiction under section 28 [of the *Federal Courts Act*]. Following this argument, the power to review the Minister's *Direction* falls within the exclusive purview of the Federal Court under section 18 of the *Federal Courts Act*.

II. Questions en litige

[21] Le présent appel soulève d'importantes interrogations quant à l'application de la Convention de Montréal au Canada et, plus largement, quant à la capacité du législateur d'assurer la réglementation des droits des passagers aériens dans le contexte des voyages internationaux. Pour y répondre, il faut examiner trois grandes questions :

A. L'indemnisation minimale des passagers prévue par le Règlement en cas de retard, d'annulation de refus d'embarquement ou de perte ou d'endommagement de bagages, lorsqu'on l'applique au transport aérien international, est-elle autorisée par le sous-alinéa 86.11(1)b)(i) de la LTC et est-elle compatible avec la Convention de Montréal?

B. L'un ou l'autre des articles 5 à 8, 13 à 18, 23 ou 24 ou des paragraphes 10(3), 11(3) à 11(5) ou 12(2) à 12(4) du Règlement outrepassent-ils les pouvoirs conférés par la LTC dans la mesure où ils s'appliquent aux services internationaux en raison d'une application extraterritoriale non permise?

C. La Directive est-elle conforme aux pouvoirs que le paragraphe 86.11(2) de la LTC confère au ministre?

[22] Il faut cependant, avant d'étudier ces questions, régler deux points préliminaires. Le premier concerne la compétence de la Cour pour invalider la Directive. Dans ses observations, l'intervenant prétend que notre Cour n'a pas compétence pour entendre la contestation de la Directive du ministre — ce qui est le seul fondement de la contestation de l'article 8 du Règlement — parce que la Directive n'est pas « [une] décision, [un] arrêté, [une] règle ou [un] règlement » de l'Office au sens de l'article 41 de la LTC. La Directive émane plutôt du ministre et constitue donc une décision d'un « office fédéral » au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, qui échappe à la compétence de notre Cour aux termes de l'article 28 [de la *Loi sur les Cours fédérales*]. Selon cet argument, le pouvoir d'examiner la Directive du ministre relève de la compétence exclusive de la Cour fédérale, conformément à l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[23] The second preliminary matter to be addressed is the admissibility of the appellants' expert evidence. As previously mentioned, the Attorney General filed a motion to strike parts of the affidavits of Professors Mendes de Leon and Dempsey because they contained inadmissible legal opinions on the interpretation of the Montreal Convention. By direction of this Court, this issue was dealt with by the parties as part of their overall submission on the merits. Because it is essential to determine which parts of these opinions can be relied upon to determine the substantive issues of which this Court is seized, I will also deal with this issue in a preliminary manner.

III. Preliminary matters

A. *The jurisdictional issue*

[24] If the appellants were challenging the Minister's *Direction* and were seeking an order setting it aside as a stand-alone issue, there is no doubt in my mind that they would have had to proceed by way of judicial review before the Federal Court. The intervener is correct that section 18 of the *Federal Courts Act* grants original and exclusive jurisdiction to hear applications for judicial review about the Minister's actions to the Federal Court.

[25] In the case at bar, however, this is not what the appellants are seeking. As is made plain by the Notice of Appeal and the relief sought at paragraph 154 of their memorandum of fact and law, the appellants challenge the validity of the impugned provisions of the Regulations (and in particular, section 8 of these Regulations). It is in the course of this challenge that they question the validity of the *Direction*, because the *Direction* is crucial to the validity of section 8 of the Regulations at least with respect to tarmac delays of less than three hours.

[26] As was made clear by the Supreme Court of Canada in *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617 (at paragraphs 25–26), it is necessary to determine the "essential nature or character" of a claim to decide whether the Federal Court

[23] Le deuxième point préliminaire à régler concerne la recevabilité des témoignages d'experts fournis par les appelantes. Comme nous l'avons déjà mentionné, le procureur général a déposé une requête en vue de faire radier certains passages des affidavits de MM. Mendes de Leon et Dempsey parce qu'ils contenaient des avis juridiques irrecevables quant à l'interprétation de la Convention de Montréal. À la suite d'une directive de notre Cour, les parties ont traité ce point dans leurs observations générales sur le fond. Étant donné qu'il est essentiel d'établir les passages de ces opinions qui peuvent être invoqués pour trancher les questions de fond dont notre Cour est saisie, je traiterai également de cette question de façon préliminaire.

III. Questions préliminaires

A. *La question de la compétence*

[24] Si les appelantes contestaient la Directive du ministre et sollicitaient une ordonnance annulant cette Directive séparément, il ne fait aucun doute selon moi qu'elles auraient dû présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale. L'intervenant a raison de soutenir que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale une compétence de première instance exclusive pour entendre toute demande de contrôle judiciaire des décisions du ministre.

[25] Toutefois, en l'espèce, ce n'est pas ce que recherchent les appelantes. Comme le montrent clairement l'avis d'appel et la réparation demandée au paragraphe 154 de leur mémoire des faits et du droit, les appelantes contestent la validité des dispositions contestées du Règlement (et, plus précisément, de l'article 8 de ce Règlement). C'est dans le cadre de cette contestation qu'elles remettent en question la validité de la Directive, parce que la Directive est déterminante pour la validité de l'article 8 du Règlement, du moins en ce qui a trait aux retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic.

[26] Comme l'a clairement indiqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617 (aux paragraphes 25 et 26), il est nécessaire de déterminer « la nature ou le caractère essentiel » d'une demande pour

(or the Federal Court of Appeal) has jurisdiction over it. Quoting from *Canada v. Domtar Inc.*, 2009 FCA 218, 392 N.R. 200 (at paragraph 28), the Supreme Court went on to write that the essential nature of a claim will be determined on "a realistic appreciation of the practical result sought by the claimant".

[27] The Attorney General rightly acknowledges that this Court must have jurisdiction to consider the legality of the *Direction*, to the extent that it is relevant (and even central, in my view) to its analysis of the validity of section 8 of the Regulations. It would be most impractical and inimical to the principle of access to justice to require the appellants to first challenge the *Direction* before the Federal Court by application for judicial review before challenging section 8 of the Regulations in a parallel appeal pursuant to section 41 of the CTA. As a superior court, this Court must have plenary jurisdiction to decide any matter of law arising out of its original jurisdiction: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at paragraph 36; *Deegan v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 960, [2020] 1 F.C.R. 411, at paragraph 227; *Bilodeau-Massé v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 604, [2018] 1 F.C.R. 386, at paragraphs 74, 80, 82–83.

[28] As a result, the intervener's argument on jurisdiction must be rejected. This Court undoubtedly has the power to rule on the validity of section 8 of the Regulations, and must therefore be able to determine whether the *Direction* that underpins it is *intra vires* section 86.11 of the CTA.

B. *The admissibility issue*

[29] As previously mentioned, the Attorney General filed a motion in writing under rule 369 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 seeking an order striking out portions of the affidavit of Professor Mendes de Leon dated June 2, 2020, and of the affidavit of Professor Dempsey dated March 30, 2020, filed by the appellants. More particularly, the Attorney General asked this Court to strike out paragraphs 47, 59 to 91 and 115 of Professor Mendes de Leon's affidavit, and paragraphs 28 to 41 of

décider si la Cour fédérale (ou la Cour d'appel fédérale) a compétence à cet égard. Citant l'arrêt *Canada c. Domtar Inc.*, 2009 CAF 218 (au paragraphe 28), la Cour suprême a ajouté qu'il fallait dégager la nature essentielle de la demande selon « une appréciation réaliste du résultat concret visé par le demandeur ».

[27] Le procureur général reconnaît à juste titre que notre Cour doit avoir compétence pour examiner la légalité de la directive puisque celle-ci est pertinente (j'oserais dire qu'elle est essentielle) à son analyse de la validité de l'article 8 du Règlement. Il serait très peu commode et contraire au principe de l'accès à la justice de demander aux appelantes de commencer par contester la Directive devant la Cour fédérale en présentant une demande de contrôle judiciaire avant de contester l'article 8 du Règlement dans un appel parallèle en application de l'article 41 de la LTC. Notre Cour, en tant que cour supérieure, doit avoir compétence absolue pour trancher toute question de droit qui découle de sa compétence en première instance : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, au paragraphe 36; *Deegan c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 960, [2020] 1 R.C.F. 411, au paragraphe 227; *Bilodeau-Massé c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 604, [2018] 1 R.C.F. 386, aux paragraphes 74, 80, 82 et 83.

[28] L'argument de l'intervenant au sujet de la compétence doit donc être rejeté. Il ne fait aucun doute que notre Cour a le pouvoir de se prononcer sur la validité de l'article 8 du Règlement et doit donc pouvoir décider si la Directive sur laquelle il se fonde est conforme au pouvoir conféré par l'article 86.11 de la LTC.

B. *La question de la recevabilité*

[29] Comme nous l'avons déjà mentionné, le procureur général a déposé une requête écrite en application de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, afin d'obtenir une ordonnance radiant certains passages des deux affidavits déposés par les appelantes, à savoir l'affidavit de M. Mendes de Leon, daté du 2 juin 2020, et l'affidavit de M. Dempsey, daté du 30 mars 2020. Plus précisément, le procureur général a demandé à notre Cour de radier les paragraphes 47, 59 à 91 et 115 de

Professor Dempsey's affidavit. In a nutshell, the Attorney General argues that these paragraphs of the two affidavits are inadmissible because they provide legal opinions with respect to the interpretation of the Convention, an issue that is at the very core of the present appeal. Moreover, in the Attorney General's view, such legal opinions involve issues of international law, which are not matters of fact but rather matters of law of which Canadian judges can take judicial notice.

[30] After reviewing the case law and literature on the subject submitted by the parties, Justice Mactavish came to the conclusion that "the law appears to be somewhat less settled" with respect to the need for expert evidence when questions of international law, as opposed to questions of foreign law, are involved: *International Air Transport Association v. Canada (Transportation Agency)*, 2020 FCA 172, at paragraph 14. On that basis, she decided that it was preferable to leave that issue to the panel assigned to hear the appeal on the merits.

[31] Before ruling on this motion, it is worth recalling that the Attorney General had previously been granted leave to introduce expert evidence on the law and practice applicable in certain foreign states with respect to air passengers' rights. The Attorney General had argued that such evidence was relevant because the practice of State parties is a recognized means of interpreting a treaty such as the Montreal Convention. Justice Rennie agreed with the Attorney General, recognizing that expert evidence is the only permissible means by which evidence of foreign law and practice may be adduced.

[32] In section II of his affidavit, Professor Mendes de Leon describes the relevant laws of the European Union and its member states, the member states of the European Free Trade Association and the European Common Aviation Agreement Area as it relates to the liability of air carriers to passengers in respect of flight delays, flight cancellations and denial of boarding. This section is

l'affidavit de M. Mendes de Leon et les paragraphes 28 à 41 de l'affidavit de M. Dempsey. En résumé, le procureur général affirme que ces paragraphes des deux affidavits sont irrecevables parce qu'ils contiennent des avis juridiques quant à l'interprétation de la Convention de Montréal, une question qui est au cœur même du présent appel. De plus, de l'avis du procureur général, ces avis juridiques portent sur des questions de droit international qui ne sont pas des questions de fait, mais plutôt des questions de droit dont les juges canadiens peuvent prendre connaissance d'office.

[30] À la lecture de la jurisprudence et de la documentation à ce sujet présentée par les parties, la juge Mactavish a conclu que « [l]e droit semble cependant quelque peu incertain » lorsqu'il s'agit de la nécessité de recourir à une preuve d'expert au moment de traiter de questions de droit international, par opposition à des questions de droit étranger : *International Air Transport Association c. Canada (Office des transports)*, 2020 CAF 172, au paragraphe 14. Elle a donc jugé préférable de laisser cette question à la discrétion de la formation chargée d'entendre l'appel sur le fond.

[31] Avant de se prononcer sur cette requête, il convient de se rappeler que le procureur général avait déjà obtenu l'autorisation de présenter des témoignages d'experts au sujet du droit et des pratiques applicables dans certains pays en ce qui concerne les droits des passagers aériens. Le procureur général avait affirmé que ces éléments de preuve étaient pertinents parce que la pratique suivie par les États parties est un moyen reconnu d'interpréter un traité tel que la Convention de Montréal. Le juge Rennie s'est dit d'accord avec le procureur général, reconnaissant que les témoignages d'experts sont le seul moyen permissible de déposer des éléments de preuve concernant le droit et les pratiques étrangers.

[32] Dans la section II de son affidavit, M. Mendes de Leon présente les lois pertinentes de l'Union européenne et de ses États membres, des États membres de l'Association européenne de libre-échange et des États membres de l'Espace européen aérien commun en ce qui concerne la responsabilité des transporteurs aériens envers les passagers quant aux retards et aux annulations de vols

not controversial, as it clearly qualifies as evidence on foreign law. The only paragraph of that section to which the Attorney General objects is paragraph 47, where Professor Mendes de Leon states that a decision of the European Court of Justice (E.C.J.) (*Sturgeon v. Condor; Böck and Lepuschitz v. Air France*, Joined cases C-402/07 and C-432/07, [2009] E.C.R. I-10954 (*Sturgeon*)) was much criticized on the basis that the Court departed from its judicial role and in effect amended *Regulation (EC) No. 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004 establishing common rules on compensation and assistance to passengers in the event of denied boarding and of cancellation or long delay of flights, and repealing Regulation (EC) No. 295/91*, [2004] O.J. L. 46/01 (Regulation 261/2004) by creating a right to non-compensatory payments for flight delays. I will say more on that decision when dealing with the merits of the parties' arguments.

[33] Sections III and IV of Professor Mendes de Leon's affidavit are the most contentious. In section III (paragraphs 59–75), he states that whether EU Regulation 261 is in the application of the Montreal Convention requires him to opine on whether that Regulation is aimed at giving effect to the EU's treaty obligations under the Montreal Convention (at paragraph 59). After providing the context in which Regulation 261/2004 was adopted and examining Regulation 261/2004 itself, Professor Mendes de Leon offers the following conclusions [at paragraphs 71–72]:

> In my opinion, it is apparent that Regulation 261 was intended to address matters not governed by the Montreal Convention, 1999, and therefore was not adopted in order to give effect to the EU's treaty obligations thereunder. As explained above in this Affidavit, in the *Sturgeon* case the ECJ controversially extended the obligation to provide compensation imposed on air carriers by Regulation 261 to flight delay. Significantly, the ECJ's reasons for extending compensation beyond denial of boarding and flight cancellation are not at all based on the Montreal Convention, 1999, which is neither discussed nor even mentioned in its judgment.

ainsi qu'aux refus d'embarquement. Cette section n'est pas contestée puisqu'il s'agit manifestement d'éléments de preuve concernant le droit étranger. Le seul paragraphe de cette section auquel s'oppose le procureur général est le paragraphe 47, où M. Mendes de Leon évoque les nombreuses critiques soulevées par une décision de la Cour européenne de justice (*Sturgeon c. Condor; Böck et Lepuschitz c. Air France*, affaires jointes C-402/07 et C-432/07, [2009] Rec. C.E. I-10954 (*Sturgeon*)) parce que cette Cour, dans cette décision, s'est écartée de son rôle judiciaire et a en fait modifié le *Règlement (CE) nº 261/2004 du Parlement européen et du Conseil du 11 février 2004 établissant des règles communes en matière d'indemnisation et d'assistance des passagers en cas de refus d'embarquement et d'annulation ou de retard important d'un vol, et abrogeant le règlement (CEE) nº 295/91*, [2004] J.O. L.46/1 (Règlement nº 261/2004) en créant un droit à des paiements non compensatoires pour les retards de vols. Je reviendrai sur cette décision lorsque j'examinerai le fond des arguments des parties.

[33] Les sections III et IV de l'affidavit de M. Mendes de Leon sont les éléments les plus litigieux. La section III (aux paragraphes 59 à 75), intitulée [TRADUCTION] « Le Règlement 261 de l'Union européenne est-il établi "dans l'application" de la Convention de Montréal? », nécessite (pour reprendre ses propres mots) qu'il [TRADUCTION] « se prononce sur la question de savoir si le Règlement 261 vise à donner effet aux obligations découlant de traités de l'UE en application de la *Convention de Montréal* » (au paragraphe 59). Ayant rappelé le contexte de l'adoption du Règlement nº 261/2004 et examiné ce règlement, M. Mendes de Leon formule les conclusions suivantes [aux paragraphes 71–72] :

> [TRADUCTION] À mon avis, le Règlement 261 avait clairement pour but de traiter de questions non régies par la Convention de Montréal (1999), et n'a donc pas été adopté pour donner effet aux obligations découlant de traités de l'UE s'y rapportant. Comme je l'ai expliqué plus haut dans le présent affidavit, dans la décision *Sturgeon*, la Cour européenne de justice a, de façon contestable, étendu aux retards de vols l'obligation d'indemnisation imposée aux transporteurs aériens par le Règlement 261. Fait important, les motifs de la Cour européenne de justice pour étendre l'indemnisation afin qu'elle ne se limite plus aux refus d'embarquement et aux annulations de vols ne s'appuient absolument pas sur la Convention de

> In my opinion, the *Sturgeon* judgment's extension of the compensation provided for in Article 7 of Regulation 261 to flight delay cannot, therefore, be seen as "giving effect" to the EU's treaty obligations under the Montreal Convention, 1999.

[34] In Section IV of his affidavit (paragraphs 76–91), Professor Mendes de Leon provides his views as to whether the European Union regime governing passenger compensation, and in particular Regulation 261/2004, is consistent with the Montreal Convention. After describing in broad terms the Montreal Convention and critically commenting on the E.C.J. jurisprudence interpreting Regulation 261/2004 as not being in breach of the Montreal Convention, Professor Mendes de Leon offers his interpretation of the exclusivity principle found in Article 29 of the Convention [at paragraph 89]:

> The language of Article 29 of the Montreal Convention, 1999, is, in my opinion, clear and precise. Pursuant to the first, and principal method of treaty interpretation, a treaty provision must be interpreted *in good faith*, in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose, which, in the case of the Montreal Convention, 1999, is uniformity of rulemaking in respect of international carriage by air. Article 29, and therefore the Montreal Convention, 1999, thus clearly excludes claims by passengers against air carriers for damages for inconvenience caused by flight delay in respect of international carriage by air. [Emphasis in original.]

[35] Section V and VI of his affidavit are not contentious, as they deal with air passenger compensation in other jurisdictions and therefore relate, strictly speaking, to foreign law.

[36] Professor Dempsey's affidavit is focused on the law of the United States as it relates to the liability of air carriers to passengers. Section II of his affidavit

> Montréal (1999), qui n'est pas analysée dans la décision et qui n'y est même pas mentionnée.

> À mon avis, on ne peut considérer que la décision *Sturgeon*, en étendant aux retards de vols l'indemnisation prévue à l'article 7 du Règlement 261, « donne effet » aux obligations découlant de traités de l'UE en application de la Convention de Montréal (1999).

[34] À la section IV de son affidavit (aux paragraphes 76 à 91), M. Mendes de Leon donne son opinion sur la question de savoir si le régime de l'Union européenne régissant l'indemnisation des passagers, et plus précisément le Règlement nº 261/2004, cadre avec la Convention de Montréal. Après avoir exposé de manière générale la Convention de Montréal et formulé des commentaires critiques quant au fait que la jurisprudence de la Cour européenne de justice portant sur l'interprétation du Règlement nº 261/2004 ne contrevient pas à la Convention de Montréal, M. Mendes de Leon donne son interprétation du principe d'exclusivité énoncé à l'article 29 de la Convention [au paragraphe 89] :

> [TRADUCTION] Le libellé de l'article 29 de la Convention de Montréal (1999) est, à mon avis, clair et précis. Conformément à la première méthode d'interprétation d'un traité, qui est aussi la principale méthode, une disposition de traité doit être interprétée *de bonne foi*, conformément au sens ordinaire qui doit être donné aux modalités du traité dans leur contexte et compte tenu de son objet ainsi que de l'intention qui le sous-tend, ce qui, dans le cas de la Convention de Montréal (1999), est l'établissement des règles uniformes pour le transport aérien international. L'article 29, et partant, la Convention de Montréal (1999), exclut ainsi clairement les demandes de dommages-intérêts de passagers contre les transporteurs aériens en cas d'inconvénients causés par les retards de vols en ce qui concerne le transport aérien international. [Italiques dans l'original.]

[35] Les sections V et VI de son affidavit ne font pas l'objet de contestations puisqu'il y est question de l'indemnisation des passagers aériens dans d'autres pays et que ces sections concernent donc, à proprement parler, le droit étranger.

[36] L'affidavit de M. Dempsey porte sur le droit américain sur la responsabilité des transporteurs aériens envers les passagers. Dans la section II de son

(paragraphs 14–22) deals with the legal regime in respect of flight delays, flight cancellations, denial of boarding, and damage to or loss of baggage. Section III (paragraphs 23–46) purports to deal with the consistency of U.S. law with the Montreal Convention. By way of introduction, Professor Dempsey explains that the U.S. is a "monist" jurisdiction because the U.S. Constitution provides that international treaties are the law of the land. Since international treaties are self-executing, without any requirement of formal promulgation into a statute, there is no distinction between international law and domestic U.S. law, and the U.S. law on passenger compensation in the field of international air travel is the Montreal Convention. An opinion on the latter is therefore an opinion on U.S. law, the implication being that it should be admissible in Canadian law because it constitutes expert evidence on foreign law.

[37] Professor Dempsey then goes on with a brief description of the Montreal Convention, in the course of which he opines on the scope of the exclusivity principle found in Article 29 of the Montreal Convention [at paragraphs 30–31]:

> As noted above, the Montreal Convention stipulates that the carrier is liable for damage sustained in case of destroyed, lost or damaged baggage, and damage occasioned by delay to passengers or baggage. In light of the aforementioned exclusivity principle of Article 29, any regime that provides for automatic minimum compensation in the event of delays to passengers, or for lost, delayed or damaged baggage, would be in violation of the Montreal Convention. The Convention provides for compensation for provable damages up to a specified amount, and explicitly provides the exclusive remedy for claims arising in international air transportation.
>
> The Convention does not provide for any recourse for delay in the absence of proof of loss; any such recourse would be non-compensatory which is excluded by Article 29.

affidavit (aux paragraphes 14 à 22), il examine le régime juridique en ce qui concerne les cas de retard ou d'annulation de vols, de refus d'embarquement ou de perte ou d'endommagement des bagages. La section III (aux paragraphes 23 à 46) concerne la compatibilité du droit américain avec la Convention de Montréal. En guise d'introduction, M. Dempsey explique que les États-Unis sont une juridiction [TRADUCTION] « moniste » puisque la Constitution américaine dispose que les traités internationaux ont force de loi. Il n'y a pas de distinction entre le droit international et le droit américain étant donné que les traités internationaux sont automatiquement exécutoires, sans qu'il soit nécessaire de promulguer officiellement des lois; ainsi, la Convention de Montréal constitue le droit américain en matière d'indemnisation des passagers dans le secteur des voyages aériens internationaux. Une opinion sur la Convention de Montréal est donc une opinion sur le droit américain, ce qui fait en sorte que cette opinion devrait être recevable en droit canadien puisqu'elle constitue un témoignage d'expert concernant le droit étranger.

[37] M. Dempsey fait ensuite une brève présentation de la Convention de Montréal et donne son opinion sur la portée du principe d'exclusivité énoncé à l'article 29 de cette convention [aux paragraphes 30–31] :

> [TRADUCTION] Comme je l'ai indiqué précédemment, la Convention de Montréal dispose que le transporteur est responsable du préjudice subi en cas de destruction, de perte ou d'endommagement de bagages, ainsi qu'en cas de retard des passagers ou des bagages. Étant donné le principe d'exclusivité énoncé à l'article 29 que nous avons déjà mentionné, tout régime qui prévoit l'indemnisation minimale automatique en cas de retards des passagers ou en cas de perte, de retard ou d'endommagement de bagages contreviendrait à la Convention de Montréal. La Convention prévoit une indemnisation pour les dommages prouvables jusqu'à concurrence d'une certaine somme et prescrit expressément le recours exclusif pour les demandes présentées dans le contexte du transport aérien international.
>
> La Convention ne prévoit aucun recours en cas de retard s'il n'y a pas de preuve de perte; de plus, un tel recours serait non compensatoire, ce qui est exclu par l'article 29.

[38] At paragraphs 32 to 36 of his affidavit, Professor Dempsey addresses the issue of whether there is a conflict between U.S. law and international law on issues of passenger delay or baggage loss, damage or delay. On most topics, there can be no conflict because the U.S. Department of Transport refers consumers who have claims against airlines for international flights to the Montreal Convention. The only area in which the U.S. regulations address air carrier liability and impose obligations of compensation to passengers is in the area of denied boarding compensation for overbooking, an issue which, in the opinion of Professor Dempsey, does not fall under the Montreal Convention. Once again, he comes to that conclusion on the basis of his interpretation of the Montreal Convention [at paragraph 35]:

> … Nonperformance of the contract of carriage falls outside of the Convention, for the Convention is based upon a contract of carriage for international transportation, whose flight originates and is destined to a contracting State. If the failure of the carrier to perform is deemed to constitute non-performance of the contract of carriage, then the dispute falls wholly outside the Warsaw or Montreal regime, and the aggrieved passenger may pursue his domestic law remedies, without any ceiling on actual damages recoverable.

[39] Interestingly, he relies for that proposition on a number of cases and legal commentaries, including some of his own publications.

[40] Finally, Professor Dempsey expresses the view in Section IV of his affidavit (paragraphs 37–41) that US laws were made in the application of the Montreal Convention. He comes to that conclusion because the U.S. is a monist state, the U.S. case law on delay applies the Montreal Convention, and the U.S. government has refrained from promulgating aviation regulations addressing air carrier liability in international air transportation in deference to the exclusivity and pre-emption provision of the Montreal Convention.

[38] Aux paragraphes 32 à 36 de son affidavit, M. Dempsey traite de la question de savoir s'il y a incompatibilité entre le droit américain et le droit international sur les questions de retards de passagers ou de perte, de retard ou d'endommagement de bagages. Sur la plupart des sujets, il ne peut y avoir d'incompatibilité puisque le ministère des Transports des États-Unis demande aux clients qui font des réclamations contre les compagnies aériennes au sujet de vols internationaux de s'en remettre à la Convention de Montréal. Le seul domaine dans lequel la réglementation américaine traite de la responsabilité des transporteurs aériens et impose des obligations d'indemnisation des passagers est celui de l'indemnisation pour refus d'embarquement à cause de surréservation, ce qui, selon M. Dempsey, ne relève pas de la Convention de Montréal. Cette fois encore, c'est son interprétation de la Convention de Montréal qui l'amène à tirer cette conclusion [au paragraphe 35] :

> [traduction] … La non-exécution du contrat de transport ne relève pas de la Convention puisque celle-ci s'applique aux contrats de transport internationaux pour lesquels le départ et l'arrivée du vol ont lieu dans un État signataire. Si la défaillance du transporteur est considérée comme une non-exécution du contrat de transport, le différend échappe alors complètement à la portée des conventions de Varsovie et de Montréal; le passager lésé peut alors exercer les recours prévus par le droit national, et ce, sans plafonnement des dommages-intérêts.

[39] Il est intéressant de constater que M. Dempsey, pour cet argument, s'appuie sur plusieurs décisions et analyses juridiques, y compris parfois sur ses propres publications.

[40] Enfin, M. Dempsey, dans la section IV de son affidavit (aux paragraphes 37 à 41), se dit d'avis que les lois des États-Unis ont été adoptées dans l'application de la Convention de Montréal. Il tire cette conclusion du fait que les États-Unis sont un pays moniste, que la jurisprudence américaine concernant les retards applique la Convention de Montréal et que le gouvernement des États-Unis s'est abstenu de prendre des règlements en matière d'aviation relativement à la responsabilité des transporteurs aériens dans le contexte du transport aérien international étant donné la disposition d'exclusivité et de préemption de la Convention de Montréal.

[41] The Attorney General claims that much of Sections III and IV of Professor Mendes de Leon's affidavit and Sections III and IV of Professor Dempsey's affidavit, which opine on whether the law of the European Union and the United States is in the application of the Montreal Convention and is consistent with it, should be struck. According to the Attorney General, these portions of the two affidavits, along with Professor Mendes de Leon's criticism of the *Sturgeon* decision of the E.C.J. (paragraph 47) and a paragraph on the application of the Montreal Convention in New Zealand (paragraph 115), are nothing more than legal opinions on the interpretation of an international convention that is at the core of the substantive legal issue to be decided by this Court. According to the Attorney General, the only purpose of that evidence is to give more weight to the legal position advanced by the appellants than it would have if it was merely argued by counsel.

[41] Le procureur général allègue qu'il convient de radier une grande partie des sections III et IV de l'affidavit de M. Mendes de Leon et des sections III et IV de l'affidavit de M. Dempsey, qui se prononcent sur la question de savoir si les lois de l'Union européenne et des États-Unis ont été adoptées dans l'application de la Convention de Montréal et y sont conformes. Selon le procureur général, ces passages des deux affidavits, ainsi que la critique de M. Mendes de Leon au sujet de la décision *Sturgeon* rendue par la Cour européenne de justice (au paragraphe 47) et un paragraphe concernant l'application de la Convention de Montréal en Nouvelle-Zélande (au paragraphe 115), constituent tout simplement des opinions juridiques quant à l'interprétation d'une convention internationale qui est au cœur de la question juridique de fond que doit trancher notre Cour. Le procureur général affirme que ces éléments de preuve visent uniquement à donner à la thèse juridique avancée par les appelantes un poids plus important que si elle avait simplement été soutenue par les avocats.

[42] There is no doubt that the Montreal Convention, adopted on May 28, 1999, in Montréal, ratified by Canada and incorporated in its domestic law via amendments to the CAA (subsection 2(2.1)) is at the heart of this appeal. The appellants have advanced a number of arguments in support of their position that the Regulations are *ultra vires* the CTA. They have argued that in enacting section 86.11 of the CTA, Parliament must be presumed not to have authorized the adoption of delegated legislation that would be inconsistent with the Montreal Convention as incorporated in Canadian law. In a similar fashion, they have also submitted that section 86.11 must be construed as not authorizing the adoption of regulations that would be inconsistent with the Montreal Convention, since Parliament must be presumed to legislate in a manner compatible with Canada's international obligations. The appellants do not dispute that the interpretation of the Montreal Convention is central to these two arguments.

[42] La Convention de Montréal, adoptée le 28 mai 1999 à Montréal, ratifiée par le Canada et incorporée dans son droit interne au moyen de modifications apportées à la LTA (au paragraphe 2(2.1)), est indubitablement au cœur du présent appel. Les appelantes ont fait valoir plusieurs arguments à l'appui de leur thèse selon laquelle le Règlement outrepasse les pouvoirs conférés par la LTC. Elles ont affirmé qu'il faut présumer que le législateur, en édictant l'article 86.11 de la LTC, n'a pas autorisé l'adoption d'une législation déléguée qui ne cadrerait pas avec la Convention de Montréal telle qu'elle est incorporée dans le droit canadien. De façon similaire, elles ont prétendu que l'article 86.11 doit être interprété comme n'autorisant pas l'adoption de règlements qui ne cadreraient pas avec la Convention de Montréal, puisqu'il faut présumer que le législateur légifère conformément aux obligations internationales du Canada. Les appelantes ne contestent pas le fait que la Convention de Montréal est au cœur de ces deux arguments.

[43] To be successful, the appellants must convince this Court that the non-compensatory damages for flight delays, flight cancellations, denials of boarding and lost or damaged baggage provided for by the Regulations are prohibited by the Montreal Convention, exceed the

[43] Pour avoir gain de cause, les appelantes doivent convaincre notre Cour que les dommages-intérêts non compensatoires prévus dans le Règlement pour les retards et les annulations de vols, les refus d'embarquement et la perte ou l'endommagement des bagages

limit of liability set forth in the Convention and ignore the exclusion of liability of the Convention. If there is no inconsistency, the Regulations are not *ultra vires* since they would fall within the regulation-making authority of section 86.11 of the CTA. At least to that extent, there is agreement between the parties.

[44] It is well established in Canadian evidence law that facts are to be pleaded and proved, whereas law does not need to be proved and courts will take judicial notice of it. Opinions on matters of law are therefore not admissible, since it is for the court to decide questions of law. Although affidavit evidence must generally be confined to facts that are within the deponent's personal knowledge (rule 81(1) of the *Federal Courts Rules*), a party will exceptionally be allowed to adduce expert opinion on questions of fact when it meets some requirements.

[45] Foreign law has long been characterized as fact for the purpose of the law of evidence. It must be pleaded and proved at trial, unless otherwise provided by statute. In most cases, this will be done by expert evidence: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 (*Hape*), at paragraph 120; *Asad v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 141, at paragraph 24; *Kent Trade and Finance Inc. v. JP Morgan Chase Bank*, 2008 FCA 399, *sub. nom. JPMorgan Chase Bank v. Lanner (The)*, [2009] 4 F.C.R. 109, at paragraphs 18, 35 and 57; *Friedl v. Friedl*, 2009 BCCA 314, 95 B.C.L.R. (4th) 102, at paragraph 20.

[46] On that basis, should international law be treated as a question of fact? This is a vexed question, which doesn't lend itself to an easy answer in Canadian law and which has been the subject of varied treatment in the jurisprudence. The appellants submit that there is no rule according to which expert evidence on international law is inadmissible *per se*. Courts may take judicial notice of international law that is incorporated into Canadian law, but it is argued that courts may also receive and rely on

sont interdits par la Convention de Montréal, dépassent la limite de responsabilité fixée dans la Convention et ne tiennent pas compte de l'exclusion de responsabilité de la Convention. S'il n'y a pas d'incompatibilité, le Règlement ne constitue pas un excès de pouvoir puisqu'il entre alors dans le cadre du pouvoir de réglementation prévu par l'article 86.11 de la LTC. Les parties s'entendent au moins sur ce point.

[44] Il est bien établi dans le droit de la preuve au Canada que les faits doivent être plaidés et établis, alors que la loi n'a pas à être prouvée et que les tribunaux en prendront connaissance d'office. Les opinions quant aux questions de droit ne sont donc pas recevables puisqu'il appartient à la Cour de trancher ce type de question. Bien que les éléments de preuve contenus dans les affidavits doivent généralement se limiter aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle (au paragraphe 81(1) des *Règles des Cours fédérales*), on pourra permettre à une partie, à titre exceptionnel, de produire un avis d'expert sur des questions de fait lorsque cet avis répond à certaines exigences.

[45] Le droit étranger est, depuis longtemps, caractérisé comme un énoncé de fait aux fins du droit de la preuve. Il doit être plaidé et prouvé à la satisfaction du tribunal, à moins de dispositions contraires de la loi. Dans la plupart des cas, cela passera par des témoignages d'experts : *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 (*Hape*), au paragraphe 120; *Asad c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 141, au paragraphe 24; *Kent Trade and Finance Inc. c. JP Morgan Chase Bank*, 2008 CAF 399, *sub. nom. JPMorgan Chase Bank c. Lanner (Le)*, [2009] 4 R.C.F. 109, aux paragraphes 18, 35 et 57; *Friedl v. Friedl*, 2009 BCCA 314, au paragraphe 20.

[46] Sur ce fondement, le droit international doit-il être traité comme une question de fait? Cette question controversée, à laquelle il n'est pas possible de répondre aisément en droit canadien, a été traitée de diverses façons dans la jurisprudence. Les appelantes affirment qu'il n'existe aucune règle voulant que les témoignages d'experts quant au droit international soient automatiquement irrecevables. Les tribunaux peuvent prendre d'office connaissance du droit international incorporé

expert evidence on international law where the normative content of the international law principles at issue is "unsettled, controversial or emerging" (Appellants' Responding Written Representations re Attorney General's motion to strike parts of the appellants' affidavits, at paragraph 41 (Appellants' Responding Written Representations)). The Attorney General, on the other hand, forcefully argues that international law is a question of law, that Canadian courts should take judicial notice of it, and that evidence purporting to give a legal opinion on the interpretation or application of an international convention is inadmissible, "especially when this is a central issue the Court has to resolve to dispose of a case" (Attorney General's Written Representations on motion to strike parts of appellants' affidavits, at paragraph 55).

[47] In my opinion, the latter view is to be preferred, at least with respect to customary international law and to international treaties that have been incorporated into Canadian law. I leave aside for the purpose of this discussion international conventions and treaties that have not been implemented by Canadian (federal or provincial) statutes, since they are not part of Canadian law. There is no need to consider how an international instrument that Canada has ratified but not yet implemented ought to be brought into evidence given that the Montreal Convention was incorporated into Canadian law through the CAA.

[48] There are many reasons why Canadian courts should take judicial notice of international law without the need to resort to expert opinion. First of all, international law is in many respects domestic law. I appreciate that Canada, unlike other legal systems like that of the United States, is a dualist system to the extent that rules of international law must be incorporated or adopted into the domestic legal order in order to be applied by domestic courts. This is true, however, only with respect to international treaties. Following the common law rule of adoption, it has long been recognized that prohibitive

dans le droit canadien, mais il est allégué que les tribunaux peuvent également recevoir des témoignages d'experts concernant le droit international et s'appuyer sur ces témoignages lorsque le contenu normatif des principes de droit international en litige est [TRADUCTION] « incertain, controversé ou nouveau » (observations écrites des appelantes en réponse à la requête du procureur général en vue de faire radier certains passages des affidavits des appelantes, au paragraphe 41 (observations écrites en réponse des appelantes)). Le procureur général, en revanche, soutient vigoureusement que le droit international est une question de droit, que les tribunaux canadiens doivent en prendre connaissance d'office et que les éléments de preuve visant à donner une opinion juridique sur l'interprétation ou l'application d'une convention internationale sont irrecevables, [TRADUCTION] « en particulier lorsqu'il s'agit d'une question centrale que la Cour doit trancher pour statuer sur un litige » (observations écrites du procureur général à l'appui de la requête pour faire radier certains passages des affidavits des appelantes, au paragraphe 55).

[47] À mon sens, on doit privilégier ce dernier avis, du moins en ce qui concerne le droit international coutumier et les traités internationaux qui ont été incorporés dans le droit canadien. Je laisse de côté, aux fins de cette analyse, les conventions et traités internationaux qui n'ont pas été mis en application dans les lois canadiennes (fédérales ou provinciales) puisqu'ils ne font pas partie du droit canadien. Il n'est pas nécessaire d'examiner la façon dont un instrument international que le Canada a ratifié sans l'avoir mis en application devrait être mis en preuve étant donné que la Convention de Montréal a été incorporée dans le droit canadien au moyen de la LTA.

[48] Il existe de nombreuses raisons pour lesquelles les tribunaux canadiens doivent prendre d'office connaissance du droit international sans qu'il soit nécessaire de recourir aux opinions d'experts. Premièrement, le droit international constitue, à plusieurs égards, le droit interne. Je suis conscient que le Canada, contrairement à d'autres régimes juridiques tels que celui des États-Unis, est un système dualiste en ce sens que les règles de droit international doivent être incorporées ou adoptées dans l'ordre juridique interne afin d'être appliquées par les tribunaux nationaux. Cependant, ceci n'est vrai que dans le

rules of customary international law forms part of Canadian law in the absence of conflicting legislation: see *Hape*, at paragraphs 36–39 and the cases referred to. As for treaties, once incorporated, they are Canadian law for all intents and purposes. Accordingly, the fact that Canada is a dualist state should not be overblown and is not critical to resolve the issue that is before us.

[49] A second related reason why international law should be subject to the same rules of evidence as Canadian law is the presumption that domestic law will be interpreted so as to conform to Canadian international obligations. As noted by Gibran van Ert ("The Admissibility of International Legal Evidence" (2005), 84 *Can. Bar Rev.* 31, at page 38 (van Ert)), there is no presumption that Canadian law respects the requirements of the law of foreign countries, since these laws do not bind Canada. On the contrary, customary international law and treaties that have been ratified by the Canadian government are binding and violations will attract international responsibility.

[50] A third reason for courts to take judicial notice of international law derives from the law relating to the admissibility of expert opinion evidence. The leading authority on that question is the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 (*Mohan*) (at page 20). In that case, the Court set out four criteria for the admissibility of such evidence: relevance, necessity in assisting the trier of fact, the absence of any exclusionary rule, and a properly qualified expert. In a subsequent case, the Court added a second step, namely the balancing of the potential risks and the benefits of admitting the evidence, in order to decide whether the potential benefits outweigh the risks: *White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182 (*White Burgess*), at paragraph 24; see also: *R. v. Bingley*, 2017 SCC 12, [2017] 1 S.C.R. 170, at paragraphs 16–17.

cas des traités internationaux. Conformément à la règle d'adoption prévue par la common law, il est reconnu depuis longtemps que les règles prohibitives du droit international coutumier font partie du droit canadien à condition qu'aucune disposition législative n'entre en conflit avec elles : voir l'arrêt *Hape*, aux paragraphes 36 à 39, et les décisions mentionnées. Une fois incorporés, les traités font pour ainsi dire partie du droit canadien. Ainsi, le dualisme juridique canadien ne doit pas être exagéré et n'est pas déterminant pour trancher la question dont nous sommes saisis.

[49] Deuxièmement, de façon connexe, le droit international devrait être assujetti aux mêmes règles de preuve que le droit canadien parce que l'on présume que le droit interne sera interprété d'une manière conforme aux obligations internationales du Canada. Comme l'a indiqué Gibran van Ert (van Ert, Gibran. « The Admissibility of International Legal Evidence » (2005), 84 *Rev. du B. can. 31*, à la page 38 (van Ert)), il n'existe aucune présomption que le droit canadien respecte les exigences du droit des pays étrangers puisque les lois étrangères ne lient pas le Canada. En revanche, le droit international coutumier et les traités qui ont été ratifiés par le gouvernement canadien ont force obligatoire et les violations donneront naissance à une responsabilité internationale.

[50] La troisième raison pour laquelle les tribunaux prennent d'office connaissance du droit international découle du droit relatif à la recevabilité des témoignages d'opinion d'experts. L'arrêt de principe sur cette question est l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9 (*Mohan*) (à la page 20) de la Cour suprême du Canada. Dans cet arrêt, la Cour a énoncé quatre critères concernant la recevabilité de la preuve d'expert : la pertinence, la nécessité d'aider le juge des faits, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Dans un arrêt subséquent, la Cour a ajouté une deuxième étape, consistant à soupeser les risques et les avantages éventuels que présente l'admission du témoignage, afin de décider si les premiers l'emportent sur les seconds : *White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 CSC 23, [2015] R.C.S. 182 (*White Burgess*), au paragraphe 24; voir également : *R. c. Bingley*, 2017 CSC 12, [2017] 1 R.C.S. 170, aux paragraphes 16 et 17.

[51] Before discussing the application of these criteria, it is worth considering, as pointed out by van Ert, that *Mohan* and *White Burgess* were not dealing with expert opinion on questions of law but rather on questions of fact. It could be argued, therefore, that the criteria set forth in these decisions were not meant to apply to expert opinions on questions of law, and thus cannot be relied upon to justify the introduction of such opinions into the evidence.

[52] Be that as it may, I agree with the Attorney General that expert opinion on a question of law can hardly be necessary, given the Court's expertise on matters of law. Even if necessity should not be judged "by too strict a standard" (*Mohan*, at page 23), the expert opinion must still bring an expertise that is outside the purview of a judge's skills and knowledge. This is clearly the case when the application of the law is predicated on a good grasp of scientific and technical matters, as is often the case in patent law. This is to be contrasted with those cases where the legal issue, albeit novel or complex, does not require any particular expertise beyond that expected from a judge. In those cases, a judge can come to his or her own conclusions and will not need expert opinions. As this Court stated in *Canada (Board of Internal Economy) v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 43, 412 D.L.R. (4th) 336 (*Board of Internal Economy*) (at paragraph 18), "[t]his is precisely why questions of domestic law (as opposed to foreign law) are not matters upon which a court will receive opinion evidence. Such matters clearly fall within the purview of the court's expertise and opinion evidence on these issues would usurp the court's role as expert in matters of law"; see also: *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, at paragraph 41; *Brandon (City) v. Canada*, 2010 FCA 244, 411 N.R. 189, at paragraph 27; *Dywidag Systems Internation, Canada, Ltd. v. Garford PTY Ltd.*, 2010 FCA 223, 406 N.R. 308, at paragraphs 10–11; Sydney N. Lederman, John Sopinka and Alan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014, at paragraphs 12.155 and 12.156.

[51] Avant d'examiner l'application de ces critères, il faut tenir compte du fait, comme l'a souligné van Ert, que les arrêts *Mohan* et *White Burgess* traitaient de l'opinion d'experts non pas sur des questions de droit, mais plutôt sur des questions de fait. On pourrait donc soutenir que les critères énoncés dans ces arrêts n'étaient pas censés s'appliquer aux opinions d'experts sur des questions de droit et qu'ils ne peuvent donc pas être invoqués pour justifier la production en preuve de telles opinions.

[52] Quoi qu'il en soit, étant donné l'expertise de la Cour quant aux questions de droit, je conviens avec le procureur général que l'on peut difficilement prétendre que les opinions d'experts sur ce type de question sont nécessaires. Même s'il ne faut pas juger de la nécessité « selon une norme trop stricte » (*Mohan*, à la page 23), l'opinion d'expert doit tout de même apporter une expertise dépassant la portée des compétences et des connaissances du juge. C'est évident lorsque l'application du droit se fonde sur une bonne compréhension de questions scientifiques et techniques, comme c'est souvent le cas en droit des brevets. Mais il y a une distinction à faire dans les cas où la question juridique, bien que nouvelle ou complexe, ne nécessite aucune expertise particulière au-delà de celle à laquelle on s'attend de la part d'un juge. Dans ces cas, le juge peut tirer ses propres conclusions sans avoir recours aux opinions d'experts. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Canada (Bureau de régie interne) c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 43 (*Bureau de régie interne*) (au paragraphe 18), « [c]'est précisément pourquoi les tribunaux judiciaires n'accepteront pas de preuve d'opinion sur les questions de droit interne (par opposition au droit étranger). En effet, de telles questions appartiennent manifestement au champ d'expertise du tribunal judiciaire, et l'admission d'une preuve d'opinion y afférente empiéterait sur le rôle du tribunal en tant qu'expert en matière de droit »; voir également : *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 41; *Brandon (Ville) c. Canada*, 2010 CAF 244, au paragraphe 27; *Dywidag Systems Internation, Canada, Ltd. c. Garford PTY Ltd.*, 2010 CAF 223, aux paragraphes 10 et 11; et Lederman, Sydney N., John Sopinka et Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 4e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014, aux paragraphes 12.155 et 12.156.

[53] As for IATA's argument that expert evidence can be adduced when the principles of international law are contested, controversial or emerging, I find it totally unpersuasive. This has never been the test to accept expert evidence, and indeed IATA cites no authority in support of that new principle. A disagreement between parties on the proper interpretation of the law (be it constitutional law, civil law, criminal law or international law) cannot be the test to determine the admissibility of expert opinion evidence. That would amount to an usurpation of the role of the judge. As van Ert aptly remarked in his previously cited article:

> While it is no doubt true that a scholar who has long studied a particular question of law may be more knowledgeable about it than a trial judge at the outset of a hearing, our adversarial legal system is predicated upon the conviction that a qualified judge, assisted by learned counsel presenting competing views and acting for parties with a real interest in the outcome, and protected (if all else fails) by the possibility of reversal on appeal, is capable of correctly resolving any legal controversy. If we begin to doubt this proposition for international law, on the ground that it may be unfamiliar to many judges, why should we not also doubt it for other lesser-known areas of law? (at page 41).

[54] The case law has not been consistent and is not free from ambiguity in its treatment of expert opinion evidence as it relates to international law. By and large, however, I think it is fair to say that the jurisprudence has moved towards the exclusion of such evidence. It is noteworthy that the appellants, despite stating that Canadian courts have, "on numerous occasions" (Appellants' Responding Written Representations, at paragraph 41), received and relied on expert evidence on international law, have only been able to provide two cases where expert evidence on issues of international law has been explicitly ruled admissible: see *Holding Tusculum B.V. c. S.A. Louis Dreyfus & Cie*, 2006 QCCS 2827 (CanLII), [2006] CarswellQue 5151 (WL Can.), at paragraph 16; *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ – Construction) c. Procureure générale du Québec*, 2018 QCCS 4548 (CanLII), at paragraph 20. These two trial court decisions did not

[53] Je ne trouve pas du tout convaincant l'argument de l'IATA voulant que des témoignages d'experts puissent être présentés lorsque des principes de droit international sont incertains, controversés ou nouveaux. L'acceptation de témoignages d'experts n'a jamais été soumise à ce critère et l'IATA n'invoque effectivement aucun précédent à l'appui de ce nouveau principe. Un désaccord entre les parties quant à l'interprétation correcte du droit (qu'il s'agisse du droit constitutionnel, du droit civil, du droit pénal ou du droit international) ne saurait être le critère utilisé pour décider de la recevabilité de témoignages d'opinion d'experts. On usurperait le rôle du juge en procédant ainsi. Comme l'a souligné avec justesse van Ert dans son article précité :

> [TRADUCTION] Bien qu'il ne fasse aucun doute qu'un chercheur qui a étudié pendant longtemps une question de droit précise puisse être mieux informé à ce sujet qu'un juge de première instance au début d'une audience, notre système judiciaire accusatoire repose sur la conviction qu'un juge qualifié, avec le concours de savants avocats présentant des points de vue opposés et représentant des parties ayant un réel intérêt dans l'issue du procès, et protégé (en dernier ressort) par la possibilité d'une annulation en appel, est capable de résoudre correctement tout litige. Si nous commençons à douter de cette prémisse pour le droit international, au motif que beaucoup de juges pourraient mal connaître ce domaine, qu'est-ce qui nous empêche d'en douter pour d'autres domaines moins connus du droit? (à la page 41).

[54] La jurisprudence n'est ni uniforme ni exempte d'ambiguïtés quant au traitement de l'opinion d'expert en ce qui concerne le droit international. Dans l'ensemble, cependant, je crois qu'il est raisonnable de dire que la jurisprudence a évolué vers l'exclusion de tels éléments de preuve. Il convient de noter que les appelantes, bien qu'elles fassent remarquer que les tribunaux canadiens ont [TRADUCTION] « à de nombreuses reprises » (observations écrites en réponse des appelantes, au paragraphe 41) entendu et invoqué des témoignages d'experts concernant le droit international, n'ont pu citer que deux décisions dans lesquelles les témoignages d'experts sur des questions de droit international ont été explicitement déclarés recevables : voir *Holding Tusculum B.V. c. S.A. Louis Dreyfus & Cie*, 2006 QCCS 2827 (CanLII), [2006] CarswellQue 5151 (WL Can.), au paragraphe 16; *Fédération des travailleurs du Québec (FTQ – Construction) c. Procureure générale du Québec*, 2018

discuss the issue thoroughly, and the same court expressly refused to follow the second one of these decisions in a more recent case: *Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c. Procureure générale du Québec*, 2020 QCCS 2496 (CanLII), at paragraph 22.

[55] The appellants have also referred the Court to a few cases where expert evidence on international law was adduced: see *Romania (State) v. Cheng*, 1997 CanLII 9914, 114 C.C.C. (3d) 289 (N.S. S.C.), affd 1997 CanLII 1949 119 C.C.C. (3d) 561 (N.S. C.A.); *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2010 NSSC 346 (CanLII), 85 C.C.E.L. (3d) 144, revd 2011 NSCA 73 (CanLII), 337 D.L.R. (4th) 668; *Saskatchewan v. Saskatchewan Federation of Labour*, 2012 SKQB 62 (CanLII), 254 C.R.R. (2d) 288, affd in part 2013 SKCA 43 (CanLII), 361 D.L.R. (4th) 132, affd in part 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245 (*Saskatchewan Federation of Labour)*; *Najafi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 FC 876, [2015] 1 F.C.R. 26, affd 2014 FCA 262, [2015] 4 F.C.R. 162; *Tracy v. The Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759 (CanLII), 400 D.L.R. (4th) 670. In none of these cases was the admissibility of the expert evidence discussed by the court. Moreover, the expert evidence was only briefly referred to in all of these cases, sometimes just to acknowledge that it was filed; in the two cases that reached the Supreme Court, there was no mention at all of the expert affidavit in one and a mere parenthesis ("See also affidavit of …") in the other (*Saskatchewan Federation of Labour*, at paragraph 65). Needless to say, the decisions on whether or not to file certain evidence to challenge the admissibility of each other's evidence are often tactical and made on a case-by-case basis, and do not amount to rulings as to the admissibility of such evidence. It is well established that courts will not generally raise *proprio motu* an objection to the admissibility of evidence: *Café Cimo Inc. v. Abruzzo Italian Imports Inc.*, 2014 FC 810, 462 F.T.R. 86, at paragraph 6; *Mallet v. Administrator of the Motor Vehicle Accident Claims Act*, 2002 ABCA 297, 15 Alta. L.R. (4th) 231, at paragraphs 57–58.

QCCS 4548 (CanLII), au paragraphe 20. La Cour supérieure du Québec, dans ces deux décisions rendues en première instance, n'a pas examiné la question de manière approfondie et c'est cette même cour qui, récemment, a expressément refusé de suivre la deuxième de ces décisions : *Fédération des policiers et policières municipaux du Québec c. Procureure générale du Québec*, 2020 QCCS 2496 (CanLII), au paragraphe 22.

[55] Les appelantes ont également renvoyé la Cour à quelques décisions dans lesquelles des témoignages d'experts concernant le droit international ont été produits : voir *Romania (State) v. Cheng*, 1997 CanLII 9914, 114 C.C.C. (3d) 289 (C.S. N.-É.), conf. par 1997 CanLII 1949, 119 C.C.C. (3d) 561 (C.A. N.-É.); *Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization*, 2010 NSSC 346 (CanLII), 85 C.C.E.L. (3d) 144, inf. par 2011 NSCA 73 (CanLII), 337 D.L.R. (4th) 668; *Saskatchewan v. Saskatchewan Federation of Labour*, 2012 SKQB 62 (CanLII), 254 C.R.R. (2d) 288, conf. en partie par 2013 SKCA 43 (CanLII), 361 D.L.R. (4th) 132, conf. en partie par 2015 CSC 4; [2015] 1 R.C.S. 245 (*Saskatchewan Federation of Labour)*; *Najafi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CF 876, [2015] 1 R.C.F. 26, conf. par 2014 CAF 262, [2015] 4 R.C.F. 162; *Tracy v. The Iranian Ministry of Information and Security*, 2016 ONSC 3759 (CanLII), 400 D.L.R. (4th) 670. La recevabilité des témoignages d'experts n'a été examinée dans aucune de ces décisions. De plus, dans toutes ces décisions, les témoignages d'experts n'ont été que brièvement mentionnés, parfois simplement pour prendre acte de leur présentation; en ce qui concerne les deux affaires qui se sont rendues devant la Cour suprême, l'affidavit d'expert n'a pas du tout été mentionné dans l'une des décisions et a fait l'objet d'une simple parenthèse (« voir également l'affidavit du [...] ») dans l'autre (*Saskatchewan Federation of Labour*, au paragraphe 65). Il va sans dire que les choix concernant le dépôt de certains éléments de preuve pour contester la recevabilité des éléments de preuve de la partie adverse sont souvent tactiques et faits au cas par cas, et ne constituent pas des décisions quant à l'admissibilité de tels éléments de preuve. Il est bien établi que les tribunaux n'ont pas l'habitude de soulever de leur propre initiative une objection à la recevabilité des éléments de preuve : *Café Cimo inc. c. Abruzzo Italian Imports inc.*, 2014 CF 810, au paragraphe 6; *Mallet v. Administrator of the Motor Vehicle Accident Claims*

Act, 2002 ABCA 297, 15 Alta. L.R. (4th) 231, aux paragraphes 57 et 58.

[56] On the other hand, expert evidence on international law has been rejected by this Court and the British Columbia Court of Appeal. In *Board of Internal Economy*, this Court struck out a law professor's affidavit purporting to show that parliamentary expenses fall outside the scope of the protection afforded to parliamentary privilege. In support of that proposition, the law professor relied on the experience of other Commonwealth countries, which in his view demonstrated that the administration of parliamentary expenses does not fall within the common law concept of parliamentary privilege. As pointed out by the appellants, while it is no doubt true that the issue of admissibility of expert evidence on international law was not squarely addressed, it remains that the affidavit was riddled with opinions relating to an allegedly "international global standard of constitutional law" (*Board of Internal Economy*, at paragraphs 6 and 21). The Court came to the conclusion that the affidavit was not a mere factual brief providing neutral information on comparative and foreign law, as argued by the appellants in that case, but was more in the nature of a legal opinion that was meant to advocate for the restrictive interpretation of parliamentary privilege advanced by the appellants. As the Court stated [at paragraph 23]:

> It cannot credibly be contended that the St-Hilaire affidavit is in the nature of a factual brief providing neutral information with respect to the historical development of the parliamentary privilege, and on comparative and foreign law. It reads like a legal opinion: it draws from Canadian and foreign sources to offer a conclusion which happens to support the respondent MPs' argument….

[56] En revanche, il est déjà arrivé à notre Cour et à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de rejeter des témoignages d'experts concernant le droit international. Dans l'arrêt *Bureau de régie interne*, notre Cour a radié l'affidavit d'un professeur de droit visant à montrer que les dépenses parlementaires sont considérées comme extérieures à la sphère du privilège parlementaire. À l'appui de cette thèse, le professeur de droit a cité l'expérience d'autres pays du Commonwealth, qui montrait selon lui que l'administration des dépenses parlementaires n'entre pas dans le concept de common law du privilège parlementaire. Comme l'ont souligné les appelants dans cet arrêt, même s'il était clair que la question de la recevabilité des témoignages d'experts concernant le droit international n'avait pas été directement abordée, il demeurait que l'affidavit était truffé d'opinions concernant une prétendue « norme mondiale de droit constitutionnel » (*Bureau de régie interne*, aux paragraphes 6 et 21). La Cour a conclu que l'affidavit n'était pas un simple exposé des faits offrant des renseignements neutres sur le droit comparé et le droit étranger, comme l'affirmaient les appelants dans cet arrêt, mais qu'il s'agissait plutôt d'un avis juridique en faveur d'une interprétation restrictive du privilège parlementaire invoqué par les appelants. La Cour a déclaré ce qui suit [au paragraphe 23] :

> On ne saurait prétendre que l'affidavit de M. St-Hilaire constitue un exposé des faits offrant des renseignements neutres sur l'évolution historique du privilège parlementaire ainsi que sur le droit comparé et le droit étranger. Il serait plutôt assimilable à un avis juridique, tirant d'éléments puisés à des sources canadiennes et étrangères une conclusion qui se trouve à appuyer la thèse des députés intimés…

[57] That decision is consistent with the notion that an expert cannot opine on a question of law (which must necessarily include questions of international law) to be decided by the Court, especially when that question is at the heart of the determination to be made to resolve the dispute between the parties: see the case law cited in *Board of Internal Economy*, at paragraph 18. The British Columbia Court of Appeal confirmed as much when called upon to deal explicitly with expert evidence pertaining to international law. In *R. v. Appulonappa*,

[57] Cet arrêt est compatible avec l'idée qu'un expert ne peut pas donner son avis sur une question de droit (ce qui doit obligatoirement inclure les questions de droit international) que doit trancher la Cour, en particulier lorsque cette question est au cœur de la décision à prendre pour régler le différend entre les parties : voir la jurisprudence citée dans l'arrêt *Bureau de régie interne*, au paragraphe 18. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a confirmé lorsqu'elle a été appelée à se prononcer explicitement sur des témoignages d'experts concernant

2014 BCCA 163, 373 D.L.R. (4th) 1, it stated (at paragraph 62):

> Finally, with respect to expert evidence, the respondents called Professor Dauvergne, who testified to issues of refugee law and policy. Mr. Dandurand, who was called by the Crown, gave evidence as an expert in human smuggling as a transnational crime. I agree with the respondents that, to the extent that both experts strayed into providing opinions on the interpretation and application of international law and s. 117 of the IRPA, their testimony was not properly admissible as these were questions of law for the court. I accordingly limit my consideration of their evidence to factual matters.

[58] More recently, a majority of this Court noted in *obiter* that the parties do not need to file experts' reports to establish international law, because the Court can take judicial notice of said law: *Turp v. Canada (Foreign Affairs)*, 2018 FCA 133, [2019] 1 F.C.R. 198, at paragraph 82. In coming to that conclusion, the Court relied on *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385 and *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, [1997] 2 F.C. 84 (T.D.) (*Jose Pereira*), and also on the decision of the Scottish High Court of Justiciary in *Lord Advocate's Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507.

[59] There may admittedly be few cases where Canadian courts have explicitly stated that they can take judicial notice of international law. There are, however, a number of Supreme Court cases where customary and conventional international norms were considered without any reference to supporting expert evidence. In my view, this speaks volumes as to the propriety of doing so: see, for example, *R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 (*Suresh*); *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Re Canada Labour Code*, [1992] 2 S.C.R.

le droit international. Voici ce qu'elle a déclaré dans l'arrêt *R. v. Appulonappa*, 2014 BCCA 163, 373 D.L.R. (4th) 1 (au paragraphe 62) :

> [traduction] Enfin, en ce qui concerne les témoignages d'experts, les intimés ont appelé le professeur Dauvergne à témoigner concernant des questions de droit et de politique relativement aux réfugiés. La Couronne a quant à elle appelé M. Dandurand à témoigner à titre d'expert en passage de clandestins en tant que crime transnational. Je conviens avec les intimés que, puisque les deux experts se sont égarés en formulant des opinions sur l'interprétation et l'application du droit international et de l'article 117 de la LIPR, leur témoignage n'était pas recevable étant donné qu'il s'agissait de questions de droit qu'il appartenait à la Cour de trancher. Par conséquent, mon examen de leur témoignage ne portera que sur les questions factuelles.

[58] Plus récemment, notre Cour à la majorité a fait remarquer de façon incidente qu'il n'est pas nécessaire pour les parties de déposer des rapports d'expertise pour faire la preuve du droit international puisque la Cour peut prendre connaissance judiciaire de ce droit : *Turp c. Canada (Affaires étrangères)*, 2018 CAF 133, [2019] 1 R.C.F. 198, au paragraphe 82. Pour arriver à cette conclusion, la Cour s'est appuyée sur l'arrêt *The Ship "North" v. The King* (1906), 37 S.C.R. 385, 1906 CanLII 80 (arrêt inédit en français), sur la décision *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, [1997] 2 C.F. 84 (1re inst.) (*Jose Pereira*), ainsi que sur la décision *Lord Advocate's Reference No. 1*, [2001] ScotHC 15 (BAILII), [2001] S.L.T. 507, rendue par la Haute Cour de Justice de l'Écosse.

[59] Certes, les cas dans lesquels des tribunaux canadiens ont indiqué de façon explicite qu'ils pouvaient prendre d'office connaissance du droit international sont peu nombreux. Il existe cependant plusieurs arrêts dans lesquels la Cour suprême a pris en compte des normes coutumières et conventionnelles internationales sans se reporter à des témoignages d'experts à l'appui. À mon avis, cela montre bien qu'il est approprié de procéder ainsi : voir, par exemple, *R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 (*Suresh*); *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Succession Ordon c. Grail*,

50; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Reference re Newfoundland Continental Shelf*, [1984] 1 S.C.R. 86; *Reference Re: Offshore Mineral Rights*, [1967] S.C.R. 792; *The Municipality of the City and County of Saint-John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al*., [1958] S.C.R. 263.

[60] Even more to the point are those cases where Canadian courts interpreted various provisions of international treaties ratified and implemented by Canada without resorting to any expert evidence. In *Pan American World Airways Inc. v. The Queen et al.*, [1979] 2 F.C. 34, 1979 CanLII 4179 (T.D.), at pages 274–275, affd 1980 CanLII 2610, 120 D.L.R. (3d) 574 (F.C.A.) and [1981] 2 S.C.R. 565, 1981 CanLII 215, for example, the Federal Court found that expert evidence as to the proper interpretation of the *Convention on International Civil Aviation*, 7 December 1944, [1944] Can. T.S. No. 36, 15 U.N.T.S. 295 (*Chicago Convention*) was inadmissible. Interestingly, the Court nevertheless agreed to consider it on the assumption that counsel would have adopted it as argument. Similarly, the Supreme Court applied two provisions of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, 1155 U.N.T.S. 331 (*Vienna Convention*) without resorting to any expert evidence: see *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19, [2010] 1 S.C.R. 649 (*Yugraneft*), at paragraphs 19 and 21; *Office of the Children's Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398, at paragraph 35. Especially relevant for our purposes is the decision of the Supreme Court in *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340 (*Thibodeau*), where Article 29 and other provisions of the Montreal Convention were interpreted without the need for any expert evidence.

[61] Counsel for the appellants argued that the Attorney General has adduced expert evidence in a number of cases, and should therefore be estopped from arguing that expert evidence on international law is inadmissible. In support of their argument, they referred

[1998] 3 R.C.S. 437; *Re Code canadien du travail*, [1992] 2 R.C.S. 50; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Renvoi relatif au plateau continental de Terre-Neuve*, [1984] 1 R.C.S. 86; *Reference Re : Offshore Mineral Rights*, [1967] S.C.R. 792; *The Municipality of the City and County of Saint-John et al. v. Fraser-Brace Overseas Corporation et al*., [1958] S.C.R. 263.

[60] Mais ce qui est encore plus important, ce sont les cas dans lesquels les tribunaux canadiens ont interprété, sans avoir recours à des témoignages d'experts, diverses dispositions de traités internationaux ratifiés et mis en application par le Canada. Par exemple, dans l'arrêt *Pan American World Airways Inc. c. La Reine*, [1979] 2 C.F. 34, 1979 CanLII 4179 (1re inst.), aux pages 274 et 275, conf. par 1980 CanLII 2610 (C.A.F.) et [1981] 2 R.C.S. 565, 1981 CanLII 215, la Cour fédérale a conclu que les témoignages d'experts quant à l'interprétation correcte de la *Convention relative à l'aviation civile internationale*, 7 décembre 1944, [1944] R.T. Can. no 36, 15 R.T.N.U. 295 (*Convention de Chicago*), n'étaient pas recevables. Il est intéressant de constater que la Cour a néanmoins accepté d'examiner ces témoignages en tenant pour acquis que les avocats s'en seraient servi comme arguments. De même, la Cour suprême a appliqué deux dispositions de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. no 37, 1155 R.T.N.U. 331 (*Convention de Vienne*), sans avoir recours à des témoignages d'expert : voir *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, 2010 CSC 19, [2010] 1 R.C.S. 649 (*Yugraneft*), aux paragraphes 19 et 21; *Bureau de l'avocat des enfants c. Balev*, 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398, au paragraphe 35. L'arrêt *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340 (*Thibodeau*), de la Cour suprême est particulièrement pertinent puisque l'article 29 et d'autres dispositions de la Convention de Montréal y ont été interprétés sans qu'il ait été nécessaire de recourir à des témoignages d'experts.

[61] Les avocats des appelantes ont fait valoir que le procureur général avait produit des témoignages d'experts dans de nombreux dossiers et que l'on devrait donc l'empêcher d'affirmer que les témoignages d'experts concernant le droit international ne sont pas recevables.

the Court to a number of cases where international law experts have been called by the Attorney General, on his own motion or otherwise, to provide reports or affidavit evidence on various issues of international law. Of course, I agree with the appellants that the Attorney General should strive for consistency in the interpretation of the laws upon which he relies in the various courts of the country in the fulfilment of his responsibilities.

[62] The appellants' argument is essentially that having led expert evidence of international law in other cases, the Attorney General is estopped from objecting to the introduction of similar evidence by other parties. While I agree that the Attorney General stands in a unique position before the Courts, as a practical matter it is not possible to compare what the Attorney General has done in any other case and what is being done in the case before this Court. Counsel make evidentiary decisions on the basis of the facts upon which a case turns. It is not for the Court to audit the facts of every case in which an issue has arisen to determine if the Attorney General is being consistent in the treatment of that same issue.

[63] Moreover, even if practice was relevant, the decisions to file evidence and to raise objections to the admissibility of evidence are made on a case-by-case basis, very often for tactical purposes. Each case raises different issues and requires judges to make different judgment calls on all sorts of issues including the type of evidence to be admitted. In some cases, for example, the evidence was of a historical nature (*R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, at page 795), related to the preparatory work of a treaty (*Quebec (Minister of Justice) v. Canada (Minister of Justice)*, 2003 CanLII 52182, 228 D.L.R. (4th) 63 (Q.C. C.A.)), or consisted of expert reports appended to a factum in a reference (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217). A sample of a dozen cases over the course of thirty years is certainly not sufficient to establish any kind of practice, especially in light of the other numerous cases where the Attorney General chose not to file expert evidence on international law: see, for example, *Kazemi Estate v. Islamic Republic*

À l'appui de leur argument, ils ont attiré l'attention de la Cour sur plusieurs affaires dans lesquelles des experts en droit international ont été appelés à témoigner par le procureur général, de sa propre initiative ou autrement, afin de fournir des rapports ou des éléments de preuve par affidavit concernant diverses questions de droit international. Je conviens bien sûr avec les appelantes que le procureur général devrait tâcher d'être cohérent quant à l'interprétation des lois sur lesquelles il s'appuie pour s'acquitter de ses responsabilités devant les divers tribunaux canadiens.

[62] En somme, selon l'argument avancé par les appelantes, le procureur général devrait être empêché de s'opposer à la production d'éléments de preuve similaires par d'autres parties. Je conviens que le procureur général occupe une situation particulière devant les tribunaux, mais il est pratiquement impossible de faire la comparaison entre les stratégies adoptées par le procureur général dans d'autres affaires et celles qu'il adopte en l'espèce, devant la Cour. Les avocats prennent, en ce qui concerne la preuve, des décisions selon les faits dont les affaires dépendent. Il n'appartient pas à la Cour de recenser les faits de chaque affaire où une telle question aurait été soulevée pour déterminer si le procureur général a traité la question de la même façon chaque fois.

[63] De plus, même si l'usage était pertinent, les décisions de produire des éléments de preuve et de soulever des objections quant à la recevabilité des éléments de preuve sont prises au cas par cas et, très souvent, à des fins tactiques. Chaque affaire soulève des questions différentes et oblige les juges à se prononcer de façon différente sur toutes sortes de questions, y compris sur le type d'éléments de preuve à admettre. Dans certains cas, par exemple, les éléments de preuve étaient de nature historique (*R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la page 795), concernaient les travaux préliminaires à une convention internationale (*Québec (Ministre de la Justice) c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2003 CanLII 52182, [2003] R.J.Q. 1118 (C.A. Qué.)) ou consistaient en des rapports d'expertise annexés à un mémoire dans un renvoi (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217). Un échantillon d'une dizaine de décisions rendues au cours des trente dernières années ne permet certainement pas d'établir un quelconque usage, surtout

of Iran, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431 (*Febles*); *Hape*; *Suresh*.

[64] For all of the above reasons, I am therefore of the view that courts ought to take judicial notice of customary international law and of treaties that have been ratified and implemented in Canadian law. As the Supreme Court recognized in *Nevsun Resources Ltd. v. Araya*, 2020 SCC 5, [2020] 1 S.C.R. 166 (at paragraphs 94–98), customary international law is to be treated as the law of Canada, and as such must be judicially noticed without the need of any expert evidence. I see no reason, either principled or practical, to distinguish between customary international law and treaties that have been implemented in Canadian law. For all intents and purposes, both are incorporated into Canadian law and judges are expected to treat them as law, not as fact. The trend of the case law to which I have referred in the preceding paragraphs clearly points in that direction. Indeed, that trend can be traced back as far as the decision of the Federal Court in *Jose Pereira*, where one of the arguments put forward by the plaintiffs was that regulations adopted pursuant to the *Coastal Fisheries Protection Act*, R.S.C., 1985, c. C-33 were beyond the authority of the Governor in Council. Ruling on a motion to strike portions of the statements of claim filed by the defendants, Justice MacKay first summarized the principles concerning the application of international law in our courts, and then went on with the issue of pleadings as it relates to international law:

> That issue [the *vires* of the Regulations], one fundamental to these proceedings, may be raised without reference in the pleadings or particulars to specific international treaties or conventions which, in so far as they are considered a source of law, will be applied in the action only if they are incorporated in Canadian domestic law by legislation specifically so providing. To the extent that international conventions or treaties are considered authority for international law principles, it is unnecessary to plead

compte tenu des nombreux cas dans lesquels le procureur général a choisi de ne pas faire entendre des experts sur le droit international : voir, par exemple, *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431 (*Febles*); *Hape*; *Suresh*.

[64] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis que les tribunaux doivent prendre d'office connaissance du droit international coutumier et des traités qui ont été ratifiés et mis en application en droit canadien. Comme l'a reconnu la Cour suprême dans l'arrêt *Nevsun Resources Ltd. c. Araya*, 2020 CSC 5, [2020] 1 R.C.S. 166 (aux paragraphes 94 à 98), le droit international coutumier doit être considéré comme du droit canadien et, en tant que tel, doit faire l'objet d'une connaissance d'office sans qu'aucune preuve d'expert ne soit nécessaire. Je ne vois aucune raison, fondée sur des principes ou sur la logique, de faire une distinction entre le droit international coutumier et les traités qui ont été mis en application dans le droit canadien. En effet, les deux sont incorporés dans le droit canadien et les juges sont censés les traiter comme du droit, et non comme des faits. La tendance de la jurisprudence à laquelle j'ai renvoyé dans les paragraphes précédents va clairement dans ce sens. Cette tendance remonte à la décision *Jose Pereira* de la Cour fédérale, où l'un des arguments avancés par les demandeurs était que le règlement adopté en vertu de la *Loi sur la protection des pêches côtières*, L.R.C. (1985), ch. C-33, outrepassait la compétence du gouverneur en conseil. Se prononçant sur une requête en radiation de passages des déclarations déposées par les défendeurs, le juge MacKay a commencé par résumer les principes d'application du droit international devant nos tribunaux, avant d'examiner la question de la déclaration en ce qui a trait au droit international :

> Cette question [la légalité du Règlement], peut être soulevée sans qu'il soit nécessaire de mentionner dans la déclaration ou dans les précisions des traités ou des conventions internationaux spécifiques qui, dans la mesure où ils sont considérés comme une source de droit, seront appliqués dans l'action uniquement s'ils sont intégrés dans les règles de droit interne du Canada aux termes d'une disposition législative explicite. Dans la mesure où les conventions ou traités internationaux sont considérés

them specifically, in the same way that it is unnecessary to plead other authority, e.g., jurisprudence or legislation, and such pleading is not of facts, the essence of pleading, but of law, which is not to be pleaded… (at page 101) [Emphasis added.]

[65] Expert evidence on international law, just like expert evidence on any issue of domestic law, should therefore not be countenanced. Counsel should make submissions on international law themselves, without resorting to the added credibility of an expert. Of course, a learned article canvassing some of the legal issues in an expert opinion could, if published, be put before the Court, along with case law and other types of legal sources. But international law should definitely not be pleaded as a fact, to be proven by way of affidavit or testimonial evidence, especially when the objective is to provide legal conclusions on the very issue that is at the core of the dispute between the parties.

[66] On the basis of that principle, I agree with the Attorney General that paragraphs 47, 59–91 and 115 of Professor Mendes de Leon's affidavit, and paragraphs 28–41 of Professor Dempsey's affidavit should be struck out. Contrary to the appellants' submission, they address issues that are matters of argument to be decided by the judge, and not matters of fact. The normative content of international law falls within the bailiwick of the court's exclusive jurisdiction.

[67] It is one thing to adduce evidence on foreign legislation and decisions as Professor Correia does in his affidavit, and it is another to opine on the consistency of that foreign law with the Montreal Convention, thereby at least indirectly interpreting the scope of the Convention and of the exclusivity principle contained therein. When Professors Mendes de Leon and Dempsey cross that line, they usurp the role of the Court because this is precisely the question that we are being asked to adjudicate. It is ultimately for the Court to determine whether the state practice adduced by the parties through their expert is or is not in conformity with the Montreal

comme une source des principes de droit international, il n'est pas nécessaire de les plaider de façon spécifique, de la même façon qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer d'autres sources, p. ex., des jugements ou des lois, et cette allégation ne concerne pas des faits, mais des points de droit, qui ne doivent pas être plaidés. (à la page 101) [Non souligné dans l'original.]

[65] Tout comme les témoignages d'experts sur les questions de droit interne, les témoignages d'experts concernant le droit international ne devraient pas être acceptés. Les avocats devraient formuler eux-mêmes des observations sur le droit international, sans avoir recours à un témoin expert pour ajouter de la crédibilité à leurs arguments. Bien sûr, un article de doctrine qui exposerait les opinions d'experts sur des questions juridiques pourrait, s'il est publié, être présenté à la Cour au même titre que la jurisprudence et d'autres types de sources juridiques. Cependant, le droit international ne devrait certainement pas être invoqué comme un simple fait, à établir au moyen d'un affidavit ou de preuve testimoniale, tout particulièrement si le but est de présenter des conclusions juridiques sur la question qui est précisément au cœur du litige entre les parties.

[66] Compte tenu de ce principe, je conviens avec le procureur général qu'il faut radier les paragraphes 47, 59 à 91 et 115 de l'affidavit de M. Mendes de Leon, ainsi que les paragraphes 28 à 41 de l'affidavit de M. Dempsey. Contrairement à ce qu'affirment les appelantes, ces paragraphes abordent des questions à débattre que le juge doit trancher, et non des questions de fait. Le contenu normatif du droit international relève de la compétence exclusive de la Cour.

[67] C'est une chose que de présenter des éléments de preuve concernant le droit et les décisions d'autres pays comme le fait M. Correia dans son affidavit, mais c'en est une autre que de donner son avis quant à la compatibilité de ce droit étranger avec la Convention de Montréal, interprétant ainsi, du moins indirectement, la portée de la Convention et du principe d'exclusivité qui y est prévu. En franchissant cette ligne, MM. Mendes de Leon et Dempsey s'approprient le rôle de la Cour puisqu'il s'agit précisément de la question que les parties nous demandent de trancher. Au bout du compte, il revient à la Cour de décider si la pratique suivie par les

Convention, on the basis of its own interpretation of the ground covered by that Convention and of its Article 29.

[68] The evidence of foreign law introduced by Professor Correia will obviously not relieve the Attorney General of establishing that it amounts to "state practice" under the *Vienna Convention*. According to Article 38 of the *Statute of the International Court of Justice*, 26 June 1945, [1945] Can. T.S. No. 7, the main sources of international law are international conventions, international custom, general principles of law and, as subsidiary means for determining the law, judicial decisions and the writings of pre-eminent authors. State practice is not a source of international law and does not create, *per se*, international law obligations. It is rather factual, and it can be used as an aid in interpreting a treaty, pursuant to paragraph 31(3)(*b*) of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, [1980] Can. T.S. No. 37, 1155 U.N.T.S. 331. To qualify as "state practice", however, the foreign law relied upon must be "in the application of" and "consistent with" the treaty to which it relates. To the extent that the Attorney General intends to show that the State parties to the Montreal Convention do not consider that this Convention bars them from establishing air passenger protections similar to those included in the Canadian regime, he will have to demonstrate that the foreign law (a fact) is consistent with and in the application of the Convention, a matter of legal argument.

[69] Finally, the appellants' argument that they are entitled to challenge whether some or all of the foreign law the Attorney General wishes to rely on constitutes relevant state practice that can serve to interpret the Montreal Convention, must similarly be rejected. First of all, there is no doubt that the appellants are free to make that counter argument, but this is a matter of law and not of fact. This should be done by counsel, and not by way of expert evidence introduced by affidavit. Moreover, this submission is somewhat circular. State practice can

États présentée par les parties par l'entremise de leurs témoins experts est ou non conforme à la Convention de Montréal, en fonction de sa propre interprétation du champ régi par cette convention et de son article 29.

[68] De toute évidence, les éléments de preuve concernant le droit étranger présentés par M. Correia ne dispenseront pas le procureur général de l'obligation d'établir qu'il s'agit d'une « pratique des États » aux termes de la *Convention de Vienne*. Conformément à l'article 38 du *Statut de la Cour internationale de Justice*, 26 juin 1945, [1945] R.T. Can. nº 7, les principales sources de droit international sont les conventions internationales, la coutume internationale, les principes généraux de droit et, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, les décisions judiciaires et les écrits de sommités dans le domaine. La pratique des États n'est pas une source de droit international et ne crée pas, en tant que telle, d'obligations en droit international. Cette pratique est plutôt factuelle et peut être utilisée pour faciliter l'interprétation d'un traité, conformément à l'alinéa 31(3)*b*) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, [1980] R.T. Can. nº 37, 1155 R.T.N.U. 331. Toutefois, pour être qualifiée de « pratique [d'un] [État] », le droit étranger invoqué doit être « dans l'application » du traité auquel il se rapporte et « conformément à » ses dispositions. Si l'intention du procureur général est de montrer que les États parties à la Convention de Montréal ne considèrent pas que cette convention les empêche de mettre en place des dispositions de protection des passagers aériens semblables à celles que contient le régime canadien, il devra faire la preuve que le droit étranger (un fait) est conforme à cette convention et dans l'application de cette dernière, ce qui est une question d'argumentation juridique.

[69] Enfin, de la même manière, il convient de rejeter l'argument des appelantes selon lequel elles ont le droit de contester le fait qu'une partie ou l'ensemble du droit étranger sur lequel le procureur général souhaite s'appuyer constitue une pratique pertinente des États qui peut servir à interpréter la Convention de Montréal. Tout d'abord, les appelantes sont bien évidemment libres de formuler ce contre-argument, mais il s'agit d'une question de droit et non d'une question de fait. Cet argument devrait être avancé par les avocats et non exposé

only be characterized as incompatible with a convention once that convention has been interpreted. One cannot short-circuit this logical reasoning by opining from the outset that the foreign law is or is not in the application or in conformity with the Convention. In doing so, the appellants' experts pronounce on the consistency of the foreign law with the Montreal Convention on the basis of their own interpretation of that convention, which is precisely what must be demonstrated. Once again, this is a matter of law for this Court to decide and not an issue of fact upon which expert evidence is required.

[70] I will therefore proceed without taking into account the above-mentioned paragraphs of the affidavits of Professors Dempsey and Mendes de Leon. The expert evidence submitted by Professor Elmar M. Giemulla on behalf of the Attorney General, which was filed with the express purpose of responding to the expert affidavits of Professor Mendes de Leon and Professor Dempsey, will similarly be disregarded. I hasten to say, however, that counsel were free to make similar arguments in their oral presentations, and that the Court did consider all of the legal arguments as such.

IV. Standard of review

[71] The appellants do not challenge the validity of section 86.11 of the CTA, nor of any other of its provisions. The core of their challenges is that the minimum compensation scheme set out in the Regulations, insofar as it applies to international carriage, is *ultra vires* of the enabling provision found in section 86.11. Challenging the *vires* of a regulation is certainly a question of law. Indeed, section 41 of the CTA provides for an appeal from the Agency to this Court, with leave, only on questions of law and jurisdiction.

par l'intermédiaire de la preuve d'experts présentée par voie d'affidavit. De plus, il s'agit d'une observation quelque peu tautologique. Ce n'est qu'une fois qu'une convention a été interprétée qu'il est possible de dire que la pratique d'un État est compatible ou non avec cette convention. Il est impossible de contourner ce raisonnement logique en donnant dès le départ un avis selon lequel le droit étranger est ou n'est pas établi dans l'application de la Convention ou conformément à celle-ci. Ce faisant, les témoins experts des appelantes se prononcent sur la compatibilité du droit étranger avec la Convention de Montréal en se fondant sur leur propre interprétation de cette convention, ce qui est précisément ce qu'il faut établir. Encore une fois, il s'agit d'une question de droit que notre Cour doit trancher; il ne s'agit pas d'une question de fait pour laquelle des témoignages d'experts sont nécessaires.

[70] Je poursuivrai donc sans tenir compte des paragraphes mentionnés ci-dessus des affidavits MM. Dempsey et Mendes de Leon. La preuve d'expert soumise par M. Elmar M. Giemulla pour le procureur général, qui a été présentée en réponse directe aux affidavits d'expert de MM. Dempsey et Mendes de Leon, sera également écartée. Je m'empresse d'ajouter toutefois que les avocats étaient libres de présenter des arguments semblables dans leurs observations orales et que la Cour a tenu compte de tous les arguments juridiques comme tels.

IV. Norme de contrôle

[71] Les appelantes ne remettent pas en cause la validité de l'article 86.11 de la LTC, ni aucune autre disposition de cette loi. Le fond de leurs contestations est le fait que le régime d'indemnisation minimale prévu dans le Règlement, dans la mesure où il s'applique au transport international, outrepasse les pouvoirs conférés par la disposition habilitante prévue à l'article 86.11. La contestation de la légalité d'un règlement est certainement une question de droit. En effet, l'article 41 de la LTC prévoit qu'il est possible de faire appel d'une décision de l'Office devant notre Cour, avec l'autorisation de cette dernière, uniquement pour les questions de droit ou de compétence.

[72] A statutory right to appeal signals Parliament's intent for the appellate standards to apply, thereby rebutting the presumption of reasonableness: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraph 17. On appeal, questions of law attract the correctness standard: *Vavilov*, at paragraphs 36–37; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845, at paragraph 35; *Ward v. Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 SCC 43, [2021] 3 S.C.R. 176, 463 D.L.R. (4th) 567, at paragraph 24; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Transportation Agency)*, 2021 FCA 69, [2021] CarswellNat 947 (WL Can.), at paragraph 41. The task is therefore to interpret section 86.11 of the CTA to ascertain the statutory grant of power Parliament intended to afford the Agency, and then to interpret the text, context and purpose of the impugned provisions of the Regulations with a view to determining whether they fall within the purview of what Parliament authorized when it enacted section 86.11.

V. Analysis

A. *Is the minimum compensation to passengers required by the Regulations in the case of delay, cancellation, denial of boarding and lost or damaged baggage, when applied to international carriage by air, authorized by subparagraph 86.11(1)(b)(i) of the CTA and compatible with the Montreal Convention?*

[73] Relying on the presumptions of compliance with international law and of legislative coherence, the appellants submit that section 86.11 can and should be construed as only authorizing regulations that are consistent with Canada's obligation under international law.

[74] There is no doubt that Parliament must be presumed not to have intended to adopt legislation inconsistent with Canada's international obligations under treaty or customary international law: see, for example, *R. v. Appulonappa*, 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754, 478 N.R. 3, revg 2014 BCCA 163, 373 D.L.R. (4th) 1, at

[72] Un droit d'appel dénote l'intention du législateur que les cours de justice recourent aux normes applicables en appel, réfutant ainsi la présomption d'application de 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*), au paragraphe 17. Lors d'un appel, les questions de droit doivent faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte : *Vavilov*, aux paragraphes 36 et 37; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845, au paragraphe 35; *Ward c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43, [2021] 3 R.C.S. 176, au paragraphe 24; *Compagnie de chemin de fer Canadien Pacifique c. Canada (Office des transports)*, 2021 CAF 69, au paragraphe 41. Il faut donc interpréter l'article 86.11 de la LTC pour déterminer l'étendue des pouvoirs que le législateur avait l'intention de conférer à l'Office, puis pour interpréter le texte, le contexte et l'objet des dispositions contestées du Règlement afin de savoir si elles sont du domaine de ce que le législateur a autorisé lorsqu'il a adopté l'article 86.11.

V. Analyse

A. *L'indemnisation minimale des passagers prévue par le Règlement en cas de retard, d'annulation de refus d'embarquement ou de perte ou d'endommagement de bagages, lorsqu'on l'applique au transport aérien international, est-elle autorisée par le sous-alinéa 86.11(1)b)(i) de la LTC et est-elle compatible avec la Convention de Montréal?*

[73] Se fondant sur les présomptions de conformité au droit international et de cohérence législative, les appelantes prétendent que l'article 86.11 peut et doit être interprété comme autorisant uniquement les règlements qui cadrent avec l'obligation du Canada aux termes du droit international.

[74] Il faut incontestablement présumer que le législateur n'avait pas l'intention d'adopter une législation ne cadrant pas avec les obligations internationales du Canada aux termes du droit international coutumier ou conventionnel : voir, par exemple, *R. c. Appulonappa*, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754, infirmant 2014 BCCA

paragraph 40; *Hape*, at paragraphs 53–54; Ruth Sullivan, *The Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014, at paragraphs 18.5–18.7 (Sullivan). The Supreme Court explicitly reiterated this principle in the context of the Montreal Convention: see *Thibodeau*, at paragraphs 6 and 113. In the absence of clear language to the contrary, a statute must be construed as only authorizing subordinate legislation that is respectful of Canada's international obligations.

[75] The appellants also submit that the scope of the Agency's regulation-making authority under section 86.11 of the CTA is further constrained by the presumption of legislative coherence. Pursuant to that well established presumption, overlapping provisions from different statutes must be interpreted so as to avoid conflict wherever this is possible: *Thibodeau*, at paragraphs 89, 93 and 99; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, 420 D.L.R. (4th) 575, at paragraph 73; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, 88 D.L.R. (4th) 1 (*Oldman River*), at page 38; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2011, at page 365. What is true of statutes is also true of delegated legislation: regulations can neither conflict with their enabling legislation nor with any other act of the legislature: *Oldman River*, at page 38; Donald J.M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf, Toronto: Thomson Reuters Canada, 2022, at § 15:61. Since the Montreal Convention has the force of law in Canada as its provisions have been incorporated into Canadian law by subsection 2(2.2) of the CAA, the appellants argue that Parliament must be presumed not to have authorized the adoption of delegated legislation pursuant to section 86.11 that would be inconsistent with the Montreal Convention.

[76] On the basis of these two presumptions, the appellants contend that section 86.11 of the CTA can and must be construed in a manner that is consistent with the Montreal Convention, and that any regulations regarding compensation should apply only to domestic itineraries. In adopting the impugned provisions of the Regulations, which define air carriers' minimum obligations towards

163, 373 D.L.R. (4th) 1, au paragraphe 40; *Hape*, aux paragraphes 53 et 54; Ruth Sullivan, *The Construction of Statutes*, 6e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014, aux paragraphes 18.5 à 18.7 (Sullivan). La Cour suprême a rappelé ce principe de façon explicite dans le contexte de la Convention de Montréal : voir *Thibodeau*, aux paragraphes 6 et 113. À défaut d'une disposition contraire claire, une loi doit être interprétée comme n'autorisant que les mesures législatives subordonnées qui respectent les obligations internationales du Canada.

[75] Les appelantes prétendent également que la présomption de cohérence législative réduit encore plus le pouvoir de réglementation de l'Office aux termes de l'article 86.11 de la LTC. Conformément à cette présomption bien reconnue, si des dispositions de différentes lois se chevauchent, leur interprétation doit faire en sorte d'éviter les contradictions, dans la mesure du possible : *Thibodeau*, aux paragraphes 89, 93 et 99; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, au paragraphe 73; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, 1992 CanLII 110 (*Oldman River*), à la page 38; Pierre-André Côté. *Interprétation des lois*, 4e éd. Montréal : Thémis, 2009, à la page 395. Ce qui est vrai pour les lois l'est également pour la législation déléguée : les règlements ne peuvent être incompatibles ni avec leurs lois habilitantes, ni avec toute autre loi de la législature : *Oldman River*, à la page 38; Donald J. M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters Canada, 2022, au paragraphe 15 :61. La Convention de Montréal ayant force de loi au Canada puisque ses dispositions ont été incorporées dans le droit canadien par le paragraphe 2(2.2) de la LTA, les appelantes affirment qu'il faut présumer que le législateur n'a pas autorisé l'adoption d'une législation déléguée, conformément à l'article 86.11, qui ne cadrerait pas avec la Convention de Montréal.

[76] Les appelantes se fondent sur ces deux hypothèses pour soutenir que l'article 86.11 de la LTC peut et doit être interprété d'une manière conforme à la Convention de Montréal, et que les règlements concernant l'indemnisation ne doivent s'appliquer qu'aux voyages au Canada. Les appelantes estiment que l'Office, en adoptant les dispositions contestées du Règlement, qui définissent les

passengers in relation to both domestic and international flights, the appellants are of the view that the Agency went beyond the true scope of the authority conferred by section 86.11, when properly interpreted in light of the above-mentioned presumptions.

[77] The Attorney General retorts that the interpretative presumptions are of no assistance to the appellants, since they cannot be used to alter the clear language of section 86.11 which directs the Agency to make regulations that set minimum compensation for inconvenience in the case of delay, cancellation and denial of boarding for both domestic and international flights. To the extent that there is a conflict between the Regulations, as mandated by subparagraph 86.11(1)(b)(i) of the CTA and subsection 2(2.1) of the CAA, which incorporates the Montreal Convention, the former should therefore prevail.

[78] At this stage, and before turning to the merits of these arguments, it is worth reproducing section 86.11 in its entirety:

Regulations — carrier's obligations towards passengers

86.11 (1) The Agency shall, after consulting with the Minister, make regulations in relation to flights to, from and within Canada, including connecting flights,

(a) respecting the carrier's obligation to make terms and conditions of carriage and information regarding any recourse available against the carrier, as specified in the regulations, readily available to passengers in language that is simple, clear and concise;

(b) respecting the carrier's obligations in the case of flight delay, flight cancellation or denial of boarding, including

(i) the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet and the minimum compensation the carrier is required to pay for inconvenience when the delay, cancellation or denial of boarding is within the carrier's control,

(ii) the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet when

obligations minimales des transporteurs aériens envers les passagers en ce qui concerne les vols intérieurs et internationaux, a excédé les limites du pouvoir conféré par l'article 86.11, lorsqu'il est correctement interprété compte tenu des hypothèses ci-dessus.

[77] Le procureur général rétorque que les présomptions d'interprétation ne sont d'aucune utilité aux appelantes puisqu'elles ne peuvent pas être utilisées pour modifier le libellé clair de l'article 86.11 qui oblige l'Office à prendre un règlement fixant une indemnité minimale pour les inconvénients subis en cas de retard, d'annulation de vol et de refus d'embarquement pour les vols intérieurs et les vols internationaux. Dans la mesure où il existe une incompatibilité entre le Règlement, conformément au sous-alinéa 86.11(1)b)(i) de la LTC, et le paragraphe 2(2.1) de la LTA, qui tient compte de la Convention de Montréal, c'est donc l'article 86.11 qui doit l'emporter.

[78] À ce stade et avant d'examiner le fond de ces arguments, il convient de reproduire intégralement l'article 86.11 :

Règlements — obligations des transporteurs aériens envers les passagers

86.11 (1) L'Office prend, après consultation du ministre, des règlements relatifs aux vols à destination, en provenance et à l'intérieur du Canada, y compris les vols de correspondance, pour :

a) régir l'obligation, pour le transporteur, de rendre facilement accessibles aux passagers en langage simple, clair et concis les conditions de transport — et les renseignements sur les recours possibles contre le transporteur — qui sont précisés par règlements;

b) régir les obligations du transporteur dans les cas de retard et d'annulation de vols et de refus d'embarquement, notamment :

(i) les normes minimales à respecter quant au traitement des passagers et les indemnités minimales qu'il doit verser aux passagers pour les inconvénients qu'ils ont subis, lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement lui est attribuable,

(ii) les normes minimales relatives au traitement des passagers que doit respecter le transporteur

the delay, cancellation or denial of boarding is within the carrier's control, but is required for safety purposes, including in situations of mechanical malfunctions,

(iii) the carrier's obligation to ensure that passengers complete their itinerary when the delay, cancellation or denial of boarding is due to situations outside the carrier's control, such as natural phenomena and security events, and

(iv) the carrier's obligation to provide timely information and assistance to passengers;

lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement lui est attribuable, mais est nécessaire par souci de sécurité, notamment en cas de défaillance mécanique,

(iii) l'obligation, pour le transporteur, de faire en sorte que les passagers puissent effectuer l'itinéraire prévu lorsque le retard, l'annulation ou le refus d'embarquement est attribuable à une situation indépendante de sa volonté, notamment un phénomène naturel ou un événement lié à la sécurité,

(iv) l'obligation, pour le transporteur, de fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun aux passagers;

(c) prescribing the minimum compensation for delayed, lost or damaged baggage that the carrier is required to pay;

c) prévoir les indemnités minimales à verser par le transporteur aux passagers en cas de retard, de perte ou d'endommagement de bagage;

(d) respecting the carrier's obligation to facilitate the assignment of seats to children under the age of 14 years in close proximity to a parent, guardian or tutor at no additional cost and to make the carrier's terms and conditions and practices in this respect readily available to passengers;

d) régir l'obligation, pour le transporteur, de faciliter l'attribution, aux enfants de moins de quatorze ans, de sièges à proximité d'un parent ou d'un tuteur sans frais supplémentaires et de rendre facilement accessibles aux passagers ses conditions de transport et pratiques à cet égard;

(e) requiring the carrier to establish terms and conditions of carriage with regard to the transportation of musical instruments;

e) exiger du transporteur qu'il élabore des conditions de transport applicables au transport d'instruments de musique;

(f) respecting the carrier's obligations in the case of tarmac delays over three hours, including the obligation to provide timely information and assistance to passengers, as well as the minimum standards of treatment of passengers that the carrier is required to meet; and

f) régir les obligations du transporteur en cas de retard de plus de trois heures sur l'aire de trafic, notamment celle de fournir des renseignements et de l'assistance en temps opportun aux passagers et les normes minimales à respecter quant au traitement des passagers;

(g) respecting any of the carrier's other obligations that the Minister may issue directions on under subsection (2).

g) régir toute autre obligation du transporteur sur directives du ministre données en vertu du paragraphe (2).

Ministerial directions

(2) The Minister may issue directions to the Agency to make a regulation under paragraph (1)(g) respecting any of the carrier's other obligations towards passengers. The Agency shall comply with these directions.

Directives ministérielles

(2) Le ministre peut donner des directives à l'Office lui demandant de régir par un règlement pris en vertu de l'alinéa (1)g) toute autre obligation du transporteur envers les passagers. L'Office est tenu de se conformer à ces directives.

Restriction

(3) A person shall not receive compensation from a carrier under regulations made under subsection (1) if that person

Restriction

(3) Nul ne peut obtenir du transporteur une indemnité au titre d'un règlement pris en vertu du paragraphe (1) dans

has already received compensation for the same event under a different passenger rights regime than the one provided for under this Act.

Obligations deemed to be in tariffs

(4) The carrier's obligations established by a regulation made under subsection (1) are deemed to form part of the terms and conditions set out in the carrier's tariffs in so far as the carrier's tariffs do not provide more advantageous terms and conditions of carriage than those obligations.

le cas où il a déjà été indemnisé pour le même événement dans le cadre d'un autre régime de droits des passagers que celui prévu par la présente loi.

Obligations réputées figurer au tarif

(4) Les obligations du transporteur prévues par un règlement pris en vertu du paragraphe (1) sont réputées figurer au tarif du transporteur dans la mesure où le tarif ne prévoit pas des conditions de transport plus avantageuses que ces obligations.

[79] The Attorney General submits that conflicts between subordinate legislation, such as the Regulations, and another statute (i.e. not the enabling statute) should be resolved using the rules for resolving conflicts between statutes. Because section 86.11 of the CTA is more specific and more recent than subsection 2(2.1) of the CAA, the former should accordingly prevail in case of conflict. In my view, this analogy is not entirely apposite.

[80] It is no doubt true that subsection 2(2.1) of the CAA which generally incorporates the provisions of the Montreal Convention insofar as they relate to "the rights and liabilities" of various actors involved in air transportation, is on its face less precise than the detailed obligations and compensation provided for by section 86.11 of the CTA. Subsection 2(2.1) of the CAA is only meant to be a short hand reference to the various provisions of the Montreal Convention dealing with the rights and liabilities of carriers, passengers and other persons covered by the Convention, not a full-fledged description of these rights and liabilities. For that, one must refer to the Convention itself. And the Convention can hardly be said to be less specific than the CTA.

[81] More importantly, form must not prevail over substance. What is at stake here is not merely a conflict between a regulation (and, by extension, its enabling statute) and any other statute, as the Attorney General would have it, but between a domestic regulation and an international treaty that has been ratified and incorporated in domestic law. The focus of the inquiry cannot be the implementing legislation, but the treaty itself. This is clearly not a case of conflict between an enabling statute and another statute.

[79] Le procureur général affirme que les incompatibilités entre la législation subordonnée, comme le Règlement, et une autre loi (c.-à-d. une loi autre que la loi habilitante) doivent être résolues au moyen des règles de résolution des conflits entre lois. L'article 86.11 de la LTC devrait l'emporter en cas d'incompatibilité puisqu'il est plus précis et plus récent que le paragraphe 2(2.1) de la LTA. À mon avis, cette analogie n'est pas tout à fait pertinente.

[80] Certes, le paragraphe 2(2.1) de la LTA, qui intègre de façon générale les dispositions de la Convention de Montréal relativement « aux droits et responsabilités » de divers acteurs du transport aérien, est à première vue moins précis que l'article 86.11 de la LTC où figurent les indemnités et obligations détaillées. Le paragraphe 2(2.1) de la LTA n'est qu'un résumé des diverses dispositions de la Convention de Montréal relativement aux droits et aux responsabilités des transporteurs, des passagers et d'autres personnes qu'elle vise, et non une description complète de ces droits et responsabilités. C'est la Convention de Montréal qu'il faut consulter pour avoir une description complète et on peut difficilement affirmer qu'elle est moins précise que la LTC.

[81] Plus important encore, la forme ne doit pas l'emporter sur le fond. L'enjeu en l'espèce n'est pas simplement une incompatibilité entre un règlement (et, par extension, sa loi habilitante) et n'importe quelle autre loi, comme le prétend le procureur général, mais entre une réglementation nationale et un traité international qui a été ratifié et intégré dans le droit interne. C'est sur le traité lui-même, et non sur la législation de mise en œuvre, que doit porter l'analyse. Il ne s'agit manifestement pas d'un cas d'incompatibilité entre une loi habilitante et une autre loi.

[82] The real question to be resolved, therefore, is whether the wording of the Regulations is clear enough to prevail over the Convention in the event that a conflict is found between these two legal instruments. To address that question, the ordinary rules of conflict between statutes (or between statute and regulation) cannot be resorted to.

[83] As mentioned earlier, it is a well-established principle of statutory interpretation that legislation is presumed to be in conformity with Canada's international obligations under treaty or customary international law. For that reason, courts will strive to avoid constructions of domestic law that would result in violation of those obligations, unless it is unavoidable. To come to that conclusion, the statute must demonstrate "an unequivocal legislative intent to default on an international obligation": *Hape*, at paragraph 53.

[84] The Supreme Court expanded on the notion of conflicting legislation in *Thibodeau*, precisely in a context involving the Montreal Convention. In that case, the Supreme Court made it clear that a conflict will be found when two provisions are "incapable of standing together", and when "the application of one law excludes the application of the other": *Thibodeau*, at paragraphs 94 and 96. The Court went on to say that overlapping provisions do not necessarily conflict, so long as they can both apply, unless there is evidence to the effect that one of the provisions was meant to provide an exhaustive declaration of the applicable law: *Thibodeau*, at paragraph 98. Since interpretations which result in conflict should be eschewed as much as possible unless it is unavoidable, courts will be "slow to find that broadly worded provisions were intended to be an exhaustive declaration of the applicable law where the result of that conclusion creates rather than avoids conflict": *Thibodeau*, at paragraph 99.

[85] Applying these principles, the majority in *Thibodeau* found that the Montreal Convention does not permit an award of damages for breach of language rights during international carriage by air, and that to hold otherwise would be both contrary to the text and purpose

[82] La vraie question à résoudre est donc de savoir si le libellé du Règlement est suffisamment clair pour l'emporter sur la Convention de Montréal en cas d'incompatibilité entre ces deux instruments juridiques. Pour répondre à cette question, il est impossible de recourir aux règles ordinaires de résolution des conflits entre lois.

[83] Comme nous l'avons mentionné précédemment, il est bien établi en matière d'interprétation législative que les lois sont réputées conformes aux obligations internationales du Canada aux termes du droit international coutumier ou conventionnel. Les tribunaux s'efforceront donc d'éviter des interprétations du droit interne qui donneraient lieu à un manquement à ces obligations, à moins que cela ne soit inévitable. Pour en venir à cette conclusion, la loi doit exprimer « l'intention non équivoque du législateur de manquer à une obligation internationale » : *Hape*, au paragraphe 53.

[84] La Cour suprême a précisé la notion d'incompatibilité des textes législatifs dans l'arrêt *Thibodeau*, précisément dans un contexte mettant en cause la Convention de Montréal. Dans cet arrêt, la Cour suprême a clairement indiqué qu'il existe un conflit lorsque deux dispositions « ne peuvent coexister », et que « l'application d'une loi exclut celle de l'autre » : *Thibodeau*, aux paragraphes 94 et 96. La Cour a ensuite déclaré que des dispositions qui se chevauchent ne sont pas nécessairement en conflit, pourvu qu'elles puissent toutes deux s'appliquer, à moins qu'il n'y ait une preuve qu'une des dispositions visait à énoncer de manière exhaustive le droit applicable : *Thibodeau*, au paragraphe 98. Étant donné que les interprétations qui donnent lieu à un conflit devraient être évitées dans la mesure du possible, les tribunaux « hésitent [...] à juger que des dispositions de portée générale sont censées énoncer de manière exhaustive le droit applicable si cette conclusion a pour effet de créer un conflit plutôt que de l'éviter » : *Thibodeau*, au paragraphe 99.

[85] En appliquant ces principes, les juges majoritaires dans l'arrêt *Thibodeau* ont conclu que la Convention de Montréal ne permet pas d'accorder des dommages-intérêts en cas de violation de droits linguistiques lors d'un transport aérien international, et que le fait de tirer

of that convention, and would be inconsistent with a "strong international consensus" concerning its scope and effect: *Thibodeau*, at paragraph 6. Accordingly, the majority interpreted the general remedial power under subsection 77(4) of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (the OLA), as not authorizing an award of damages so as to avoid a conflict that was not inescapable. The Supreme Court thereby confirmed the decision of this Court that there is no conflict between the two regimes, since a court must not award damages in circumstances to which the Montreal Convention applies when determining whether a remedy is "appropriate and just" under subsection 77(4) of the OLA.

[86] The appellants submit that the same reasoning should be followed in the case at bar, and that the Regulations should be interpreted so as not to apply to international flights, thereby avoiding any conflict with the rules governing damage liability of international air carriers under the Montreal Convention. The Attorney General disputes this approach and claims that it is inapplicable in the context of the present case, because the language of subsection 86.11(1) is prescriptive and specific and does not allow for an interpretation that would eschew a conflict if there is indeed a discrepancy between the Montreal Convention and the Regulations. According to the Attorney General, Parliament could not have made its intent clearer (by using the word "shall") when it required the Agency to make regulations that set minimum compensation for inconvenience in the case of delay, cancellation and denial of boarding for both domestic and international flights: CTA, at section 86.11; memorandum of fact and law of the Attorney General, at paragraph 40. There is therefore no room in his view to read down section 86.11 along the lines suggested by the appellants.

[87] I do not find this argument entirely convincing. Parliament is presumed not to intend to legislate in breach of Canada's international law obligations, and this presumption will only be displaced by clear and unequivocal wording. Such is not the case here. Quite

la conclusion contraire irait à l'encontre du libellé et de l'objet de cette convention, et n'irait pas dans le sens d'un « solide consensus international » sur sa portée et ses effets : *Thibodeau*, au paragraphe 6. Les juges majoritaires ont donc interprété le pouvoir de réparation conféré par le paragraphe 77(4) de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4e suppl.), ch. 31 (LLO), comme ne permettant pas l'octroi de dommages-intérêts afin d'éviter un conflit qui n'était pas incontournable. La Cour suprême a ainsi confirmé la décision de notre Cour selon laquelle il n'existe pas de conflit entre les deux régimes, puisqu'une cour ne doit pas octroyer de dommages-intérêts dans les cas où la Convention de Montréal s'applique, au moment de décider si une réparation est « convenable et juste » en application du paragraphe 77(4) de la LLO.

[86] Les appelantes font valoir que le même raisonnement devrait être suivi en l'espèce et que le Règlement devrait être interprété de façon à ne pas s'appliquer aux vols internationaux, ce qui éviterait tout conflit avec les règles régissant la responsabilité des transporteurs internationaux quant aux dommages-intérêts en application de la Convention de Montréal. Le procureur général conteste cette thèse et allègue qu'elle n'est pas applicable dans le contexte de l'espèce parce que le libellé du paragraphe 86.11(1) est prescriptif et précis et parce qu'il ne permet pas une interprétation qui éviterait un conflit s'il y a effectivement une divergence entre la Convention de Montréal et le Règlement. Le procureur général affirme que le législateur n'aurait pas pu indiquer plus clairement son intention (en utilisant le mot « *shall* » en anglais et le temps présent en français) lorsqu'il a obligé l'Office à prendre un règlement fixant une indemnité minimale pour les inconvénients subis en cas de retard, d'annulation de vol et de refus d'embarquement pour les vols intérieurs et les vols internationaux : article 86.11 de la LTC; mémoire des faits et du droit du procureur général, au paragraphe 40. Il est donc impossible, selon lui, d'interpréter l'article 86.11 de la manière proposée par les appelantes.

[87] Je ne trouve pas cet argument tout à fait convaincant. On présume que le législateur n'a pas l'intention de légiférer en manquant aux obligations du Canada aux termes du droit international; cette présomption ne sera écartée qu'au moyen d'un libellé clair et non équivoque.

to the contrary, subsection 78(1) of the CTA stipulates that the "powers conferred on the Agency by this Part [Part II – Air Transportation] shall be exercised in accordance with any international agreement, convention or arrangement relating to civil aviation to which Canada is a party". That provision appears to have transformed a presumption of statutory interpretation into an explicit legislative constraint, and it clearly applies to the new regulatory powers conferred on the Agency by section 86.11, which also falls within Part II of the CTA. The fact that the Regulations adopted pursuant to that section are made after consulting with the Minister does not detract from the fact that they are adopted in the exercise of the powers conferred on the Agency by the CTA. In any event, every regulation made by the Agency under the CTA must receive the approval of the Governor in Council: subsection 36(1) of the CTA. Had Parliament intended to authorize the Agency to adopt regulations in breach of the Montreal Convention, section 86.11 could have explicitly exempted the Agency from the constraint of section 78 [of the CTA].

[88] The Agency appears to share the view that the Regulations are meant to be respectful of Canada's international obligations. In the Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2018.I.4879 (RIAS) accompanying the Regulations, we find the following assertion relating to lost or damaged baggage [at page 4913]:

> Under the regime, liability limits established under the Montreal Convention for international travel would also apply to domestic flights, which would ensure consistency for travellers. This approach also recognizes that the regime cannot conflict with the Montreal Convention, which provides an exclusive scheme for international travel, a consideration that was emphasized by stakeholders generally…

[89] Curiously, we find no equivalent acknowledgement in the sections of the RIAS dealing with minimum compensation levels for delays and cancellations, denied boarding and tarmac delays. Yet one would be entitled to believe that if Canada cannot derogate from the Montreal Convention with respect to lost or damaged baggage, the same should be true for other heads

Ce n'est pas le cas en l'espèce. Bien au contraire, le paragraphe 78(1) de la LTC dispose que « l'exercice des attributions conférées à l'Office par la présente partie [partie II – Transport aérien] est assujetti aux ententes, conventions ou accords internationaux, relatifs à l'aviation civile, dont le Canada est signataire ». Cette disposition semble avoir transformé une présomption d'interprétation législative en une contrainte législative explicite, et elle s'applique manifestement aux nouveaux pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11, qui relève également de la partie II de la LTC. Le fait que les règlements adoptés en application de cet article le soient après consultation du ministre ne change rien au fait qu'ils sont adoptés en vertu des pouvoirs conférés à l'Office par la LTC. Quoi qu'il en soit, tout règlement pris par l'Office en vertu de la LTC est subordonné à l'agrément du gouverneur en conseil : paragraphe 36(1) de la LTC. Si le législateur avait eu l'intention de permettre à l'Office d'adopter des règlements allant à l'encontre de la Convention de Montréal, l'article 86.11 aurait pu exempter explicitement l'Office de la contrainte fixée par l'article 78 [de la LTC].

[88] L'Office semble aussi d'avis que le Règlement se veut conforme aux obligations internationales du Canada. L'affirmation suivante concernant les bagages perdus ou endommagés figure dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2018.I.4879 (REIR) qui accompagne le Règlement [à la page 4913] :

> Dans ce régime, les limites de responsabilité établies pour les vols internationaux en vertu de la Convention de Montréal seraient aussi appliquées aux vols intérieurs, ce qui assurerait une uniformité pour les voyageurs. Cette approche tient aussi compte du fait que le régime ne peut être en contradiction avec la Convention de Montréal qui définit un régime exclusif pour les voyages internationaux; un point mis de l'avant par la plupart des intervenants. …

[89] Étonnamment, aucune déclaration équivalente ne figure dans les sections du REIR portant sur les niveaux d'indemnisation minimaux pour les retards et les annulations de vols, les refus d'embarquement et les retards sur l'aire de trafic. On serait pourtant en droit de penser que si le Canada ne peut pas déroger à la Convention de Montréal en ce qui concerne les bagages perdus ou

of the liability regime put in place by the Regulations. What we find instead is that the standards of treatment and the minimum compensation levels for delays and cancellations are comparable to those established in the European Union regime and generally align with comments provided by the public and consumer advocates (Appeal Book, Vol. 2, at pages 420–421).

[90] Finally, the Attorney General argues that if the Agency had only required carriers to pay the compensation provided for by the Montreal Convention for international flights, limiting the minimum compensation found in the Regulations to domestic flights, as advocated by the appellants, Parliament would have merely mandated the Agency to make regulations duplicative of the CAA. I am not convinced that the principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28) is weightier than the strong presumption of compliance with international law. The case law is replete with clear statements that courts, when choosing among possible interpretations, must avoid an interpretation that would put Canada in breach of its international obligations: see Sullivan, at paragraph 18.6 and case law referred to.

[91] In any event, paragraph 23(1)(b) of the Regulations illustrates how the Agency could have exercised its authority in a manner consistent with the Montreal Convention by distinguishing between international and domestic flights. Pursuant to that paragraph, the compensation the carrier must provide for lost or damaged baggage is, "in cases where the *Carriage by Air Act* [i.e. the Montreal Convention] applies, the compensation payable in accordance with that Act". The Agency could have done the same in the case of flight cancellation, denied boarding or delay exceeding three hours. It is to be noted that paragraphs 86.11(1)(b) and (c) use the same language with respect to delay, cancellation, denial of boarding and lost or damaged baggage; in all cases, it mandates the Agency to prescribe the minimum compensation the carrier is required to pay.

endommagés, il devrait en aller de même pour le reste du régime de responsabilité instauré par le Règlement. On constate cependant que les normes de traitement et les indemnités minimales pour les retards et les annulations sont comparables à celles établies dans le régime de l'Union européenne et cadrent généralement avec les commentaires fournis par le public et les défenseurs des consommateurs (dossier d'appel, vol. 2, aux pages 420 et 421).

[90] Enfin, le procureur général affirme que si l'Office avait uniquement obligé les transporteurs à verser l'indemnité prévue par la Convention de Montréal pour les vols internationaux, limitant ainsi aux vols intérieurs l'indemnité minimale figurant dans le Règlement, comme le proposent les appelantes, le législateur aurait simplement obligé l'Office à prendre un règlement faisant double emploi avec la LTA. Je ne suis pas convaincu que le principe d'interprétation législative voulant qu'une disposition législative ne doive jamais être interprétée de façon telle qu'elle devienne superfétatoire (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 28) pèse plus que la forte présomption de conformité au droit international. La jurisprudence regorge de déclarations claires selon lesquelles, au moment de choisir parmi les interprétations possibles, les tribunaux doivent éviter une interprétation qui ferait en sorte que le Canada manque à ses obligations internationales : voir Sullivan, au paragraphe 18.6, et la jurisprudence mentionnée.

[91] Quoi qu'il en soit, l'alinéa 23(1)b) du Règlement montre de quelle façon l'Office aurait pu exercer son pouvoir d'une manière conforme à la Convention de Montréal en établissant une distinction entre les vols internationaux et les vols intérieurs. Conformément à cet alinéa, l'indemnité que le transporteur doit verser pour les bagages perdus ou endommagés est, « dans le cas où la *Loi sur le transport aérien* [c.-à-d. la Convention de Montréal] s'applique, le montant de l'indemnité payable conformément à cette loi ». L'Office aurait pu faire la même chose dans le cas des annulations de vols, des refus d'embarquement et des retards dépassant trois heures. Il convient de souligner que les alinéas 86.11(1)b) et c) sont formulés de la même manière en ce qui concerne les retards, les annulations, les refus

[92] As for the argument that the interpretation suggested by the appellants would make section 86.11 superfluous, at least with respect to international air travel, it is not totally accurate. The Agency has various enforcement and oversight powers with respect to its regulations (see section 25, and paragraphs 33(1) and (4)), and may also sanction the contravention of its regulations with administrative monetary penalties (see section 177 of the CTA). These powers are not available under the *Carriage by Air Act*.

[93] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that in the event there is a conflict between the Regulations and the Montreal Convention, the former would have to be construed in a manner that is consistent with the latter. I can find nothing in section 86.11 or in its overall context suggesting that Parliament intended to require or authorize the making of regulations that are inconsistent with Canada's international obligations.

(1) The Montreal Convention

[94] Because the Montreal Convention is at the heart of this appeal, it is essential to deal with it in some detail. My task is made easier by virtue of the fact that the Supreme Court extensively reviewed that Convention and set out some interpretative considerations less than ten years ago in *Thibodeau*. I shall therefore draw heavily on that decision in the following paragraphs of these reasons.

[95] The Montreal Convention was adopted in 1999 and it applies to all international carriage by air, of persons, baggage or cargo. The expression "international carriage" is defined in Article 1(2) and essentially encompasses any flight or combination of flights constituting a passenger's journey of carriage by air (which may include flights between two points within Canada when combined with flights to or from Canada) that is

d'embarquement ainsi que les bagages perdus ou endommagés; dans tous les cas, l'Office doit prévoir les indemnités minimales à verser par le transporteur aux passagers.

[92] Il n'est pas tout à fait exact d'affirmer que l'interprétation proposée par les appelantes rendrait l'article 86.11 superflu, du moins en ce qui concerne le transport aérien international. L'Office jouit de divers pouvoirs d'exécution et de surveillance en ce qui concerne ses règlements (voir l'article 25 et les paragraphes 33(1) et (4)) et peut également imposer des sanctions en cas de contravention à ses règlements, au moyen de sanctions administratives pécuniaires (voir l'article 177 de la LTC). Ces pouvoirs ne sont pas prévus par la *Loi sur le transport aérien*.

[93] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'en cas d'incompatibilité entre le Règlement et la Convention de Montréal, il faudrait interpréter le Règlement d'une manière compatible avec la Convention de Montréal. À mon avis, rien dans l'article 86.11 ou dans son contexte général n'indique une intention du législateur d'exiger ou de permettre la prise de règlements incompatibles avec les obligations internationales du Canada.

1) La Convention de Montréal

[94] La Convention de Montréal étant au cœur du présent appel, il est essentiel de l'examiner de façon assez détaillée. Ma tâche est facilitée par le fait que la Cour suprême a examiné cette convention de façon approfondie et a exposé certaines considérations d'interprétation il y a moins de dix ans, dans l'arrêt *Thibodeau*. Je m'appuierai donc fortement sur cet arrêt dans les prochains paragraphes des présents motifs.

[95] La Convention de Montréal a été adoptée en 1999; elle s'applique à l'ensemble du transport aérien international, qu'il s'agisse de personnes, de bagages ou de marchandises. L'expression « transport international » est définie au paragraphe 1(2) et englobe essentiellement tout vol ou combinaison de vols constituant le parcours de transport aérien d'un passager (ce qui peut inclure des vols entre deux points au Canada, lorsqu'ils sont

intended to depart, arrive or stop in Canada, and depart, arrive or stop in another State party (or stop in any other country, should they depart and arrive in Canada).

[96] The Montreal Convention was meant to "modernize" its predecessor, the Warsaw Convention, which was signed in 1929 (see Preamble, Montreal Convention). Like the Warsaw Convention, its ultimate goal was to ensure the orderly development of international air transport operations and the smooth flow of passengers, baggage and cargo. Interestingly, the Montreal Convention also recognized in its Preamble "the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air and the need for equitable compensation based on the principle of restitution". This new consumer protective approach is evidenced notably by the abandonment of limits to liability for death and bodily injury, and by restrictions on the possibilities for the carrier to exonerate itself.

[97] As noted in *Thibodeau*, the *quid pro quo* between limiting air carriers' liability and facilitating consumers' claims that was apparent in the Warsaw Convention, was maintained in the Montreal Convention. In a nutshell, these Conventions impose a strict liability regime on air carriers for accidents causing passenger bodily injury, passenger death, passenger delay, and delay, damage to or loss of baggage. Under these regimes passengers do not bear the burden of proving fault to establish the air carriers' liability. In exchange, limits are imposed on the amounts payable by air carriers.

[98] It is worth at this stage to quote from the reasons of the majority in *Thibodeau* with respect to the threefold object of the Montreal Convention [at paragraph 41]:

combinés à des vols en provenance ou à destination du Canada) qui est censé partir du Canada, y arriver ou s'y arrêter, et partir d'un autre État partie, y arriver ou s'y arrêter (ou s'arrêter dans tout autre pays, si le Canada est la provenance ou la destination du vol).

[96] La Convention de Montréal visait à « moderniser » et à remplacer la Convention de Varsovie, signée en 1929 (voir le préambule de la Convention de Montréal). Tout comme la Convention de Varsovie, son objectif ultime était de veiller au bon déroulement des activités de transport aérien international et à la circulation fluide des passagers, des bagages et des marchandises. Il est intéressant de noter que la Convention de Montréal, dans son préambule, a également reconnu « l'importance d'assurer la protection des intérêts des consommateurs dans le transport aérien international et la nécessité d'une indemnisation équitable fondée sur le principe de réparation ». Cette nouvelle approche de protection des consommateurs se traduit notamment par l'abandon des limites de responsabilité en cas de mort ou de lésion corporelle ainsi que par des restrictions quant aux possibilités d'exonération du transporteur.

[97] Comme la Cour suprême l'a constaté dans l'arrêt *Thibodeau*, la Convention de Montréal a maintenu le compromis entre la limitation de la responsabilité des transporteurs aériens et la facilitation des recours des consommateurs que l'on retrouvait dans la Convention de Varsovie. En résumé, ces conventions imposent aux transporteurs un régime de responsabilité strict pour les accidents entraînant des lésions corporelles ou des décès de passagers, pour les retards de passagers, ainsi que pour les cas de retard, de perte ou d'endommagement de bagages. Aux termes de ces régimes, les passagers n'ont pas le fardeau de prouver la faute pour établir la responsabilité des transporteurs aériens. En contrepartie, des limites sont fixées quant aux indemnités que les transporteurs aériens doivent verser.

[98] Il convient, à ce stade, de reproduire les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Thibodeau* en ce qui concerne les trois objectifs de la Convention de Montréal [au paragraphe 41] :

> The *Warsaw Convention* (and therefore its successor the *Montreal Convention*) had three main purposes: to create uniform rules governing claims arising from international air transportation; to protect the international air carriage industry by limiting carrier liability; and to balance that protective goal with the interests of passengers and others seeking recovery. These purposes responded to concerns that many legal regimes might apply to international carriage by air with the result that there could be no uniformity or predictability with respect to either carrier liability or the rights of passengers and others using the service. Both passengers and carriers were potentially harmed by this lack of uniformity. There were also concerns that the fledging international airline business needed protection against potentially ruinous multi-state litigation and virtually unlimited liability.

> La *Convention de Varsovie* (et par le fait même la *Convention de Montréal* qui lui a succédé) avait trois principaux objectifs : instaurer des règles uniformes applicables aux réclamations découlant du transport aérien international; protéger le secteur du transport aérien international en limitant la responsabilité du transporteur; et assurer l'équilibre entre cet objectif de protection et l'intérêt des passagers et des autres qui cherchent à obtenir réparation. Ces objectifs répondaient aux craintes que plusieurs régimes juridiques s'appliquent au transport aérien international, ce qui pourrait se traduire par une absence d'uniformité ou de prévisibilité quant à la responsabilité du transporteur ou aux droits des passagers et des autres utilisateurs du service. Tant les passagers que les transporteurs risquaient de subir les conséquences de ce manque d'uniformité. On croyait également que l'industrie naissante du transport aérien international avait besoin d'être protégée des litiges potentiellement ruineux entre plusieurs États et d'une responsabilité pratiquement illimitée.

[99] The broad purposes were therefore the same, and the Montreal Convention also borrowed the same basic structure and constituent elements from the Warsaw Convention. For that reason, it is appropriate to refer to court decisions and commentary respecting the Warsaw Convention when interpreting the Montreal Convention (*Thibodeau*, at paragraph 31).

[99] Les grands objectifs restaient donc les mêmes et la Convention de Montréal reprenait également la structure de base et les éléments constitutifs de la Convention de Varsovie. Il est donc pertinent, lorsque l'on interprète la Convention de Montréal, de mentionner les décisions judiciaires et commentaires portant sur la Convention de Varsovie (*Thibodeau*, au paragraphe 31).

[100] As previously mentioned, the Montreal Convention was ratified by Canada in 2002 and came into force in 2003. It has been incorporated into Canadian law through section 2 of the CAA, and its text is set out at Schedule VI of that statute. Of crucial importance for the debate before us is the fact that the Montreal Convention, much like the Warsaw Convention, contains only "certain rules" for international carriage by air, as its title indicates (*Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*). The most relevant provisions of the Montreal Convention for the purposes of this appeal are: (1) Articles 17 to 19, which clarify the kind of events for which a carrier is liable in case of damages (death and injury of passengers and damage to baggage in Article 17, damage to cargo in Article 18, and damage occasioned by delay in Article 19); (2) Articles 21 and 22, setting out the limits of the carrier's liability linked to the claims addressed in Articles 17 to 19; and (3) Article 29, the so-called exclusivity clause. The relevant portions of these provisions read as follows:

[100] Comme nous l'avons déjà indiqué, la Convention de Montréal a été ratifiée par le Canada en 2002 et est entrée en vigueur en 2003. Elle a été incorporée dans le droit canadien par l'article 2 de la LTA et son texte figure à l'annexe VI de cette loi. Le fait que la Convention de Montréal, tout comme la Convention de Varsovie, ne comprend que « certaines règles » concernant le transport aérien international, comme son titre l'indique d'ailleurs (*Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international*), revêt une importance cruciale pour le débat porté devant nous. Les dispositions les plus pertinentes de la Convention de Montréal aux fins du présent appel sont les suivantes : 1) les articles 17 à 19, qui précisent les types d'événements où la responsabilité du transporteur est engagée en cas de préjudice (mort ou lésion subie par un passager et dommage causé aux bagages à l'article 17, dommage causé à la marchandise à l'article 18, et dommage résultant d'un retard à l'article 19); 2) les articles 21 et 22, qui fixent les limites de responsabilité du transporteur concernant les réclamations visées aux articles 17 à 19; et

3) l'article 29, communément appelé la clause d'exclusivité. Voici les passages pertinents de ces dispositions :

Article 17. Death and Injury of Passengers – Damage to Baggage

…

2. The carrier is liable for damage sustained in case of destruction or loss of, or of damage to, checked baggage upon condition only that the event which caused the destruction, loss or damage took place on board the aircraft or during any period within which the checked baggage was in the charge of the carrier. However, the carrier is not liable if and to the extent that the damage resulted from the inherent defect, quality or vice of the baggage. In the case of unchecked baggage, including personal items, the carrier is liable if the damage resulted from its fault or that of its servants or agents.

…

Article 19. Delay

The carrier is liable for damage occasioned by delay in the carriage by air of passengers, baggage or cargo. Nevertheless, the carrier shall not be liable for damage occasioned by delay if it proves that it and its servants and agents took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible for it or them to take such measures.

…

Article 22. Limits of Liability in Relation to Delay, Baggage and Cargo

…

2. In the carriage of baggage, the liability of the carrier in the case of destruction, loss, damage or delay is limited to 1 000 Special Drawing Rights for each passenger unless the passenger has made, at the time when the checked baggage was handed over to the carrier, a special declaration of interest in delivery at destination and has paid a supplementary sum if the case so requires. In that case the carrier will be liable to pay a sum not exceeding the declared sum, unless it proves that the sum is greater than the passenger's actual interest in delivery at destination.

…

Article 17. Mort ou lésion subie par le passager — Dommage causé aux bagages

[…]

2. Le transporteur est responsable du dommage survenu en cas de destruction, perte ou avarie de bagages enregistrés, par cela seul que le fait qui a causé la destruction, la perte ou l'avarie s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toute période durant laquelle le transporteur avait la garde des bagages enregistrés. Toutefois, le transporteur n'est pas responsable si et dans la mesure où le dommage résulte de la nature ou du vice propre des bagages. Dans le cas des bagages non enregistrés, notamment des effets personnels, le transporteur est responsable si le dommage résulte de sa faute ou de celle de ses préposés ou mandataires.

[…]

Article 19. Retard

Le transporteur est responsable du dommage résultant d'un retard dans le transport aérien de passagers, de bagages ou de marchandises. Cependant, le transporteur n'est pas responsable du dommage causé par un retard s'il prouve que lui, ses préposés et mandataires ont pris toutes les mesures qui pouvaient raisonnablement s'imposer pour éviter le dommage, ou qu'il leur était impossible de les prendre.

[…]

Article 22. Limites de responsabilité relatives aux retards, aux bagages et aux marchandises

2. Dans le transport de bagages, la responsabilité du transporteur en cas de destruction, perte, avarie ou retard est limitée à la somme de 1 000 droits de tirage spéciaux par passager, sauf déclaration spéciale d'intérêt à la livraison faite par le passager au moment de la remise des bagages enregistrés au transporteur et moyennant le paiement éventuel d'une somme supplémentaire. Dans ce cas, le transporteur sera tenu de payer jusqu'à concurrence de la somme déclarée, à moins qu'il prouve qu'elle est supérieure à l'intérêt réel du passager à la livraison.

[…]

Article 29. Basis of Claims

In the carriage of passengers, baggage and cargo, any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise, can only be brought subject to the conditions and such limits of liability as are set out in this Convention without prejudice to the question as to who are the persons who have the right to bring suit and what are their respective rights. In any such action, punitive, exemplary or any other non-compensatory damages shall not be recoverable.

Article 29. Principe des recours

Dans le transport de passagers, de bagages et de marchandises, toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause, ne peut être exercée que dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente convention, sans préjudice de la détermination des personnes qui ont le droit d'agir et de leurs droits respectifs. Dans toute action de ce genre, on ne pourra pas obtenir de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages à un titre autre que la réparation.

[101] Needless to say, Article 29 is of paramount importance in the assessment of the appellants' claim that the liability regime created by the Regulations is incompatible with the Montreal Convention, just as it was in determining whether the Thibodeau's claim for damages under the OLA were precluded by the Convention. It is also critical for the overall scheme of the Convention.

[101] Il va sans dire que l'article 29 est d'une importance capitale pour évaluer l'allégation des appelantes selon laquelle le régime de responsabilité créé par le Règlement est incompatible avec la Convention de Montréal, comme il l'était pour décider si la demande de dommages-intérêts présentée par les Thibodeau aux termes de la LLO était irrecevable par application de la Convention de Montréal. Il est également essentiel à l'esprit général de la Convention de Montréal.

[102] The Supreme Court gave an expansive interpretation of Article 29 after reviewing the text and purpose of that provision and the international jurisprudence. It first noted that "any action for damages" in the carriage of passengers, baggage and cargo are subject to the conditions and limitations set out in the Convention. To quote from the Supreme Court's reasons, "[t]he provision could hardly be expressed more broadly; it applies to 'any action for damages, however founded'" (*Thibodeau*, at paragraph 37, emphasis in the original). It also points out that the language used in that clause is even broader than that used in the equivalent section of the Warsaw Convention, thereby signalling the State signatories' intention to exclude any actions not specifically addressed in Articles 17 to 19. It could also have added that Article 29 explicitly excludes (*in fine*) any action for punitive, exemplary or any other non-compensatory damages.

[102] La Cour suprême a offert une interprétation large de l'article 29 après avoir examiné le texte et l'objet de cette disposition ainsi que la jurisprudence internationale. Elle a commencé par indiquer que « toute action en dommages-intérêts » découlant du transport de passagers, de bagages et de marchandises est assujettie aux conditions et limites de responsabilité prévues par la Convention de Montréal. La Cour suprême a affirmé, dans ses motifs, que « [l]a disposition pourrait difficilement être rédigée en des termes plus larges; elle s'applique à "toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit" » (*Thibodeau*, au paragraphe 37, souligné dans l'original). Elle a également souligné que le libellé de cet article, encore plus général que celui de l'article équivalent de la Convention de Varsovie, signifie l'intention des États signataires d'exclure toute action non expressément prévue aux articles 17 à 19. Elle aurait également pu ajouter que l'article 29 exclut expressément (en fin de compte) toute action en dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ou en dommages à un titre autre que la réparation.

[103] In terms of purpose, the Supreme Court found that two of the main purposes of the Convention, namely

[103] En ce qui concerne les objectifs, la Cour suprême a conclu que deux des principaux objectifs de la

the creation of a uniform set of rules governing the liability of carriers in the context of international itineraries and the creation of limitations on air carrier liability, cannot be achieved without providing that the set of rules in relation to these matters are exclusive and bar resort to any other bases for liability in those areas: *Thibodeau*, at paragraph 47. While the Convention does not purport to be comprehensive and to deal with all aspects of international air transportation, it is nevertheless exclusive within the scope of the matters it does address.

[104] Finally, a lengthy review of the international jurisprudence led the Supreme Court to conclude that it broadly confirms its previous understanding of the exclusivity principle. The Court then summarized its finding with respect to the Montreal Convention and its Article 29 in the following paragraph:

> To sum up, the text and purpose of the *Montreal Convention* and a strong current of international jurisprudence show that actions for damages in relation to matters falling within the scope of *Montreal Convention* may only be pursued if they are the types of actions specifically permitted under its provisions. As the Supreme Court of the United Kingdom put it very recently, "[t]he Convention is intended to deal comprehensively with the carrier's liability for whatever may physically happen to passengers between embarkation and disembarkation"….
>
> *Thibodeau*, at paragraph 57.

[105] As important as this principle is, one must always bear in mind that the scope of the exclusivity principle is limited to the situations covered by Articles 17 to 19, since Article 29 is located in Chapter III ("Liability of the Carrier and Extent of Compensation for Damages") where Articles 17 to 19 are found. The exclusivity principle does not apply to matters falling outside this Chapter, nor indeed to matters falling outside the Montreal Convention such as domestic flights, claims filed by employees, subcontractors or suppliers, or critically, claims not covered by the circumstances contemplated by Articles 17 to 19. It is within these confines that the exclusivity principle applies. As stated by the majority in *Thibodeau*, "[t]he *Montreal Convention* of course does not deal with all aspects of international carriage by air: it is not comprehensive. But

Convention de Montréal, à savoir établir un ensemble de règles uniforme encadrant la responsabilité des transporteurs dans le contexte des itinéraires internationaux et limiter cette responsabilité, ne peuvent être atteints sans prévoir que l'ensemble des règles applicables aux matières visées sont exclusives et interdisent tout autre recours en responsabilité : *Thibodeau*, au paragraphe 47. Bien que la Convention de Montréal n'ait pas pour but d'être exhaustive et de traiter de tous les aspects du transport aérien international, elle est néanmoins exclusive dans les limites des matières qu'elle vise.

[104] Enfin, la Cour suprême a procédé à un examen approfondi de la jurisprudence internationale et a conclu que celle-ci confirmait globalement son interprétation antérieure du principe d'exclusivité. Elle a ensuite résumé sa conclusion concernant la Convention de Montréal et l'article 29 de cette dernière :

> Pour résumer, le texte et l'objet de la *Convention de Montréal*, de même qu'un fort courant jurisprudentiel international, montrent que les actions en dommages-intérêts liées à des matières qui relèvent de cette convention ne peuvent être exercées que si elles sont expressément autorisées par les dispositions de celle-ci. Comme l'a dit tout récemment la Cour suprême du Royaume-Uni, [TRADUCTION] « [l]a Convention est censée traiter exhaustivement de la responsabilité du transporteur à l'égard de tout ce qui peut arriver physiquement au passager entre le moment de l'embarquement et celui du débarquement [...]
>
> *Thibodeau*, au paragraphe 57.

[105] Aussi important que puisse être le principe d'exclusivité, il ne faut pas oublier qu'il ne s'applique qu'aux situations prévues par les articles 17 à 19, étant donné que l'article 29 fait partie du chapitre III (« Responsabilité du transporteur et étendue de l'indemnisation du préjudice »), où se trouvent les articles 17 à 19. Le principe d'exclusivité ne s'applique pas aux questions ne relevant pas de ce chapitre, ni d'ailleurs aux questions ne relevant pas de la Convention de Montréal, comme les vols intérieurs, les réclamations déposées par des employés, des sous-traitants ou des fournisseurs, ou, ce qui revêt une importance déterminante, les réclamations non visées par les circonstances prévues aux termes des articles 17 à 19. C'est dans ces limites que s'applique le principe d'exclusivité. Ainsi que l'ont déclaré les juges majoritaires

within the scope of the matters which it does address, it is exclusive in that it bars resort to other bases for liability in those areas" (at paragraph 47).

[106] The decision actually reached by the Supreme Court in *Thibodeau* is instructive in that respect. At issue in that case were claims for damages in relation to the airline's breaches of the Thibodeaus' right to services in French. These claims were filed under section 77 of the OLA, which allows the Federal Court to award "such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances" if it finds that a federal institution has failed to comply with the OLA. The airline defended against the claims by relying on the limitation on liability for damages set out in the Montreal Convention. The majority ultimately concluded that the Convention did not permit an award of damages for breach of language rights during international carriage by air, and that the general remedial power under the OLA to award appropriate and just remedies could not be read as authorizing Canadian courts to depart from the Convention. In coming to that conclusion, the majority offered precious clues as to the proper interpretation of the exclusivity principle that are most relevant for our purposes.

[107] In answer to the Attorney General's defence that the Montreal Convention precluded their claims for damages, the appellants argued that they were not within the type of "action for damages" contemplated by Article 29 of the Convention. In support of that submission, the appellants argued that the violation of language rights was not an inherent risk to air carriage covered by Article 17, and that the Montreal Convention did not intend to govern statutory claims based on fundamental rights nor the public law damages they would give rise to.

dans l'arrêt *Thibodeau*, « [l]a *Convention de Montréal* ne touche évidemment pas tous les aspects du transport aérien international : elle n'est pas exhaustive. Mais dans les limites des matières qu'elle aborde, elle est exclusive en ce qu'elle interdit tout autre recours en responsabilité [...] » (au paragraphe 47).

[106] À cet égard, l'arrêt *Thibodeau* rendu par la Cour suprême est révélateur. L'affaire portait sur des recours en dommages-intérêts pour non-respect, par la compagnie aérienne, du droit des Thibodeau d'être servis en français. Ces demandes ont été déposées en application de l'article 77 de la LLO qui permet à la Cour fédérale, si elle conclut qu'une institution fédérale n'a pas respecté la LLO, d'« accorder la réparation qu'[elle] estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Le transporteur aérien a contesté les demandes de dommages-intérêts en invoquant la limite de la responsabilité à l'égard des dommages prescrite par la Convention de Montréal. Les juges majoritaires ont finalement conclu que la Convention de Montréal ne permettait pas d'accorder des dommages-intérêts en cas de violation de droits linguistiques lors d'un transport aérien international et que le pouvoir général que confère la LLO d'accorder une réparation juste et convenable ne pouvait pas être interprété comme autorisant les tribunaux canadiens à déroger à la Convention de Montréal. En venant à cette conclusion, les juges majoritaires ont fourni, concernant l'interprétation à donner au principe d'exclusivité, de précieux indices qui sont très pertinents en l'espèce.

[107] En réponse à la défense du procureur général voulant que la Convention de Montréal rende irrecevables leurs demandes en dommages-intérêts, les appelants ont affirmé que ces demandes n'entraient pas dans la catégorie d'« action[s] en dommages-intérêts » visée à l'article 29 de la Convention de Montréal. À l'appui de cet argument, les appelants ont essentiellement soutenu que la violation des droits linguistiques n'était pas un risque inhérent au transport aérien visé par l'article 17 et que la Convention de Montréal n'était pas censée régir les recours légaux fondés sur des droits fondamentaux ni les dommages-intérêts de droit public auxquels ils peuvent donner lieu.

[108] The Supreme Court gave short shrift to that argument. First, it found no indication in the text of Article 29 suggesting an intention to exclude certain types of claims for damages based on their legal foundation. Indeed, the terms "action" and "damages" demanded a broad interpretation, and to do otherwise would unduly limit the scope of the Montreal Convention (*Thibodeau*, at paragraph 60). The Court found that what the appellants sought were effectively "damages for moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of their vacation", and that:

> Permitting an action in damages to compensate for "moral prejudice, pain and suffering and loss of enjoyment of [a passenger's] vacation" that does not otherwise fulfill the conditions of Article 17 of the *Montreal Convention* (because the action does not relate to death or bodily injury) would fly in the face of Article 29. It would also undermine one of the main purposes of the *Montreal Convention*, which is to bring uniformity across jurisdictions to the types and upper limits of claims for damages that may be made against international carriers for damages sustained in the course of carriage of passengers, baggage and cargo. As the international jurisprudence makes clear, the application of the *Montreal Convention* focuses on the factual circumstances surrounding the monetary claim, not the legal foundation of it. To decide otherwise would be to permit artful pleading to define the scope of the *Montreal Convention*.

Thibodeau, at paragraph 64.

[109] The Supreme Court also reviewed the international jurisprudence and opined that accepting the appellants' position would sail against the interpretation given to the exclusivity principle by foreign courts (*Thibodeau*, at paragraphs 65–79). It noted that American district and appellate courts had rejected the validity of claims against air carriers based on fundamental rights under the Warsaw Convention, despite recognizing the stark distinction between tort and discrimination claims. It also remarked that a recent decision from the Supreme Court of the United Kingdom supported the view that

[108] La Cour suprême a fait fi de cet argument. Tout d'abord, elle a conclu qu'il ne se dégageait de l'article 29 aucune intention de soustraire certains types de demandes de dommages-intérêts selon leur fondement légal. Les termes « action » et « dommages-intérêts » devaient recevoir une interprétation large, et leur donner une interprétation étroite aurait pour effet de limiter indûment le champ d'application de la Convention de Montréal (*Thibodeau*, au paragraphe 60). La Cour suprême a conclu que les appelants sollicitaient en fait « des dommages-intérêts pour préjudice moral, troubles et inconvénients et perte de jouissance de leurs vacances », et que :

> Permettre l'exercice d'une action en dommages-intérêts visant l'indemnisation du « préjudice moral, des troubles et inconvénients et [de] la perte de jouissance [des] vacances [du passager] », action qui ne respecte pas par ailleurs les conditions de l'article 17 de la *Convention de Montréal* (parce qu'elle ne découle pas de la mort ou d'une lésion corporelle), serait contraire à l'article 29. Autoriser une action de ce genre compromettrait aussi l'un des principaux objectifs de la *Convention de Montréal*, qui est d'assurer l'uniformité entre les pays quant aux types de recours en dommages-intérêts pouvant être exercés contre les transporteurs internationaux pour les dommages subis au cours du transport de passagers, de bagages et de marchandises, et quant aux plafonds applicables à ces recours. Comme l'indique clairement la jurisprudence internationale, l'application de la *Convention de Montréal* s'attache aux faits qui entourent la réclamation pécuniaire, non au fondement juridique de cette réclamation. Conclure autrement reviendrait à permettre que d'habiles plaidoiries définissent la portée de la *Convention de Montréal*.

Thibodeau, au paragraphe 64.

[109] La Cour suprême, ayant également examiné la jurisprudence internationale, a estimé que le fait d'accepter la thèse des appelants irait à l'encontre de l'interprétation donnée au principe d'exclusivité par les tribunaux étrangers (*Thibodeau*, aux paragraphes 65 à 79). Elle a noté que les cours américaines de district et d'appel avaient rejeté la validité des recours contre les transporteurs aériens fondés sur des droits fondamentaux aux termes de la Convention de Varsovie, tout en reconnaissant la différence substantielle entre les recours en responsabilité délictuelle et les recours pour discrimination. Elle a

exclusion under the Montreal Convention turned on whether the relevant claim was one for damages "related to the circumstances contemplated by the Montreal Convention, not on the alleged source of the obligation to pay them" (*Thibodeau*, at paragraph 71).

[110] After having rejected the appellants' argument that statutory claims for quasi-constitutional rights fall outside the Montreal Convention, the Supreme Court then addressed the Commissioner's contention that the Convention does not apply to claims based on a statutory right that are more akin to administrative complaints mechanisms than private law proceedings. Again, the Court swiftly rejected this argument, on the basis that the relevant question is not the underlying source of the claim but rather the nature of the claim. It also dismissed the related argument based on a distinction between public law and private law damages.

[111] Most importantly, however, the Supreme Court expressly refused to consider whether the Montreal Convention excluded only claims for "individual damages" or if it also excluded claims for "standardized damages". The Thibodeaus relied on jurisprudence from the E.C.J., about which I will have more to say later, to argue that damage that is almost identical for every passenger, and for which redress may take the form of uniform damages, was not covered by the Montreal Convention. The Court refused to deal with this question, because the damages sought by the appellants were clearly individualized (*Thibodeau*, at paragraph 81).

[112] It is against this backdrop that I will now address the appellants' arguments that the impugned liability provisions of the Regulations, namely paragraphs 12(2)(d), 12(3)(d), 12(4)(d), and sections 19, 20 and 23, are in breach of the Montreal Convention.

également noté qu'une décision récente de la Cour suprême du Royaume-Uni appuyait l'opinion selon laquelle l'application de l'exclusion prévue par la Convention de Montréal dépendait de la question de savoir si le recours en cause « se rapport[ait] aux circonstances envisagées par la Convention de Montréal, et non de la prétendue source de l'obligation de verser de tels dommages-intérêts » (*Thibodeau*, au paragraphe 71).

[110] Après avoir rejeté l'argument des appelants selon lequel les recours exercés en vertu de la loi pour atteinte à des droits quasi constitutionnels ne sont pas visés par la Convention de Montréal, la Cour suprême s'est penchée sur l'affirmation du commissaire voulant que la Convention de Montréal ne s'applique pas aux demandes reposant sur un droit reconnu par la loi, qui s'apparentent davantage à une plainte administrative qu'à une affaire de droit privé. La Cour suprême a également rejeté rapidement cet argument, pour le motif que la question pertinente était celle de la nature du recours, et non celle du fondement du recours. Elle a également rejeté l'argument connexe de la distinction entre les dommages-intérêts de droit public et ceux de droit privé.

[111] Cependant, il est encore plus important de noter que la Cour suprême a expressément refusé de se pencher sur la question de savoir si la Convention de Montréal excluait les dommages-intérêts uniquement pour les « préjudices individuels » ou si elle les excluait également pour les « préjudices appelant des réparations standardisées ». S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne de justice, sur laquelle je reviendrai plus loin, les Thibodeau ont soutenu que la Convention de Montréal ne visait pas les préjudices qui sont quasiment identiques pour tous les passagers et dont la réparation peut consister en des dommages-intérêts uniformes. La Cour a refusé de traiter cette question parce qu'il était clair que les appelants demandaient des dommages-intérêts à titre individuel (*Thibodeau*, au paragraphe 81).

[112] C'est dans cette perspective que j'aborde à présent les arguments des appelantes selon lesquels les dispositions contestées du Règlement en matière de responsabilité, à savoir les alinéas 12(2)d), 12(3)d) et 12(4)d), ainsi que les articles 19, 20 et 23, ne respectent pas la Convention de Montréal.

(2) The minimum compensation for delay (paragraph 12(2)(d) and section 19 of the Regulations)

[113] In the appellants' submission, delay in carriage by air falls squarely within the scope of Article 19 of the Montreal Convention, and Article 22 stipulates that the liability for passenger delay is limited to 5,346 Special Drawing Rights (SDR) from the International Monetary Fund (approximately CAD $9,350) per passenger. While proof of fault is not required, the passenger must prove that the delay they have experienced in international travel has caused compensable damage, as evidenced by the language "damage occasioned by delay" found in Article 19 and the fact that Article 29 expressly precludes liability for all forms of non-compensatory monetary relief.

[114] However, the Regulations at paragraph 12(2)(d) and subsection 19(1) impose automatic, fixed liability on carriers for the mere occurrence of delay in excess of three hours, without requiring proof of compensable loss. The appellants argued that because these provisions presume fault, injury and causation, they run afoul of Articles 19 and 22 of the Montreal Convention and breach its requirement of uniformity in the law governing liability in international air carriage. Moreover, imposing fixed compensation for delay that is wholly independent of the passenger's individual circumstances contradicts sub-Article 22(1) of the Montreal Convention, which defines the liability of an air carrier for delay in terms of the actual damages suffered by the passenger. Additionally, the appellants submit that the liability imposed by paragraph 12(2)(d) and subsection 19(1) of the Regulations are not truly compensatory, as they are fixed and automatic without regard to the actual damage sustained nor to the actual period of delay, and because they vary depending on the characterization of the relevant air carrier as "large" or "small". As such, they contradict Article 29, which excludes "punitive, exemplary or any other non-compensatory damages".

2) Indemnité minimale en cas de retard (alinéa 12(2)d) et article 19 du Règlement)

[113] Selon les observations des appelantes, les retards dans le transport aérien relèvent clairement de l'article 19 de la Convention de Montréal et l'article 22 dispose que la responsabilité en cas de retard de passagers est limitée à 5 346 droits de tirage spéciaux du Fonds monétaire international (environ 9 350 dollars canadiens) par passager. Bien que la démonstration d'une faute ne soit pas requise, le passager doit prouver que le retard qu'il a subi lors d'un voyage international a causé un préjudice indemnisable, comme l'indiquent les termes « dommage résultant d'un retard » employés à l'article 19 et le fait que l'article 29 exclut expressément la responsabilité pour toutes les formes de dommages à un titre autre que la réparation.

[114] Cependant, le Règlement, à l'alinéa 12(2)d) et au paragraphe 19(1), impose une responsabilité automatique fixe aux transporteurs dès que le retard dépasse trois heures, sans exiger de preuve de perte indemnisable. Les appelantes affirment que, puisque ces dispositions créent une présomption de faute, de préjudice et de lien de causalité, elles contreviennent aux articles 19 et 22 de la Convention de Montréal et à l'exigence d'uniformité du droit régissant la responsabilité en matière de transport aérien international. De plus, l'imposition d'une indemnité fixe en cas de retard sans tenir compte de la situation individuelle du passager va à l'encontre du paragraphe 22(1) de la Convention de Montréal, qui définit la responsabilité d'un transporteur aérien en cas de retard en fonction du dommage réellement subi par le passager. Les appelantes ajoutent que les obligations imposées par l'alinéa 12(2)d) et le paragraphe 19(1) du Règlement ne sont pas réellement compensatoires puisqu'elles sont fixes et automatiques et ne tiennent pas compte du préjudice réel subi ni de la durée réelle du retard, et puisqu'elles varient selon que le transporteur aérien concerné est qualifié de « gros » ou de « petit » transporteur. Ces obligations contredisent donc l'article 29 qui dispose qu'« on ne pourra obtenir de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ni de dommages à un titre autre que la réparation ».

[115] Furthermore, the appellants submit that the liability regime under the Regulations prevents air carriers from relying on the "due diligence" defence provided for in the Montreal Convention. This defence provides that a carrier can avoid liability for damage by proving that they took all measures that could reasonably be required to avoid the damage or that it was impossible to take any such measures. Under the Regulations, air carrier liability for delay is imposed where the delay is within the carrier's control but is not required for safety purposes, thereby imposing liability in circumstances where the carrier would be exonerated under the Montreal Convention.

[116] To illustrate the foregoing, the appellants gave the example of a delay due to mechanical malfunction. The Regulations (at subsection 1(1)) exclude from the definition of "mechanical malfunction" mechanical problems that reduce passenger safety but that have been "identified further to scheduled maintenance undertaken in compliance with legal requirements". Such problems are not considered "outside the carrier's control" nor "required for safety purposes", and would therefore be subject to liability under paragraph 12(2)(d) of the Regulations if they occasion delay, even if the air carrier had a sound defense and took all reasonable measures to avoid liability for delay. All of the preceding arguments, of course, apply to the liability imposed by subsections 19(1) and (2) of the Regulations.

[117] The Attorney General responds that the impugned provisions of the Regulations do not conflict with the Montreal Convention because neither the CTA nor the Regulations provide for an action for damage, and because in any event the minimum compensation required by the Regulations falls outside the scope of Article 19 of the Montreal Convention. The Attorney General further submits that this interpretation of the Montreal Convention is confirmed by the state practice. I will deal first with the true nature of the compensatory scheme put in place by the CTA and the Regulations and then with the state practice argument.

[115] En outre, les appelantes prétendent que le régime de responsabilité prévu par le Règlement empêche les transporteurs aériens d'invoquer la défense de « diligence raisonnable » prévue dans la Convention de Montréal. Ce moyen de défense prévoit qu'un transporteur peut échapper à sa responsabilité pour tout préjudice en prouvant qu'il a pris toutes les mesures que l'on pourrait raisonnablement exiger pour éviter le préjudice ou qu'il était impossible de prendre de telles mesures. Le Règlement prévoit que le transporteur est responsable en cas de retard lorsque ce retard est attribuable au transporteur, mais n'est pas nécessaire par souci de sécurité, imposant ainsi une responsabilité dans des situations où le transporteur en serait exonéré aux termes de la Convention de Montréal.

[116] Pour illustrer ce qui précède, les appelantes ont donné l'exemple d'un retard découlant d'une défaillance mécanique. Le Règlement (au paragraphe 1(1)) exclut de la définition de « défaillance mécanique » les problèmes mécaniques qui réduisent la sécurité des passagers, mais qui ont été « découvert[s] lors de la maintenance planifiée effectuée conformément aux exigences légales ». Ces problèmes ne sont pas considérés comme étant « indépendant[s] de la volonté du transporteur » ni « nécessaires par souci de sécurité », et la responsabilité du transporteur serait donc engagée aux termes de l'alinéa 12(2)d) du Règlement si ces problèmes provoquaient un retard, même si le transporteur avait un moyen de défense valable et avait pris toutes les mesures raisonnables pour éviter d'être tenu responsable en cas de retard. Bien entendu, tous les arguments qui précèdent s'appliquent à la responsabilité imposée par les paragraphes 19(1) et (2) du Règlement.

[117] Le procureur général répond que les dispositions contestées du Règlement ne sont pas incompatibles avec la Convention de Montréal parce que ni la LTC ni le Règlement ne prévoient d'action en cas de préjudice et parce que, quoi qu'il en soit, l'indemnité minimale prévue par le Règlement ne relève pas du champ d'application de l'article 19 de la Convention de Montréal. Le procureur général ajoute que la pratique des États confirme cette interprétation de la Convention de Montréal. Je me pencherai d'abord sur la véritable nature du régime d'indemnisation établi par la LTC et le Règlement, puis sur l'argument de la pratique des États.

(3) The true nature of the compensatory scheme

[118] In conformity with the rules for treaty interpretation set out in the *Vienna Convention*, one must start with the text of Article 29 and with the Montreal Convention as a whole to understand the scope of the exclusivity principle. Article 29 speaks of "any action for damages, however founded, whether under this Convention or in contract or in tort or otherwise", and uses language that pertains to judicial proceedings such as by referring to the persons "who have the right to bring suit", and to "any such action". Article 33(1) similarly refers to "[a]n action for damages must be brought…before the court of the domicile of the carrier … or before the court at the place of destination". Article 35(1) specifies that the right to damages shall be extinguished "if an action is not brought within a period of two years", and Article 35(2) goes on to state that the method of calculating limitation periods "shall be determined by the law of the court seised of the case". Finally, Article 22(6) indicates that the prescribed limits "shall not prevent the court from awarding … court costs and of the other expenses of the litigation".

[119] There is no doubt that the expression "action for damages" in Article 29 of the Montreal Convention must be understood in a broad sense. The notion of damages, in particular, cannot be left to the vagaries of domestic law; as noted by the Supreme Court in *Thibodeau*, "the scope of the exclusivity principle in the *Montreal Convention* cannot be modeled on national definitions of damages" (at paragraph 77). This is also why the Supreme Court reiterated that the focus of the inquiry must be the factual circumstances giving rise to the claim, not the alleged legal foundation of the claim (*Thibodeau*, at paragraphs 66, 71 and 75). This is precisely why the Court rejected the Thibodeaus' argument that there was a distinction between public law and private law damages. As a result, the Court rejected their claim for breaches of quasi-constitutional statutes because it did not fall within the purview of the Montreal Convention.

3) La véritable nature du régime d'indemnisation

[118] Conformément aux règles d'interprétation des traités établies dans la *Convention de Vienne*, il faut commencer par lire le libellé de l'article 29 et la Convention de Montréal dans son ensemble pour comprendre la portée du principe d'exclusivité. Il est question, à l'article 29, de « toute action en dommages-intérêts, à quelque titre que ce soit, en vertu de la présente convention, en raison d'un contrat ou d'un acte illicite ou pour toute autre cause »; on y emploie également des termes qui se rapportent aux procédures judiciaires, par exemple en mentionnant les personnes « qui ont le droit d'agir » et « toute action de ce genre ». De la même façon, le paragraphe 33(1) indique que « [l']action en responsabilité devra être portée [...] soit devant le tribunal du domicile du transporteur [...] soit devant le tribunal du lieu de destination ». Le paragraphe 35(1) précise que l'« action en responsabilité doit être intentée, sous peine de déchéance, dans le délai de deux ans » et on peut lire au paragraphe 35(2) que le mode de calcul du délai « est déterminé par la loi du tribunal saisi ». Enfin, le paragraphe 22(6) indique que les limites fixées « n'ont pas pour effet d'enlever au tribunal la faculté d'allouer [...] des dépens et autres frais de procès ».

[119] Il est certain que l'expression « action en dommages-intérêts » employée à l'article 29 de la Convention de Montréal doit être prise dans un sens large. La notion de dommages-intérêts, plus précisément, ne peut être soumise aux caprices du droit interne; comme l'a indiqué la Cour suprême dans l'arrêt *Thibodeau*, « la portée du principe d'exclusivité énoncé dans la *Convention de Montréal* ne peut être fonction de la définition des dommages-intérêts en droit interne » (au paragraphe 77). C'est également pour cette raison que la Cour suprême a rappelé que l'examen doit être axé sur les faits à l'origine du recours, non sur le fondement juridique de celui-ci (*Thibodeau*, aux paragraphes 66, 71 et 75). Voilà précisément pourquoi la Cour suprême n'a pas retenu l'argument des Thibodeau selon lequel il existait une distinction entre les dommages-intérêts de droit public et ceux de droit privé. Par conséquent, la Cour a rejeté leur allégation de violation d'une loi quasi constitutionnelle parce qu'elle ne relevait pas de la Convention de Montréal.

[120] As much as we must strive to give Article 29 its fullest meaning, consistent with the broad language in which it is couched, and thereby avoid "artful pleading to define the scope of the *Montreal Convention*" (*Thibodeau*, at paragraph 64), the Attorney General submits that the Convention was meant only to regulate actions in courts. The Attorney General argues that the use of the words "action" and "damages" in the Convention must still be accounted for and relies on the definitions in *Black's Law Dictionary* (*Black's Law Dictionary*, 11th ed. St. Paul, MN: Thomson Reuters, 2019, and in particular on its definition of "action" (defined as "any judicial proceeding, which, if conducted to a determination, will result in a judgment or decree") and of "damages" (defined as "money claimed by, or ordered to be paid to, a person as compensation for loss or injury").

[121] This understanding of Article 29 appears to be borne out by the *Travaux Préparatoires* leading to the Montreal Convention. When asked to clarify the scope of that provision by the Delegate from Sri Lanka, the Chairman indicated that "the scope of the Convention would govern the regulation of the types of actions which could be brought before the Courts". He went on to say:

> The purpose behind Article 28 [renumbered 29 in the final version] was to ensure that, in circumstances in which the Convention applied, it was not possible to circumvent its provisions by bringing an action for damages in the carriage of passengers, baggage and cargo in contract or in tort or otherwise. Once the Convention applied, its conditions and limits of liability were applicable. [Emphasis added.]
>
> International Civil Aviation Organization, International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air), Montreal, 10-28 May 1999, Vol. 1, *Minutes*, 9775-DC/2, at page 235.

[122] It may be that in some legal systems, an action for damage may not necessarily involve judicial proceedings at the behest of a litigant. Indeed, Article 33(4)

[120] Même si nous devons nous efforcer de donner l'interprétation la plus large possible à l'article 29, conformément aux termes généraux dans lesquels il a été rédigé, et ainsi d'éviter « que d'habiles plaidoiries définissent la portée de la *Convention de Montréal* » (*Thibodeau*, au paragraphe 64), le procureur général prétend que la Convention de Montréal visait seulement à réglementer les poursuites judiciaires. Le procureur général affirme qu'il faut quand même tenir compte de l'utilisation des termes « action » et « dommages-intérêts » dans la Convention de Montréal et s'appuie sur les définitions données dans le *Black's Law Dictionary* (*Black's Law Dictionary*, 11e éd. St. Paul, MN : Thomson Reuters, 2019, et plus précisément sur la définition des termes « action » (à savoir [TRADUCTION] « toute procédure judiciaire qui, si elle débouche sur une décision, donnera lieu à un jugement ou à une ordonnance ») et « dommages-intérêts » (à savoir [TRADUCTION] « une somme qu'une personne réclame ou doit payer à titre de dédommagement pour une perte ou un préjudice »).

[121] Cette interprétation de l'article 29 semble confirmée par les *Travaux Préparatoires* qui ont mené à la Convention de Montréal. Lorsque le délégué du Sri Lanka lui a demandé de préciser la portée de cette disposition, le président a déclaré que [TRADUCTION] « la portée de la Convention régirait la réglementation des types d'actions susceptibles d'être intentées en justice ». Il a ajouté ce qui suit :

> [TRADUCTION] L'objet de l'article 28 [devenu l'article 29 dans la version définitive] était de s'assurer que, lorsque la *Convention de Montréal* s'appliquait, il était impossible de se soustraire à ses dispositions et d'exercer une action en dommages-intérêts dans le transport de passagers, de bagages et de marchandises, en raison d'un acte illicite ou pour toute autre cause. Dès lors que la *Convention de Montréal* s'appliquait, les conditions et les limites qu'elle fixe s'appliquaient. [Non souligné dans l'original.]
>
> International Civil Aviation Organization, International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air), Montréal, 10-28 mai 1999, vol. 1, *Minutes*, 9775-DC/2, à la page 235.

[122] Il est possible que dans certains systèmes juridiques, une action pour préjudice n'entraîne pas nécessairement de procédures judiciaires à la demande d'un

seems to leave questions of procedure to domestic law. In the common law world and in the civil law tradition, however, courts are traditionally called upon to rule on such remedies. Be that as it may, and whether judicial proceedings are an essential component of Article 29, the proper focus must be on what the claim aims to achieve, or what it seeks to redress, not on its legal foundation or how it is brought. It is at this juncture, in my view, that the scheme of the CTA and the Regulations part with the action for damages envisioned by the Montreal Convention.

[123] The scheme of the Regulations with regards to air carrier liability is of an entirely different nature than what was contemplated by the Montreal Convention. First, and most importantly, the carrier's liability for delay, as contemplated by Article 19 of the Convention, is meant to address individualized damages. Even if a passenger does not bear the burden of proving fault or causation to establish the air carrier's liability under the Montreal Convention, individualized damages must still be established before an air carrier can be held liable for compensation. Under the Regulations, the amount of compensation to which a passenger is entitled is fixed by the Regulations and is the same for all the passengers on a particular flight, and it is payable as soon as certain objective conditions are met. It is meant to compensate for the inconvenience that delay causes, in and of itself and independently of any demonstrable loss due to a particular situation. Contrary to the Convention, which is concerned with the period of time after the delayed arrival, the Regulations cover the time period before the delayed arrival.

[124] It is telling, that the amount of compensation fixed by the Regulations is not linked to the price of the ticket purchased, nor does it depend on the passenger's travel purposes (business or personal). To that extent, it is closer to a consumer protection scheme than to an action in damages. Indeed, the RIAS makes it clear that the objective of the Regulations is "to normalize the minimum standard across all carriers operating in Canada

plaideur. En effet, l'article 33(4) semble laisser au droit interne les questions de procédure. Cependant, en common law comme en droit civil, les tribunaux sont traditionnellement appelés à se prononcer sur ce type de recours. Quoi qu'il en soit, et peu importe si les procédures judiciaires sont une composante essentielle de l'article 29, il faut se concentrer sur l'objectif du recours ou ce qu'il vise à corriger, et non sur son fondement juridique ou la façon dont il est présenté. À mon avis, c'est là que le régime de la LTC et du Règlement s'écarte de l'action en dommages-intérêts prévue par la Convention de Montréal.

[123] Le régime du Règlement en ce qui concerne la responsabilité du transporteur aérien est d'une nature très différente de ce qui avait été envisagé par la Convention de Montréal. Tout d'abord, ce qui est le plus important, la responsabilité du transporteur en cas de retard, conformément à l'article 19 de la Convention de Montréal, est censée régler la question des dommages-intérêts individuels. Même s'il n'incombe pas au passager de prouver la faute ou le lien de causalité pour établir la responsabilité du transporteur aérien en application de la Convention de Montréal, un préjudice individuel doit tout de même être prouvé pour qu'un transporteur aérien soit tenu de verser une indemnité. Le Règlement prévoit que le montant de l'indemnité à laquelle un passager a droit est prescrit par le Règlement, est le même pour tous les passagers d'un vol donné et est dû dès que certaines conditions objectives sont respectées. Le but est de dédommager les passagers pour les inconvénients causés par le retard, en tant que tel et indépendamment de toute perte démontrable découlant d'une situation donnée. Contrairement à la Convention de Montréal, qui s'applique à la période suivant l'heure d'arrivée en retard, le Règlement vise la période précédant l'heure d'arrivée en retard.

[124] Le fait que le montant de l'indemnité établi par le Règlement ne soit pas lié au prix d'achat du billet et qu'il ne dépende pas non plus de la raison pour laquelle le passager voyage (voyage d'affaires ou voyage à titre personnel) en dit long. À cet égard, on se rapproche davantage d'un régime de protection des consommateurs que d'une action en dommages-intérêts. En effet, le REIR indique clairement que l'objectif du Règlement

to ensure that the obligations on carriers are clear, concise and easily understood by carriers and passengers" (RIAS, at page 4893).

[125] Prior to the coming into force of the Regulations, the *Air Transportation Regulations* (SOR/88-58) prescribed the topics that carriers had to address in their terms and conditions pursuant to paragraph 86(1)(h) of the CTA, but did not describe the content of these provisions. The mandate to review the content of the terms and conditions was left to the Agency. The review of these provisions therefore proceeded on a carrier-by-carrier and tariff-by-tariff basis.

[126] With the advent of the Regulations, the content of the terms and conditions that have to be covered by the tariffs of all carriers are uniform and standardized. Instead of leaving it to each carrier to determine the compensation for flight disruption within the carrier's control based on criteria described in a carrier's tariff or at the discretion of a carrier, the Regulations establish minimum levels of compensation with a view to enhance clarity and to better protect passengers. These minimal obligations pertain not only to delays, but also to denied boarding, lost or damaged baggage, transportation of musical instruments, seating of children under the age of 14 years, and unaccompanied minors.

[127] The other important characteristic of the Regulations that sets them apart from an action for damages is their enforcement mechanism. The minimum compensation required by the Regulations is meant to be enforced by the Agency through administrative measures. It is noteworthy that even before the advent of standardized minimum tariff introduced by the Regulations, the Agency was empowered to review individual carriers' terms and conditions of carriage, primarily on the basis of individual complaints, to ensure that they were clear, just, and reasonable (section 111 of the *Air Transportation Regulations*).

est d'« uniformiser la norme minimale pour tous les transporteurs qui mènent leurs activités au Canada, afin que les obligations qui leur reviennent soient claires, concises et faciles à comprendre, autant pour eux-mêmes que pour les passagers » (REIR, à la page 4893).

[125] Avant l'entrée en vigueur du Règlement, le *Règlement sur les transports aériens* (DORS/88-58) imposait les éléments que les transporteurs devaient aborder dans leurs conditions en application de l'alinéa 86(1)h) de la LTC, sans toutefois indiquer le contenu de ces dispositions. L'Office était chargé d'étudier le contenu des conditions. L'examen de ces dispositions se faisait donc au cas par cas pour chaque transporteur et chaque tarif.

[126] L'entrée en vigueur du Règlement a permis d'uniformiser et de normaliser le contenu des modalités devant être incluses dans les tarifs de l'ensemble des transporteurs. Plutôt que de laisser chaque transporteur décider de l'indemnité pour perturbation de vol attribuable au transporteur selon des critères exposés dans son tarif ou à sa discrétion, le Règlement fixe des indemnités minimales afin d'apporter de la clarté et de mieux protéger les passagers. Ces obligations minimales concernent non seulement les retards, mais aussi les refus d'embarquement, les bagages perdus ou endommagés, le transport d'instruments de musique, l'attribution de sièges aux enfants de moins de 14 ans ainsi que les mineurs non accompagnés.

[127] Le mécanisme d'application du Règlement est l'autre caractéristique importante qui le distingue d'une action en dommages-intérêts. L'Office a recours à des mesures administratives pour faire respecter les obligations quant à l'indemnité minimale prévue par le Règlement. Il convient de souligner que même avant l'adoption du tarif minimal normalisé mis en place par le Règlement, l'Office avait le pouvoir d'examiner les conditions de transport établies par les différents transporteurs aériens, principalement en raison de plaintes déposées par des personnes, pour s'assurer que ces conditions étaient claires, justes et raisonnables (à l'article 111 du *Règlement sur les transports aériens*).

[128] Pursuant to section 85.1 of the CTA, the Agency shall review any complaint made by a person with respect to any issue dealt with in that part of the CTA (which obviously includes the terms and conditions set out in tariffs). If an air carrier refuses to compensate a passenger in accordance with the Regulations, for example, the Agency may attempt to resolve the complaint. Air travel complaints typically first follow an alternative dispute resolution process, whereby Agency staff will try to resolve the complaint through facilitation or mediation.

[129] If this informal process does not work to the complainant's satisfaction, the complainant may then ask for adjudication before a panel of Agency Members (section 37 and subsection 85.1(3) of the CTA). This power is consistent, and indeed rooted, in the Agency's jurisdiction to determine whether a carrier has applied the terms and conditions set out in its tariff (see section 67.1 of the CTA for domestic services and section 113.1 for international services). It must be remembered that Parliament has deemed the obligations established by the Regulations made under subsection 86.11(1) to form part of the terms and conditions set out in the carrier's tariffs (subsection 86.11(4)), and that the Regulations were so promulgated (see also section 122 of the *Air Transportation Regulations*).

[130] If the Agency finds that a carrier has failed to apply its tariff, it can order the carrier to take the corrective measures that the Agency considers appropriate, which could include the payment of the applicable amount set out in the Regulations, and compensation for any expense incurred by the passenger (section 113.1 of the *Air Transportation Regulations* and subparagraph 86(1)(h)(iii) of the CTA). Interestingly, the Agency has also been granted discretion to make its decisions applicable to some or all passengers affected by a flight that is the subject of a complaint concerning the delay, cancellation and denied boarding provisions of the Regulations (subparagraph 86(1)(h)(iii.1)).

[131] Aside from its oversight role with respect to the application of tariff provisions, the Agency may also enforce the Regulations through administrative monetary penalties. Pursuant to subsection 177(1) of the CTA, the

[128] Conformément à l'article 85.1 de la LTC, l'Office examine toute plainte déposée par une personne quant à toute question traitée dans cette partie de la LTC (ce qui, évidemment, comprend les conditions établies dans les tarifs). Si un transporteur aérien refuse d'indemniser un passager conformément au Règlement, par exemple, l'Office peut tenter de régler l'affaire. Habituellement, les plaintes relatives au transport aérien suivent un autre processus de règlement dans le cadre duquel le personnel de l'Office tente de résoudre la plainte en apportant son aide ou grâce à la médiation.

[129] Si l'affaire n'est pas réglée à la satisfaction du plaignant, celui-ci peut demander qu'une décision soit rendue par un tribunal composé de membres de l'Office (article 37 et paragraphe 85.1(3) de la LTC). Ce pouvoir cadre avec la compétence de l'Office (et, en fait, y trouve sa source) pour décider si un transporteur a appliqué les conditions figurant dans son tarif (voir l'article 67.1 de la LTC pour les services intérieurs et l'article 113.1 pour les services internationaux). Il ne faut pas oublier que le législateur a estimé que les obligations imposées par le Règlement en application du paragraphe 86.11(1) font partie des conditions établies dans les tarifs du transporteur (paragraphe 86.11(4)) et que le Règlement a été ainsi promulgué (voir également l'article 122 du *Règlement sur les transports aériens*).

[130] L'Office, s'il conclut qu'un transporteur n'a pas appliqué son tarif, peut ordonner au transporteur de prendre les mesures correctives qu'il estime indiquées, ce qui peut comprendre le paiement de la somme applicable établie dans le Règlement, ainsi qu'une indemnité pour les dépenses supportées par le passager (article 113.1 du *Règlement sur les transports aériens* et sous-alinéa 86(1)h)(iii) de la LTC). Il est intéressant de noter que l'Office s'est également vu accorder le pouvoir discrétionnaire de rendre ses décisions applicables à une partie ou à l'ensemble des passagers d'un vol faisant l'objet d'une plainte visant les dispositions en matière de retard, d'annulation ou de refus d'embarquement du Règlement (sous-alinéa 86(1)h)(iii.1)).

[131] En plus de son rôle de surveillance de l'application des dispositions tarifaires, l'Office peut également faire appliquer le Règlement au moyen de sanctions administratives pécuniaires. Conformément au paragraphe 177(1)

Agency may designate any provisions of the CTA or any regulation as a provision, which if contravened, is a violation under the CTA. The Agency exercised this power at section 32 of the Regulations by designating significant portions, including the compensation provisions at issue in this appeal, as subject to administrative monetary penalties (see Schedule to the Regulations). Administrative monetary penalties are issued by designated enforcement officers named under the CTA (section 178), and notices of violation are reviewable before the Transportation Appeal Tribunal of Canada (sections 180.3 to 180.6).

de la LTC, l'Office peut désigner toute disposition de la LTC ou de ses textes d'application comme un texte dont la contravention constitue une violation de la LTC. L'Office a exercé ce pouvoir à l'article 32 du Règlement en désignant des parties importantes, y compris les dispositions relatives aux indemnités en cause dans le présent appel, comme faisant l'objet de sanctions administratives pécuniaires (voir l'annexe du Règlement). Les sanctions administratives pécuniaires sont imposées par des agents d'application désignés nommés en application de la LTC (article 178), et les procès-verbaux peuvent être révisés devant le Tribunal d'appel des transports du Canada (articles 180.3 à 180.6).

[132] It appears to me, therefore, that the minimum compensation scheme set out in the CTA and the Regulations is markedly different from an action for damages. Not only is it based on a form of standardized and uniform compensation with a view to providing passengers with clear and transparent information and protection, and to avoiding the haphazard application of the various tariffs applicable to the carriers, but it is also enforced through an administrative mechanism rather than through an action for damages: see, by way of analogy, *Brake v. PJ-M2R Restaurant Inc.*, 2017 ONCA 402, 413 D.L.R. (4th) 284, at paragraphs 109–119. Such a scheme provides benefits to certain persons subject to objective conditions which are independent of any cause of action a person may have. Those benefits are not intended to diminish an injured person's damage claim, to which the usual principles of causation, remoteness and mitigation will apply.

[132] Il me semble donc que le régime d'indemnisation minimale établi dans la LTC et le Règlement soit très différent d'une action en dommages-intérêts. Il repose non seulement sur une forme d'indemnité standardisée et uniforme visant à donner aux passagers des renseignements et une protection clairs et transparents, et à éviter l'application désordonnée des divers tarifs applicables aux transporteurs, mais il est également appliqué grâce à un mécanisme administratif plutôt que par voie d'action en dommages-intérêts : voir, à titre de comparaison, *Brake v. PJ-M2R Restaurant Inc.*, 2017 ONCA 402, 413 D.L.R. (4th) 284, aux paragraphes 109 à 119. Un tel régime confère des avantages à certaines personnes sous réserve de conditions objectives indépendantes de toute cause d'action qu'une personne pourrait avoir. Ces avantages n'ont pas pour but d'enlever quoi que ce soit à la demande de dommages-intérêts d'une personne lésée; les principes habituels de causalité, d'éloignement et de limitation s'appliqueront à une telle demande.

[133] Even though the possibility of filing an action in court to recover the amount set out in the Regulations is not excluded by the CTA, the fact remains that in most instances the Regulations will be implemented through an administrative process for obvious reasons (costs, delay, simplicity of the proceedings). In any case, even in those rare instances where a passenger might want to institute an action in court, it would still not be an action for damages since the compensation is fixed and bears no relationship to the actual damage incurred but rather hinges on certain conditions being met.

[133] Bien que la LTC n'exclue pas la possibilité d'introduire une action en justice pour recouvrer la somme prévue dans le Règlement, il reste que, dans la plupart des cas, le Règlement sera mis en œuvre au moyen d'un processus administratif, et ce, pour des raisons évidentes (coûts, délais, simplicité des procédures). Quoi qu'il en soit, même dans les rares cas où un passager pourrait souhaiter intenter une action en justice, il ne s'agirait tout de même pas d'une action en dommages-intérêts puisque l'indemnité est fixe et n'est pas liée au préjudice réel subi, mais repose plutôt sur le respect de certaines conditions.

[134] This is precisely what distinguishes the action launched by the Thibodeaus in the Federal Court from the present matter. As noted by the Supreme Court, the Thibodeaus' claims were clearly an action for damages within the meaning of Article 29 of the Montreal Convention, as their claim was for damages for injuries suffered in the course of an international flight (*Thibodeau*, at paragraph 61). Indeed, their pleading revealed that they were claiming $25,000 in damages and $250,000 in punitive and exemplary damages. As such, their claim did not respect the conditions and limits of Article 17 of the Montreal Convention, and were therefore barred by Article 29. As the Supreme Court made clear, to decide otherwise would undermine one of the main goals of the Montreal Convention, "which is to bring uniformity across jurisdictions to the types and upper limits of claims for damages that may be made against international carriers for damages sustained in the course of carriage of passengers, baggage and cargo" (*Thibodeau*, at paragraph 64; emphasis added). As noted earlier, the Supreme Court was very cautious not to pronounce on the Thibodeaus' further argument that the Montreal Convention excludes only individual damages and not claims for standardized damages, because it was not relevant to the issue in that case. Once again, the claims of the Thibodeaus were for damages on an individual basis, and their argument based on standardized damages could not assist them.

[135] This brings me to the international jurisprudence, and especially to the case law of the E.C.J., to which the Supreme Court referred without commenting on it. The jurisprudence interpreting Article 19 of the Montreal Convention, in the context of its Article 29, comes in vast majority from the E.C.J. for the simple reason that the European Union was first to promulgate several consumer protection oriented regulations that address a variety of airline passenger issues (e.g. flight delay, cancellation, and denied boarding). The first such regulation to attract judicial scrutiny was Regulation 261/2004,

[134] C'est précisément ce qui distingue l'espèce de l'action intentée par les Thibodeau devant la Cour fédérale. Comme l'a indiqué la Cour suprême, les demandes des Thibodeau constituaient clairement une action en dommages-intérêts au sens de l'article 29 de la Convention de Montréal, puisqu'ils réclamaient des dommages-intérêts pour le préjudice subi au cours d'un vol international (*Thibodeau*, au paragraphe 61). Il était en effet indiqué, dans leurs actes de procédure, qu'ils sollicitaient 25 000 $ en dommages-intérêts et 250 000 $ en dommages punitifs et exemplaires. À ce titre, leur demande ne respectait pas les conditions et les limites fixées par l'article 17 de la Convention de Montréal et était donc irrecevable par application de l'article 29. Comme l'a clairement indiqué la Cour suprême, une décision contraire compromettrait l'un des principaux objectifs de la Convention de Montréal, « qui est d'assurer l'uniformité entre les pays quant aux types de recours en dommages-intérêts pouvant être exercés contre les transporteurs internationaux pour des dommages subis au cours du transport de passagers, de bagages et de marchandises » (*Thibodeau*, au paragraphe 64; non souligné dans l'original). Comme je l'ai mentionné précédemment, la Cour suprême a bien pris soin de ne pas se prononcer sur l'autre argument des Thibodeau selon lequel la Convention de Montréal exclut les dommages-intérêts uniquement pour les préjudices individuels et non pour les préjudices appelant des réparations standardisées, parce que cet argument n'était pas pertinent quant à la question dont la Cour suprême était saisie. Rappelons que les demandes des Thibodeau portaient sur des préjudices individuels et que leur argument fondé sur les préjudices appelant des réparations standardisées ne pouvait pas les aider.

[135] J'en viens maintenant à la jurisprudence internationale et plus particulièrement à celle de la Cour européenne de justice, à laquelle la Cour suprême a renvoyé sans la commenter. La jurisprudence relative à l'interprétation de l'article 19 de la Convention de Montréal, dans le contexte de son article 29, provient principalement de la Cour européenne de justice du simple fait que l'Union européenne a été la première à promulguer plusieurs règlements axés sur la protection des consommateurs et visant diverses questions concernant les passagers aériens (p. ex. retards de vols, annulations et

which requires airlines to grant financial compensation to passengers in the event of denied boarding, flight delay, or flight cancellation, to assist them in revising their travel plans by giving them the choice between rescheduling the ticket or a refund, and to pay for their board and lodging.

[136] In a complaint brought before the E.C.J., IATA argued that Regulation 261/2004 violated the Montreal Convention. The Court rejected that claim, and took the position that excessive delay causes two types of damages: (1) "damage that is almost identical for every passenger, redress for which may take the form of standardized and immediate assistance or care for everybody concerned"; and (2) "individual damage, inherent in the reason for travelling, redress for which requires a case-by-case assessment of the damage caused and can consequently only be the subject of compensation granted subsequently on an individual basis" (*International Air Transport Association and European Low Fares Airline Association v. Department for Transport*, C-344/04, [2006] E.C.R. I-403 (*IATA et al.*), at paragraph 43). The Court reasoned that the Regulation addressed the former, while the Montreal Convention addressed the latter. Another way to distinguish Regulation 261/2004 and the Montreal Convention is that the Regulation works at an earlier stage, namely prior to departure of the flight, whereas the system created by the Montreal Convention applies after the flight has been operated. In two critical paragraphs of that decision, the Court stated:

> It is clear from Articles 19, 22 and 29 of the Montreal Convention that they merely govern the conditions under which, after a flight has been delayed, the passengers concerned may bring actions for damages by way of redress on an individual basis, that is to say for compensation, from the carriers liable for damage resulting from that delay.

refus d'embarquement). Le premier de ces règlements ayant justifié un examen judiciaire a été le Règlement nº 261/2004, qui oblige les compagnies aériennes à indemniser les passagers en cas de refus d'embarquement, de retard ou d'annulation de vol, à les aider à modifier leurs plans de voyage en leur donnant le choix entre la modification de leur billet et un remboursement, ainsi qu'à payer leurs repas et leur hébergement.

[136] Dans le contexte d'une plainte portée devant la Cour européenne de justice, l'IATA a fait valoir que le Règlement nº 261/2004 était contraire à la Convention de Montréal. La Cour a rejeté cette allégation et a estimé qu'un retard important cause deux types de préjudices : 1) « des préjudices, quasiment identiques pour tous les passagers, dont la réparation peut prendre la forme d'une assistance ou d'une prise en charge, standardisées et immédiates, pour tous les intéressés »; et 2) « des préjudices individuels, inhérents au motif de leur déplacement, dont la réparation exige une appréciation au cas par cas de l'ampleur des dommages causés et ne peut, en conséquence, que faire l'objet d'une indemnisation a posteriori et individualisée » (*International Air Transport Association et European Low Fares Airline Association c. Department for Transport*, C-344/04, [2006] Rec. C.E. I-403 (*IATA et al.*), au paragraphe 43). La Cour a conclu que le Règlement nº 261/2004 portait sur le premier type de préjudice, tandis que la Convention de Montréal concernait le deuxième. Le Règlement nº 261/2004 et la Convention de Montréal se distinguent aussi par le fait que le Règlement s'applique plus tôt, c'est-à-dire avant le départ du vol, tandis que le système créé par la Convention de Montréal s'applique une fois que le vol a été effectué. La Cour européenne de justice s'est prononcée ainsi dans deux paragraphes importants de cette décision :

> Or, il ressort clairement des dispositions des articles 19, 22 et 29 de la convention de Montréal qu'elles se bornent à régir les conditions dans lesquelles, postérieurement au retard d'un vol, peuvent être engagées par les passagers concernés les actions visant à obtenir, à titre de réparation individualisée, des dommages-intérêts, c'est-à-dire une indemnisation, de la part des transporteurs responsables d'un dommage résultant de ce retard.

> It does not follow from these provisions, or from any other provision of the Montreal Convention, that the authors of the Convention intended to shield those carriers form any other form of intervention, in particular action which could be envisaged by the public authorities to redress, in a standardised and immediate manner, the damage that is constituted by the inconvenience that delay in the carriage of passengers by air causes, without the passengers having to suffer the inconvenience inherent in the bringing of actions for damages before the courts.
>
> *IATA et al.*, at paragraphs 44–45.
>
> See also: Opinion of Advocate General Geelhoed, delivered on 8 Sept. 2005, C-344-04, at paragraphs 50–53.

[137] That decision has been denounced for a number of reasons. Aside from the criticism that the right to compensation contained in Article 7 of Regulation 261/2004 (which deals with flight cancellation) has been improperly read into Article 6 (which deals with delay), some have argued that the compensation for delay is not standardized but particularized, to the extent that it depends upon the distance flown and the time of delay. It has also been suggested that because the penalties imposed for delay are paid to the passengers rather than to a governmental authority, Regulation 261/2004 is closer to an effort to compensate passengers for the damages they incurred rather than to an administrative fine for violating consumer protection regulations. Whether they are compensatory or punitive, critics say, they run afoul of Articles 19 and 29 of the Montreal Convention, because the only actions for damages that can be brought are subject to the conditions and limits set out in the Convention and any other punitive, exemplary or other non-compensatory damages are prohibited: see, for example, Paul Stephen Dempsey and Svante Johansson, "Montreal v. Brussels: The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage" (2010), 35:3 *Air & Space L.* 207, at page 218 and following.

> Il ne résulte ni de ces dispositions, ni d'aucune autre disposition de la convention de Montréal que les auteurs de cette dernière aient entendu soustraire lesdits transporteurs à toute autre forme d'interventions, notamment à celles qui pourraient être envisagées par les autorités publiques pour réparer, d'une manière standardisée et immédiate, les préjudices que constituent les désagréments dus aux retards dans le transport aérien des passagers, sans que ceux-ci aient à supporter les inconvénients inhérents à la mise en œuvre d'actions en dommages-intérêts devant les juridictions.
>
> *IATA et al.*, aux paragraphes 44 et 45.
>
> Voir également : Conclusions de l'avocat général Geelhoed, présentées le 8 septembre 2005, C-344-04, aux paragraphes 50 à 53.

[137] Cette décision a été décriée pour plusieurs raisons. Indépendamment de la critique selon laquelle le droit à l'indemnisation prévu par l'article 7 du Règlement nº 261/2004 (qui traite des annulations de vols) a été interprété à tort comme faisant partie de l'article 6 (qui traite des retards), certains ont soutenu que l'indemnité en cas de retard est particularisée et non standardisée, dans la mesure où elle dépend de la distance parcourue et de la durée du retard. D'aucuns ont également avancé que, puisque les pénalités imposées en cas de retard sont versées aux passagers plutôt qu'à une autorité gouvernementale, le Règlement nº 261/2004 s'apparente davantage à un effort d'indemnisation des passagers pour les préjudices subis qu'à une sanction administrative pour la violation de règlements de protection des consommateurs. Selon les critiques, que les dommages-intérêts soient compensatoires ou punitifs, ils contreviennent aux articles 19 et 29 de la Convention de Montréal, étant donné que les seules actions en dommages-intérêts susceptibles d'être intentées sont assujetties aux conditions et aux limites établies dans la Convention de Montréal et que les autres dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ou les dommages à un titre autre que la réparation sont proscrits : voir, par exemple, Dempsey, Paul Stephen et Svante Johansson, « Montreal v. Brussels : The Conflict of Laws on the Issue of Delay in International Air Carriage » (2010), 35:3 *Air & Space L.* 207, à la page 218 et suivantes.

[138] Despite these criticisms, the E.C.J. reaffirmed that Regulation 261/2004 does not conflict with Article 19 of the Montreal Convention in *Wallentin-Hermann v. Alitalia*, C-549/07, [2008] E.C.R. I-11065 and in *Sturgeon*. In the latter case, the E.C.J. ruled that delays exceeding three hours must be treated as cancellations for compensation purposes under Regulation 261/2004, even though delay was deliberately left outside the scope of the application of Article 7. By bringing delays within the situations in which compensation can be claimed under the Regulation, the *Sturgeon* case gave new impetus to the exclusivity debate of the Montreal Convention.

[139] The E.C.J. confirmed the *Sturgeon* judgment and Regulation 261/2004's consistency with the Montreal Convention in *Nelson and others v. Deutsche Lufthansa AG, TUI Travel and others v. Civil Aviation Authority*, Joined cases C-581/10 & C-629-10, [2012] E.C.R. I-295 where it explained that a loss of time cannot be categorized as "damage occasioned by delay" (at paragraph 55) within the meaning of Article 19 and therefore cannot come within the scope of Article 29 of the Montreal Convention. First, a loss of time is not damage arising as a result of delay, but rather an inconvenience, just like other inconveniences resulting from denied boarding, flight cancellation and long delay. Second, since a loss of time is suffered identically by all passengers whose flights are delayed, their redress can be effected by means of a pre-determined amount, without the necessity of individual assessments. Finally, there is not necessarily a causal link between the actual delay and the loss of time considered relevant for the purpose of giving rise to a right to compensation or calculating the amount of that compensation. For those reasons, the loss of time inherent in a flight delay does not fall within the "damage occasioned by delay" envisaged by Article 19 of the Montreal Convention and does not come within the exclusivity principle of Article 29 of that Convention. Much like previous decisions, this case drew a fair amount of negative commentary: see, for example, Peter Haanappel, "Compensation for Denied Boarding, Flight Delays and Cancellation Revisited" (2013), 62 *German J. of Air and Space L.* 38,

[138] Malgré ces critiques, la Cour européenne de justice a réaffirmé, dans la décision *Wallentin-Hermann c. Alitalia*, C-549/07, [2008] Rec. C.E. I-11065, ainsi que dans la décision *Sturgeon*, que le Règlement nº 261/2004 n'est pas incompatible avec l'article 19 de la Convention de Montréal. Dans la décision *Sturgeon*, la Cour européenne de justice a conclu que les retards de plus de trois heures devaient être traités comme des annulations aux fins d'indemnisation en application du Règlement nº 261/2004, bien que les retards aient été volontairement écartés du champ d'application de l'article 7. En faisant des retards une des situations dans lesquelles une indemnisation peut être demandée conformément au Règlement, la décision *Sturgeon* a relancé le débat sur le principe d'exclusivité énoncé dans la Convention de Montréal.

[139] La Cour européenne de justice a confirmé que la décision *Sturgeon* et le Règlement nº 261/2004 étaient compatibles avec la Convention de Montréal dans l'arrêt *Nelson et al. c. Deutsche Lufthansa AG*, *TUI Travel et al. c. Civil Aviation Authority*, affaires jointes C-581/10 et C-629-10, [2012] Rec. C.E. I-295, où elle a expliqué qu'une perte de temps ne peut être catégorisée en tant que « dommage résultant d'un retard » (au paragraphe 55) au sens de l'article 19 et ne peut donc pas relever de l'article 29 de la Convention de Montréal. Premièrement, une perte de temps n'est pas un dommage généré à la suite d'un retard, mais plutôt un désagrément, à l'instar d'autres désagréments sous-jacents aux situations de refus d'embarquement, d'annulation de vol et de retard important. Deuxièmement, puisque la perte de temps est subie d'une manière identique par tous les passagers de vols retardés; ceux-ci peuvent très bien obtenir réparation sous forme d'une indemnité prédéterminée sans qu'il soit nécessaire d'évaluer leur cas individuellement. Enfin, il n'existe pas nécessairement de lien de causalité entre le retard effectif et la perte de temps considérée comme pertinente pour l'établissement de l'existence du droit à indemnisation ou pour le calcul du montant de cette dernière. Pour ces motifs, la perte de temps qu'entraîne inévitablement un retard de vol n'est pas un « dommage résultant d'un retard » prévu par l'article 19 de la Convention de Montréal et ne donne pas lieu à l'application du principe d'exclusivité de l'article 29 de la Convention de Montréal. À l'instar des décisions antérieures, cette décision a fait

at pages 48–50; Robert Lawson and Tim Marland, "The Montreal Convention 1999 and the Decisions of the ECJ in the Cases of *IATA* and *Sturgeon* – in Harmony or Discord?" (2011), 36:2 *Air & Space L.* 99; Radosevic, Sonja, "*CJEU's Decision in Nelson and Others in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention*" (2013), 38:2 *Air & Space L.* 95; Charlotte Thijssen "The Montreal Convention, EU Regulation 261/2004 and the Sturgeon Doctrine: How to Reconcile the Three?" (2013), 12:3 *Issues in Aviation L. & Pol'y* 413.

[140] The reasoning of the E.C.J. was followed by a number of national courts, notably by the Court of Appeal of England and Wales (see, for example, *Dawson v. Thomson Airways Ltd.*, [2014] EWCA Civ. 845 (BAILII) and *Gahan v. Emirates*, [2017] EWCA Civ. 1530 (BAILII)) and by the French Court of Cassation (see, for example, Cour de cassation, 1re civ., 15 juin 2017, nº 16-19.375, ECLI:FR:CCASS:2017:C100751, Société XL Airways France c. Georges X… et Christina Y…, épouse X…, non publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 22 février 2017, nº 15-27.809, ECLI:FR:CCASS:2017:C100219, Société Air France c. M. [R] [O], publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 25 mars 2015, nº 13-24.431, ECLI:FR:CCASS:2015:C100409, Société XL Airways France c. Charles-Edouard X… et Erika Y…, publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 14 mars 2018, nº 17-15.378, ECLI:FR:CCASS:2018:C100281, Yasuko X… c. Société Air France, non publié au bulletin). The E.C.J. itself recently reiterated the distinction made in its earlier jurisprudence between standardized damages compensable under Regulation 261/2004 and individualized damages requiring a case-by-case assessment in *Radu Lucian Rusu and Oana Maria Rusu v. SC Blue Air—Airline Management Solutions SRL*, C-354/18, [2019] E.C.R. I-319.

[141] On the basis of that case law, therefore, it would appear that a regulatory regime providing minimum compensation for the inconvenience inherent in a delay, which essentially consists of a loss of time identical for all passengers, can operate side by side with Article 19

l'objet de beaucoup de commentaires négatifs : voir, par exemple, Peter Haanappel, "Compensation for Denied Boarding, Flight Delays and Cancellation Revisited" (2013), 62 *German J. of Air and Space L.* 38, aux pages 48 à 50; Robert Lawson et Tim Marland, « The Montreal Convention 1999 and the Decisions of the ECJ in the Cases of *IATA* and *Sturgeon* – in Harmony or Discord? » (2011), 36:2 *Air & Space L.* 99; Sonja Radosevic, « *CJEU's Decision in Nelson and Others in Light of the Exclusivity of the Montreal Convention* » (2013), 38:2 *Air & Space L.* 95, à la page 95; Charlotte Thijssen, « The Montreal Convention, EU Regulation 261/2004 and the Sturgeon Doctrine : How to Reconcile the Three? » (2013), 12:3 *Issues in Aviation L. & Pol'y* 413.

[140] Le raisonnement de la Cour européenne de justice a été suivi par plusieurs tribunaux nationaux, notamment la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles (voir, par exemple, *Dawson v. Thomson Airways Ltd.*, [2014] EWCA Civ. 845 (BAILII), et *Gahan v. Emirates*, [2017] EWCA Civ. 1530 (BAILII)) et la Cour de cassation en France (voir, par exemple, Cour de cassation, 1re civ., 15 juin 2017, nº 16-19.375, ECLI:FR:CCASS:2017:C100751, Société XL Airways France c. Georges X… et Christina Y…, épouse X…, non publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 22 février 2017, nº 15-27.809, Société Air France c. M. [R] [O], publié au bulletin; Cour de cessation, 1re civ., 25 mars 2015, nº 13-24.431, ECLI:FR:CCASS:2015:C100409, Société XL Airways France c. Charles-Edouard X… et Erika Y…, publié au bulletin; Cour de cassation, 1re civ., 14 mars 2018, nº 17-15.378, ECLI:FR:CCASS:2018:C100281, Yasuko X… c. Société Air France, non publié au bulletin). La Cour européenne de justice a elle-même récemment rappelé la distinction établie dans sa jurisprudence antérieure entre les préjudices appelant des réparations standardisées, indemnisables en application du Règlement nº 261/2004, et les préjudices individuels nécessitant une évaluation au cas par cas (voir *Radu Lucian Rusu et Oana Maria Rusu c. SC Blue Air—Airline Management Solutions SRL*, C-354/18, [2019] Rec. C.E. I-319).

[141] Compte tenu de cette jurisprudence, il semblerait donc qu'un régime réglementaire prévoyant une indemnisation minimale pour le désagrément découlant d'un retard, qui est essentiellement une perte de temps identique pour tous les passagers, puisse fonctionner

of the Montreal Convention, which is meant to cover liability for the individual damage occasioned by the delay and which necessarily varies from one passenger to another. Both regimes are compensatory in nature, even if they do not compensate for the same kind of loss. The two regimes also differ in two important respects. First, Article 19 creates a strict liability regime, whereby passengers do not have to show fault on the part of the carrier but must prove their individual damage, whereas Regulation 261/2004 provides for a fixed and standardized amount of damage depending on the length of the delay instead of proof of damage. Second, the carriers can exonerate themselves by proving that they took all reasonable measures that could avoid the damage under Article 19 of the Montreal Convention, whereas no such exoneration is contemplated by Regulation 261/2004.

parallèlement à l'article 19 de la Convention de Montréal dont le but est de régir la responsabilité pour les préjudices individuels qui sont causés par le retard et qui sont forcément différents selon les passagers. Les deux régimes sont de nature compensatoire même si l'indemnisation ne vise pas le même type de perte. Les deux régimes diffèrent également à deux importants égards. Premièrement, l'article 19 crée un régime de responsabilité strict en vertu duquel les passagers n'ont pas à prouver que le transporteur a commis une faute, mais doivent plutôt prouver le préjudice individuel qu'ils ont subi; le Règlement n° 261/2004, en revanche, prévoit une indemnisation fixe et standardisée qui dépend de la durée du retard et ne nécessite pas de prouver l'existence d'un préjudice. Deuxièmement, les transporteurs peuvent s'exonérer de toute responsabilité en prouvant qu'ils ont pris toutes les mesures raisonnables afin d'éviter le préjudice aux termes de l'article 19 de la Convention de Montréal, tandis que le Règlement n° 261/2004 ne prévoit pas une telle exonération.

[142] It is obvious from a reading of the RIAS that the Regulations were adopted with a view to emulating and aligning with the European Union regime. While they are not identical, they build upon the same framework and share the same rationale of better protecting passengers and compensating them for inconvenience resulting from the disruption of their flight schedules. As previously mentioned, the Supreme Court expressly left open the question of whether the Montreal Convention extends to bar claims for standardized compensation, as it did not have to rule on that issue to decide the Thibodeaus' claims. It nevertheless considered the cases decided under both the Warsaw Convention and the Montreal Convention (many of which I just referred to), and stated emphatically that "[i]n light of the *Montreal Convention*'s objective of achieving international uniformity, we should pay close attention to the international jurisprudence and be especially reluctant to depart from any strong international consensus that has developed in relation to its interpretation" (*Thibodeau*, at paragraph 50). I therefore draw further support from that jurisprudence for my conclusion that the Regulations, far from being incompatible with the Montreal Convention, are more properly characterized as complementary to it and thus do not infringe on its exclusivity principle.

[142] À la lecture du REIR, il est bien évident que le Règlement a été adopté afin d'imiter le régime de l'Union européenne et de s'harmoniser avec celui-ci. Malgré leurs différences, ils se fondent sur le même cadre et ont la même raison d'être, à savoir l'amélioration de la protection des passagers et leur indemnisation pour les désagréments découlant de la perturbation de leurs horaires de vols. Comme je l'ai déjà indiqué, la Cour suprême a expressément laissé en suspens la question de savoir si la Convention de Montréal fait obstacle aux demandes d'indemnisation standardisées, puisqu'elle n'a pas tranché cette question pour se prononcer sur les demandes des Thibodeau. Elle a néanmoins examiné les décisions rendues en application de la Convention de Varsovie et de la Convention de Montréal (dont beaucoup viennent d'être mentionnées), et a déclaré catégoriquement que « [c]ompte tenu de l'objectif de la *Convention de Montréal* d'assurer l'uniformité internationale des règles, nous devons porter une grande attention à la jurisprudence internationale, et nous montrer particulièrement réticents à nous écarter du fort consensus international qui s'est progressivement établi sur son interprétation » (*Thibodeau*, au paragraphe 50). En conséquence, je tire de cette jurisprudence un fondement encore plus solide à ma conclusion selon laquelle le Règlement, loin d'être incompatible avec la Convention

(a) *The minimum compensation for cancellation and denied boarding*

[143] Paragraph 12(3)(d) and section 19 of the Regulations impose automatic, fixed liability for flight cancellation identical to that for flight delay in circumstances that are "within the carrier's control", but are not required for "safety purposes". In a similar fashion, paragraph 12(4)(d) and section 20 provide for automatic, fixed liability for denial of boarding in similar circumstances. Denial of boarding is defined at subsection 1(3) of the Regulations as the situation where "a passenger is not permitted to occupy a seat on board a flight because the number of seats that may be occupied on the flight is less than the number of passengers who have checked in by the required time, hold a confirmed reservation and valid travel documentation and are present at the boarding gate at the required boarding time". In both instances, the quantum of liability is tiered as a function of delay in arrival time.

[144] The appellants concede that the Montreal Convention does not explicitly address carrier liability for cancellation or denial of boarding, but nevertheless argue that these two occurrences fall within its scope. They point out that the term "delay" is not defined, and rely on the case law interpreting and applying the Montreal Convention and the Warsaw Convention to argue that only total non-performance of the contract of carriage by air falls outside the scope of these Conventions. The appellants submit that where, despite a cancellation or denial of boarding, the carrier ultimately performs the contract of carriage, it falls within the category of "delay". Yet, the Regulations impose liability for cancellation and denial of boarding based on the scheduled and actual arrival time, using identical language and structure to the delay provisions. It is thus evident, the appellants contend, that paragraphs 12(3)(d), 12(4)(d), and sections 19 and 20 of the Regulations seek to impose liability on air carriers that relates to delay,

de Montréal, s'apparente plutôt à un complément et n'empiète donc pas sur son principe d'exclusivité.

a) *Indemnités minimales en cas d'annulation et de refus d'embarquement*

[143] L'alinéa 12(3)d) et l'article 19 du Règlement imposent, en cas d'annulation de vol, une responsabilité automatique fixe identique à la responsabilité en cas de retard dans les situations qui sont « attribuable[s] » au transporteur, mais qui ne sont pas nécessaires « par souci de sécurité ». De la même manière, l'alinéa 12(4)d) et l'article 20 prévoient une responsabilité fixe automatique en cas de refus d'embarquement dans des circonstances semblables. Le refus d'embarquement est défini au paragraphe 1(3) du Règlement comme la situation dans laquelle « un passager ne peut pas occuper un siège sur un vol parce que le nombre de sièges pouvant être occupés est inférieur au nombre de passagers qui se sont enregistrés à l'heure requise, qui possèdent une réservation confirmée et des documents de voyage valides et qui sont présents à la porte d'embarquement à l'heure prévue pour leur embarquement ». Dans les deux cas, le montant de l'indemnité dépend de la durée du retard à l'arrivée.

[144] Les appelantes reconnaissent que la Convention de Montréal n'aborde pas explicitement la question de la responsabilité du transporteur en cas d'annulation ou de refus d'embarquement; elles affirment toutefois que ces deux situations entrent dans son champ d'application. Elles font remarquer que le terme « retard » n'est pas défini et s'appuient sur la jurisprudence interprétant et appliquant la Convention de Montréal et la Convention de Varsovie pour affirmer que seule l'inexécution totale du contrat de transport aérien ne relève pas du champ d'application de ces conventions. Elles prétendent que toute situation où le transporteur, en dépit d'une annulation ou d'un refus d'embarquement, exécute au bout du compte le contrat de transport se classe dans la catégorie du « retard ». Pourtant, le Règlement impose une responsabilité en cas d'annulation ou de refus d'embarquement en fonction de l'heure d'arrivée prévue et de l'heure d'arrivée réelle, et suit une formulation et une structure identiques à celles des dispositions relatives

a matter which in their view falls within the Montreal Convention's uniform and exclusive liability regime.

[145] This argument cannot succeed. Even if flight cancellation or denial of boarding could be assimilated to delay, the compensation scheme set out in paragraphs 12(3)(d), 12(4)(d), and sections 19 and 20 would not be incompatible with the Convention for the reasons already given above with respect to the compensation for delay.

[146] Moreover, I agree with the Attorney General that cancellation, denial of boarding and delay are three different concepts, both factually and legally. Cancellation obviously results in the non-performance of the contract of carriage. The same is true for a denial of boarding: while the traveller may eventually get to his or her destination, it will not be pursuant to the original ticket/contract, such that it also represents non-performance of that contract. On the other hand, delay is better characterized as the late performance of the contract. The fact that the amount of compensation is established on the basis of the length of the delayed arrival does not change the nature of the circumstances that mandated the compensation and does not transform a cancellation or denial of boarding into a delay. As a matter of fact, passengers can opt for a refund if the alternate travel arrangement does not accommodate their needs and the cancellation or denial of boarding is within the carrier's control. In that scenario, the compensation is fixed: Regulations, subsections 17(2) and 19(2). I note, parenthetically, that the passenger who has been denied boarding and who has opted for a refund does not seem to be entitled to a compensation; there is no equivalent to subsection 19(2) in section 20. Compensation for cancellation and denial of boarding will be determined according to the length of time between scheduled and actual arrival only if alternate travel arrangement takes place: Regulations, subsections 19(1) and 20(1).

aux retards. Il est donc évident, selon les appelantes, que les alinéas 12(3)d) et 12(4)d) ainsi que les articles 19 et 20 du Règlement cherchent à engager la responsabilité des transporteurs aériens relativement aux retards; elles estiment que cette question relève du régime de responsabilité exclusive et uniforme de la Convention de Montréal.

[145] Cet argument ne peut être retenu. Même s'il était possible d'assimiler l'annulation d'un vol ou le refus d'embarquement à un retard, le régime d'indemnisation prévu aux alinéas 12(3)d) et 12(4)d) ainsi qu'aux articles 19 et 20 ne serait pas incompatible avec la Convention de Montréal pour les motifs déjà exposés ci-dessus en ce qui concerne l'indemnité en cas de retard.

[146] De plus, je conviens avec le procureur général que l'annulation, le refus d'embarquement et le retard sont trois notions différentes, sur le plan factuel comme sur le plan juridique. L'annulation est de toute évidence une non-exécution du contrat de transport. Il en va de même pour le refus d'embarquement : le passager peut au bout du compte se rendre à destination, mais non avec son billet (ou contrat) original, ce qui équivaut donc aussi à une non-exécution du contrat. Par contre, le retard s'apparente davantage à une exécution tardive du contrat. Le fait que le montant de l'indemnité soit fixé en fonction de la durée du retard à l'arrivée ne change rien à la nature des circonstances qui ont rendu obligatoire le versement de l'indemnité et ne fait pas de l'annulation ou du refus d'embarquement un retard. En fait, les passagers peuvent choisir de se faire rembourser si les arrangements de voyage alternatifs ne répondent pas à leurs besoins et si l'annulation ou le refus d'embarquement est attribuable au transporteur. Dans ce cas de figure, l'indemnité est fixe : Règlement, aux paragraphes 17(2) et 19(2). J'ajoute, entre parenthèses, que le passager à qui on a refusé l'embarquement ou qui a choisi de se faire rembourser ne semble pas avoir droit à une indemnité; l'article 20 ne contient pas de disposition équivalente au paragraphe 19(2). L'indemnité en cas d'annulation ou de refus d'embarquement dépendra de la durée écoulée entre l'heure d'arrivée prévue et l'heure d'arrivée réelle, et ce, uniquement si des arrangements de voyage alternatifs ont lieu : Règlement, aux paragraphes 19(1) et 20(1).

[147] I am of the view, therefore, that the minimum compensation required by the Regulations for cancellation and denied boarding falls outside the scope of Article 19 of the Montreal Convention.

(b) *The minimum compensation for lost or damaged baggage*

[148] The appellants submit that the baggage liability provisions under the Regulations contravene the Montreal Convention. They submit that Article 17(2) of that Convention provides that air carriers are liable for damage sustained by passengers in the event of destruction or loss of, or damage to checked baggage caused by an event occurring while the baggage is in the charge of the air carrier. Moreover, Article 19 imposes liability for damage occasioned by delay in the carriage of baggage. This liability is capped at Article 22(2) to a maximum of 1,288 SDR on proof of loss, unless the passenger made a special declaration of value when the baggage was handed over to the air carrier. The Montreal Convention therefore caps liability for the damages actually sustained, and the loss must be demonstrated.

[149] However, subsections 23(1) and (2) of the Regulations set the carrier's liability for lost or damaged baggage at an amount equal to the sum of the fees paid for that baggage and the compensation payable under the *Carriage by Air Act* (i.e. under the Montreal Convention). As a result, the liability imposed by the Regulations will in many instances exceed the cap set by Article 22(2) of the Montreal Convention.

[150] Moreover, subsection 23(2) of the Regulations imposes liability for temporary loss of baggage for "21 days or less", which the appellants submit should be more correctly referred to as "delay" rather than "temporary loss". Framed as such, they submit, this liability not only contravenes the exclusivity principle enshrined in the Convention because its Article 19 imposes liability

[147] Je suis donc d'avis que l'indemnité minimale prévue par le Règlement en cas d'annulation ou de refus d'embarquement ne relève pas du champ d'application de l'article 19 de la Convention de Montréal.

b) *Indemnités minimales en cas de perte ou d'endommagement de bagages*

[148] Les appelantes affirment que les dispositions du Règlement pour ce qui est de la responsabilité des bagages vont à l'encontre de la Convention de Montréal. Elles font valoir que le paragraphe 17(2) de la Convention de Montréal prévoit que les transporteurs aériens sont responsables du dommage survenu en cas de destruction, de perte ou d'avarie de bagages enregistrés en raison d'un événement survenu au cours de toute période durant laquelle le transporteur aérien avait la garde des bagages enregistrés. De plus, l'article 19 impose au transporteur une responsabilité en cas de dommage causé par un retard dans le transport des bagages. Cette responsabilité est plafonnée, au paragraphe 22(2), à 1 288 droits de tirage spéciaux s'il est prouvé que le bagage a été perdu, sauf si le passager a fait une déclaration spéciale concernant la valeur au moment de la remise des bagages au transporteur aérien. La Convention de Montréal limite donc la responsabilité pour les dommages réellement subis et la perte doit être prouvée.

[149] Cependant, les paragraphes 23(1) et (2) du Règlement fixent la responsabilité du transporteur en ce qui concerne les bagages perdus ou endommagés au total des frais payés pour ces bagages et de l'indemnité payable conformément à la *Loi sur le transport aérien* (c.-à-d. en application de la Convention de Montréal). Par conséquent, la responsabilité imposée par le Règlement dépassera, dans de nombreux cas, le plafond fixé par le paragraphe 22(2) de la Convention de Montréal.

[150] En outre, le paragraphe 23(2) du Règlement impose une responsabilité en cas de perte temporaire des bagages pendant « vingt et un jours ou moins », ce qui, selon les appelantes, devrait être qualifié de « retard » plutôt que de « perte temporaire ». Les appelantes soutiennent qu'avec une telle formulation, cette responsabilité va non seulement à l'encontre du principe

for delay of baggage, but it is also *ultra vires* of its enabling legislation. Section 86.11 of the CTA does not authorize the making of regulations in respect of delay of baggage, and the Agency cannot trespass beyond that provision's limitations by using the label "temporary loss" to regulate delay.

[151] I agree with the Attorney General that requiring carriers to reimburse baggage fees does not contravene the Montreal Convention. While the baggage provisions in the Regulations do not explicitly seek to compensate passengers for the "inconvenience" of the occurrence, as do the provisions relating to delay, cancellation and denied boarding provisions, they achieve the same purpose: providing standardized and immediate assistance that is almost identical for every passenger. Even if all passengers do not lose their baggage or have their baggage damaged at the same time, subsection 23(1) of the Regulations treats each occurrence in an identical manner, one which does not account for individualized loss.

[152] Moreover, baggage fees do not represent any sort of individualized loss or harm, and they are not part of the value of the baggage. The fees remain the same for each passenger, depending on the number of bags. Interpreted within the context of the statutory scheme, both subsection 23(1) of the Regulations and the authorizing paragraph 86.11(1)(c) of the CTA implicitly aim to compensate passengers for the inconvenience of lost or damaged baggage.

[153] That being said, I agree with the appellants on the second point. The explicit text of paragraph 86.11(1)(c) of the CTA states that the baggage regulations must relate to "lost or damaged" baggage, and do not expressly provide for compensation in the event of a "temporary loss" of baggage. The Attorney General claims that the ordinary meaning of the words "lost baggage" encompasses baggage that cannot be located by an air carrier upon arrival, even if such baggage is found a few days

d'exclusivité enchâssé dans la Convention de Montréal puisque l'article 19 de celle-ci impose une responsabilité pour les retards de bagages, mais elle outrepasse également les pouvoirs conférés par la législation habilitante. L'article 86.11 de la LTC ne permet pas la prise de règlements en ce qui concerne les retards de bagages et l'Office ne peut pas outrepasser les limites de cette disposition en ayant recours à l'expression « perte temporaire » pour réglementer les retards.

[151] Je conviens avec le procureur général que le fait d'obliger les transporteurs à rembourser les frais liés aux bagages ne contrevient pas à la Convention de Montréal. Bien que les dispositions du Règlement en ce qui a trait aux bagages ne visent pas explicitement à indemniser les passagers pour les « inconvénients » de la situation, comme le font les dispositions portant sur les retards, les annulations et les refus d'embarquement, leur objectif est le même : offrir une assistance standardisée et immédiate qui soit quasiment identique pour tous les passagers. Même si tous les passagers ne subissent pas en même temps la perte ou l'endommagement de leurs bagages, le paragraphe 23(1) du Règlement traite chaque situation de la même manière, c'est-à-dire sans tenir compte de la perte individualisée.

[152] De plus, les frais liés aux bagages ne représentent nullement un préjudice ou une perte individualisée et ne font pas partie de la valeur des bagages. Les frais restent les mêmes pour chaque passager, selon le nombre d'articles de bagages. Si on les interprète dans le contexte du régime réglementaire, le paragraphe 23(1) du Règlement et l'alinéa habilitant 86.11(1)c) de la LTC visent tous deux implicitement à indemniser les passagers pour l'inconvénient que représente la perte ou l'endommagement des bagages.

[153] Ceci étant dit, je partage l'avis des appelantes quant au deuxième point. Le libellé de l'alinéa 86.11(1)c) de la LTC indique explicitement que les règlements en ce qui a trait aux bagages doivent prévoir des indemnités « en cas de perte ou d'endommagement » des bagages, sans prévoir expressément d'indemnité en cas de « perte temporaire » des bagages. Le procureur général allègue que le sens ordinaire des mots « perte [...] de bagage » comprend les bagages que le transporteur aérien ne

later by the air carrier. With all due respect, I do not think this interpretation is possible in light of the context and purpose of the CTA and its paragraph 86.11(1)(c).

[154] The Montreal Convention entitles passengers to damages for lost or damaged baggage, in addition to delay in the carriage of baggage. Thus, it distinguishes between baggage that is "lost" from that which is "delayed", as the appellants suggest. Given that dichotomy, it is important to underscore Parliament's choice to provide for regulations relating to "lost or damaged" baggage, but not for "delayed" baggage. Interpreting "lost baggage" in paragraph 86.11(1)(c) to include baggage delay would be inconsistent with the clear distinction drawn by the Montreal Convention between these two terms, without any good reason for doing so. I also note that the objective of the Regulations with respect to lost or damaged baggage, according to the RIAS, was apparently to extend the application of the Montreal Convention regime to domestic travel, and to require the reimbursement of any baggage fees. In my view, this is quite telling as it says nothing about temporary loss.

[155] In light of the foregoing, I agree with the appellants that Parliament only intended to authorize the Agency to regulate minimum compensation relating to lost or damaged baggage, but not for delayed baggage. Subsection 23(2) of the Regulations should therefore be held *ultra vires* the CTA.

(4) The state practice

[156] Pursuant to Article 31 of the *Vienna Convention*, a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose. Paragraph 31(3)(b) provides that "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation"

trouve pas à l'arrivée, même s'il les retrouve quelques jours plus tard. Il ne me paraît pas possible de retenir cette interprétation compte tenu du contexte et de l'objet de la LTC et de son alinéa 86.11(1)c).

[154] Sous le régime de la Convention de Montréal, les passagers ont droit à des dommages-intérêts en cas de perte ou d'endommagement de leurs bagages, de même qu'en cas de retard dans le transport des bagages. Ainsi, comme l'affirment les appelantes, la Convention de Montréal établit une distinction entre la « perte » et le « retard » des bagages. Compte tenu de cette dichotomie, il importe d'insister sur le choix du législateur de mettre en place une réglementation concernant la « perte ou [l]'endommagement » des bagages, mais non le « retard » des bagages. Le fait d'interpréter l'expression « perte [...] de bagage » employée à l'alinéa 86.11(1)c) de manière à inclure les retards de bagages serait incompatible avec la distinction claire établie entre ces deux termes par la Convention de Montréal, et cette contradiction n'aurait aucun motif valable. Je constate également que l'objet du Règlement en ce qui concerne la perte ou l'endommagement de bagages était apparemment, d'après le REIR, d'étendre l'application du régime de la Convention de Montréal aux voyages intérieurs et d'exiger le remboursement de tous les frais liés aux bagages. Ceci me semble assez révélateur puisqu'il n'est pas du tout question de la perte temporaire.

[155] Compte tenu de ce qui précède, je conviens avec les appelantes que le seul but du législateur était d'autoriser l'Office à réglementer l'indemnisation minimale pour la perte ou à l'endommagement de bagages, mais non pour le retard de bagages. Le paragraphe 23(2) du Règlement doit donc être jugé comme outrepassant les pouvoirs conférés par la LTC.

4) La pratique des États

[156] Conformément à l'article 31 de la *Convention de Vienne*, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. L'alinéa 31(3)b) prévoit que « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation

shall be taken into account in the interpretation of a treaty. This is to be contrasted with the supplementary means of interpretation enumerated in Article 32, such as the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, which may be used to confirm the meaning resulting from the application of Article 31. As a result, resort to state practice is not contingent on the existence of an ambiguity in the text of a treaty; on the contrary, it is an integral part of the interpretation process and is on a par with the words of the treaty and its context: Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, at pages 253 and 347; "Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries" in *Report of the International Law Commission*, 2018, 70th Sess., Supp. No. 10, U.N. Doc. A/73/10, at page 20; *Yugraneft*, at paragraph 21; *Febles*, at paragraph 90. In both their written and oral submissions, the parties have devoted much time and effort to that notion of state practice, either to show (from the Attorney General's perspective) that the state practice confirms its interpretation of the Montreal Convention or (from the appellants' point of view) that the evidence adduced by the Attorney General does not establish such a practice.

[157] There is no doubt that the practice of the parties to a treaty can be quite useful in clarifying the meaning to be given to the treaty, and may result in narrowing, widening or otherwise determining the range of possible interpretations. This is important because it constitutes objective evidence of the understanding of the parties with respect to the treaty that they signed: see *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, [1999] I.C.J. Rep. 1045, at paragraph 49, quoting from *Yearbook of the International Law Commissions 1966*, Vol. II (New York: United Nations, 1967), at paragraph 15 (A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1). As noted by the authors, state practice can include any conduct—actions or omissions, including silence—of a party, whether in the exercise of its executive, legislative, judicial or other functions: see Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2nd ed. Berlin: Springer, 2018,

du traité » doit être prise en compte aux fins de l'interprétation d'un traité. Cela se distingue des moyens complémentaires d'interprétation indiqués à l'article 32, notamment les travaux préparatoires du traité et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, qui peuvent servir à confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31. Ainsi, le recours à la pratique des États n'est pas subordonné à l'existence d'une ambiguïté dans le libellé d'un traité; il fait plutôt partie intégrante du processus d'interprétation et est sur un pied d'égalité avec le libellé du traité et son contexte : Gardiner, Richard, *Treaty Interpretation*, 2e éd. Oxford : Oxford University Press, 2015, aux pages 253 et 347; « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », dans *Rapport de la Commission du droit international*, 2018, 70e sess., suppl. no 10, doc. N.U. A/73/10, à la page 20; *Yugraneft*, au paragraphe 21; *Febles*, au paragraphe 90. Dans leurs observations écrites et orales, les parties ont consacré beaucoup de temps et d'énergie à cette notion de pratique des États, le procureur général ayant cherché à montrer que la pratique des États confirme son interprétation de la Convention de Montréal et les appelantes ayant quant à elles essayé de démontrer que les éléments de preuve produits par le procureur général ne permettaient pas d'établir cette pratique.

[157] La pratique des parties à un traité est certainement très utile pour préciser le sens du traité et peut réduire, élargir ou déterminer autrement l'éventail des interprétations possibles. Cette constatation est importante parce qu'il s'agit d'une preuve objective de la compréhension des parties quant au traité qu'elles ont signé : voir *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, [1999] C.I.J. Recueil 1045, au paragraphe 49, citant l'*Annuaire de la Commission du droit international 1966*, vol. II (New York : Nations Unies, 1967), au paragraphe 15 (A/CN.4/SER. A/1966/Add. 1). Comme l'ont indiqué les auteurs, la pratique des États peut inclure toute conduite d'une partie (il peut s'agir d'actions, d'omissions ou même de silence), dans l'exercice de ses fonctions exécutives, législatives, judiciaires ou autres : voir Oliver Dörr et Kirsten Schmalenbach, *Vienna Convention on the Law of Treaties : A Commentary*, 2e éd. Berlin : Springer, 2018, à la page 597; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*,

at page 597; Richard Gardiner, *Treaty Interpretation*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, at page 257; *Report of the International Law Commission*, above, at pages 31 and 37; Giovanni Distefano, « La pratique subséquente des états parties à un traité » (1994), 40 *A.F.D.I.* 41, at page 48. Needless to say, the practice must be generalized, consistent and uniform; subsequent practice which does not fall within this narrow definition will, at best, constitute a supplementary means of interpretation within the meaning of Article 32: see, *inter alia*, *Case Concerning Kasikili/Sedudu Island*, above, at paragraphs 79–80; *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) (1995), No. 15318/89, ECHR (Ser. A) No. 310, at paragraphs 79–81; Mustafa Kamil Yasseen, "L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 151, at page 52; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. Manchester: Manchester University Press, 1984, at pages 137–138.

[158] In support of its position that state practice confirms its interpretation of the Montreal Convention, the Attorney General has tendered the expert affidavit evidence of Professor Vincent Correia. Professor Correia holds a Doctorate in law and has published extensively in the field of European and international air and space law. He currently teaches at the University of Paris-Saclay (France) and at the University of Leiden (Netherlands). In his expert report, he looked at various legal regimes adopted throughout the world to protect the rights of the passengers.

[159] He first focuses on the legal regime of the European Union because it was in Europe that the movement aimed to better protect air passengers, which started in 1991. In 2004, Regulation (EC) No. 261/2004, which I have already mentioned, expanded the initially proposed rights to establish "minimum rights for passengers when: (a) they are denied boarding against their will; (b) their flight is cancelled; (c) their flight is delayed" (Regulation 261/2004, above, Article 1(1)). This Regulation applies to all carriers, whether European or not, that depart from an airport in the Union, as well as European carriers that depart from a third state to a

2e éd. Oxford : Oxford University Press, 2015, à la page 257; *Rapport de la Commission du droit international*, précité, aux pages 31 et 37; Giovanni Distefano, « La pratique subséquente des États parties à un traité » (1994), 40 *A.F.D.I.* 41, à la page 48. Bien évidemment, la pratique doit être généralisée, constante et uniforme; une pratique ultérieure qui ne correspond pas à cette définition étroite constituera, au mieux, un moyen supplémentaire d'interprétation au sens de l'article 32 : voir, entre autres, *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, précité, aux paragraphes 79 et 80; *Affaire Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires) (1995), no 15318/89, CEDH (sér. A) no 310, aux paragraphes 79 à 81; Mustafa Kamil Yasseen, « L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités », *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 151, à la page 52; Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2e éd. Manchester : Manchester University Press, 1984, aux pages 137 et 138.

[158] Pour étayer sa thèse selon laquelle la pratique des États confirme son interprétation de la Convention de Montréal, le procureur général a déposé le témoignage d'expert par affidavit de M. Vincent Correia. M. Correia est titulaire d'un doctorat en droit et a publié un grand nombre d'ouvrages et d'articles dans les domaines du droit aérien et spatial européen et international. Il enseigne actuellement à l'Université Paris-Saclay (France) et à l'Université de Leiden (Pays-Bas). Dans son rapport d'expert, il a examiné les divers régimes juridiques adoptés dans le monde afin de protéger les droits des passagers.

[159] M. Correia s'attarde tout d'abord au régime juridique de l'Union européenne, puisque c'est en Europe qu'a pris naissance le mouvement visant à mieux protéger les passagers aériens, dès 1991. En 2004, le Règlement no 261/2004 a étendu les droits initialement prévus pour consacrer « des droits minimums aux passagers dans les situations suivantes : a) en cas de refus d'embarquement contre leur volonté; b) en cas d'annulation de leur vol; [et] c) en cas de vol retardé » (Règlement no 261/2004, précité, paragraphe 1(1)). Ce régime s'applique à toutes les compagnies, européennes ou non, opérant en provenance d'un aéroport de l'Union,

European Union destination. Passengers who were denied boarding or whose flight was cancelled are entitled to choose between being reimbursed and being rerouted, and they are entitled to be adequately cared for and to compensation in the form of a lump sum payment. Passengers whose flight was delayed are also entitled to various types of compensation, which vary depending on the length of the delay. In the event of a cancellation or a delay that was longer than three hours, airlines may be exempted from paying compensation if they can prove that there were extraordinary circumstances which could not have been avoided even if all reasonable measures had been taken. For delayed, lost or damaged baggage, the provisions of the Montreal Convention apply. Under the Regulation, recourse is governed by the rules of procedure of each member state.

[160] This regime is not only applicable in the 27 European Union member states, but has also been implemented in the four member states of the European Free Trade Association, and in the five member states of the European Common Aviation Area which are not otherwise members of the European Union or of the European Free Trade Association, and in a few other neighbouring states of the European Union. In practice, 39 states therefore apply Regulation 261/2004 (except for the right to monetary compensation in the case of delays of more than three hours, which derives from the *Sturgeon* decision and not from Regulation 261/2004). Other states have also adopted internal legislation broadly similar to Regulation 261/2004 without taking the European Union regime as a model.

[161] In his expert report, Professor Correia also summarizes the legal regime of a number of other states in the Middle East, the Americas, Africa, and Asia Pacific. On the basis of his extensive review, he draws a number of conclusions, chief among which is the fact that 73 state parties to the Montreal Convention (excluding Canada) have established a local regime requiring standardized compensation of air passengers in the case of cancellation and/or denial of boarding; of those states, 45 also require compensation in the case of delay. These regimes vary in some respects. For example, the basis

ainsi qu'aux compagnies européennes opérant en provenance d'un État tiers et à destination de l'Union européenne. Les refus d'embarquement et les annulations ouvrent droit au choix entre le remboursement et le réacheminement, ainsi qu'à une prise en charge matérielle et à une indemnisation pécuniaire forfaitaire. Les retards donnent également droit à différents types de réparation, qui varient selon la durée du retard. En cas d'annulation et de retards supérieurs à trois heures, les compagnies aériennes peuvent s'exonérer si elles peuvent démontrer la survenance de circonstances extraordinaires qui n'auraient pas pu être évitées même si toutes les mesures raisonnables avaient été prises. En ce qui concerne les bagages retardés, perdus ou endommagés, ce sont les dispositions de la Convention de Montréal qui s'appliquent. Quant aux recours, ils sont régis par les règles de procédure de chaque État membre.

[160] Ce régime, bien qu'il ne soit applicable que dans les 27 États membres de l'Union européenne, a également été mis en œuvre dans les quatre États membres de l'Association européenne de libre-échange et dans les cinq États membres de l'Espace européen aérien commun qui ne sont pas par ailleurs membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange, ainsi que dans quelques autres États voisins de l'Union européenne. Ainsi, dans les faits, 39 États appliquent le Règlement n° 261/2004 (sauf en ce qui concerne le droit à une indemnisation pécuniaire dans le cas de retards supérieurs à trois heures, qui découle de la décision *Sturgeon* et non du Règlement n° 261/2004). D'autres États ont également adopté une législation interne assez semblable au Règlement n° 261/2004 sans suivre le modèle du régime de l'Union européenne.

[161] Dans son rapport d'expert, M. Correia résume aussi le régime juridique de plusieurs autres États du Moyen-Orient, d'Amérique, d'Afrique et de l'Asie-Pacifique. Son examen approfondi l'amène à tirer plusieurs conclusions, la principale étant que 73 États parties à la Convention de Montréal (sauf le Canada) ont établi un régime local qui rend obligatoire l'indemnisation standardisée des passagers aériens en cas d'annulation et de refus d'embarquement; dans 45 de ces 73 États, l'indemnisation est également obligatoire en cas de retard. Ces régimes varient à certains égards. Par exemple, la base de calcul de

for establishing the amount of compensation varies: compensation is sometimes a fixed amount based on the length of the delay or the distance of the flight while other regimes provide for the reimbursement of the price of the ticket. Despite these variations, these regimes clearly illustrate a trend in favour of better protecting air passengers. As Professor Correia states in his concluding remarks:

> [TRANSLATION] In conclusion, the various instruments that have been reviewed reflect the reality of developments in passenger protection around the globe and demonstrate the consistency—which is admittedly relative as the details sometimes differ—of the regulations adopted in this regard. While it is certain that not every country in the world has introduced specific regulations concerning delays, cancellations and denied boarding as yet, it is clear that the number of instruments continues to grow.
>
> Correia affidavit, at page 110, at paragraph 304.

[162] On the basis of that expert evidence, the Attorney General submits that the state practice, coupled with the absence of any objection from other signatories of the Montreal Convention, is indicative of acceptance by all state parties that a standardized compensation regime for delay, cancellation and denial of boarding of the kind enacted in the Regulations does not contravene the Montreal Convention. The appellants have not filed any evidence to the contrary.

[163] Rather, the appellants have sought to undermine Professor Correia's credibility, arguing that he has repeatedly concluded in past publications that Regulation 261/2004 is incompatible with the Montreal Convention. Moreover, the appellants claim that the Attorney General improperly attempted to shield him during cross-examination by objecting to all questions relating to his past published opinions regarding the compatibility of the European regime with the Montreal Convention.

[164] This argument is without merit. I have read the cross-examination of Professor Correia on his affidavit, and I agree with the Attorney General that the questions that were put to him relating to the views he has

l'indemnisation n'est pas toujours la même : l'indemnisation est parfois une somme fixe qui dépend de la durée du retard ou de la distance parcourue par le vol, alors que d'autres régimes prévoient le remboursement du prix du billet. Malgré ces différences, ces régimes montrent bien une tendance en faveur de l'amélioration de la protection des passagers aériens. C'est ce qu'indique M. Correia dans ses dernières remarques :

> En conclusion, les divers instruments étudiés démontrent la réalité du mouvement de protection des passagers à travers le monde et la cohérence, certes relative car les détails divergent parfois, des règles adoptées en la matière. S'il est certain que tous les États de la planète n'ont pas encore adopté de règles spécifiques pour les retards, annulations et refus d'embarquement, force est de constater que le nombre d'instruments ne cesse de croître.
>
> Affidavit de M. Correia, à la page 110, paragraphe 304.

[162] Le procureur général s'appuie sur ce témoignage d'expert pour affirmer que la pratique des États, conjuguée à l'absence d'objection des autres signataires de la Convention de Montréal, indique que tous les États parties reconnaissent qu'un régime d'indemnisation standardisée en cas de retard, d'annulation ou de refus d'embarquement du genre de celui qui a été adopté dans le Règlement ne va pas à l'encontre de la Convention de Montréal. Les appelantes n'ont déposé aucun élément de preuve contraire.

[163] Les appelantes ont plutôt cherché à mettre en doute la crédibilité de M. Correia en affirmant qu'il a conclu à plusieurs reprises, dans des publications antérieures, que le Règlement n° 261/2004 était incompatible avec la Convention de Montréal. En outre, elles allèguent que le procureur général a tenté à tort de le protéger pendant le contre-interrogatoire en s'opposant à toutes les questions concernant les avis qu'il a publiés par le passé au sujet de la compatibilité du régime européen avec la Convention de Montréal.

[164] Cet argument est sans fondement. J'ai lu le contre-interrogatoire de M. Correia sur son affidavit et je conviens avec le procureur général que les questions qui lui ont été posées quant aux opinions exprimées dans

expressed in his writings on the conformity of the E.C.J. jurisprudence with the Montreal Convention were irrelevant. Professor Correia was asked to give evidence on two topics: (1) to present the airline passenger protection regimes of member (signatory) states to the Montreal Convention, whether they are analogous or not to the Canadian regime established by the (Airline Passenger Protection) Regulations; and (2) as appropriate, to identify the trends and the elements of similarity or distinction in the treatment of denial of boarding, cancellations, flight delays and lost or damaged baggage (Correia affidavit, at page 4, paragraph 11). His mandate was clearly not, nor could it be, to give his opinion on the proper interpretation of the Montreal Convention or on the compatibility of the E.C.J. jurisprudence with that Convention. As a result, the questions seeking to elucidate his views on these topics (whether directly or by referring to the views he has expressed elsewhere) were clearly outside the scope of the expert opinion he presented to the Court in this appeal, and the Attorney General rightly objected to them. Both the questions and the answers ought to be disregarded.

ses publications sur la conformité de la jurisprudence de la Cour européenne de justice avec la Convention de Montréal n'étaient pas pertinentes. M. Correia a été appelé à témoigner sur deux sujets : 1) « présenter les régimes de protection des passagers aériens d'États membres [signataires] de la Convention de Montréal, qu'ils soient analogues ou non au régime canadien établi par le *Règlement sur la protection des passagers aériens* »; et 2) « le cas échéant, d'identifier les tendances et les éléments de cohésion ou de distinction en matière de traitement des refus d'embarquement, annulations, retards de vols et bagages perdus ou endommagés » (affidavit de M. Correia, à la page 4, au paragraphe 11). Il est clair que sa mission n'était pas et ne pouvait pas être de donner son opinion quant à l'interprétation correcte de la Convention de Montréal ou à la compatibilité de la jurisprudence de la Cour européenne de justice avec la Convention de Montréal. Par conséquent, les questions visant à comprendre son point de vue sur ces sujets (que ce soit directement ou en renvoyant à des opinions qu'il a exprimées ailleurs) dépassaient clairement la portée de l'opinion d'expert présentée à la Cour en l'espèce, et le procureur général s'y est opposé à juste titre. Les questions comme les réponses devaient être écartées.

[165] The appellants also contend that the Attorney General's attempt to prove and rely on state practice fails on numerous levels. First, they claim that the affidavit of Professor Correia is "largely irrelevant" because it falls silent on the key issue of whether the European Union passenger rights regime is "in the application of" the Montreal Convention, and thus properly the subject of state practice. In fact, they submit, the U.S. is the only jurisdiction where the expert evidence establishes that the domestic regime governing compensation for delay is aimed at fulfilling the country's treaty obligations.

[165] Les appelantes affirment également que la tentative du procureur général de prouver et d'invoquer la pratique des États échoue à de nombreux égards. Tout d'abord, elles affirment que l'affidavit de M. Correia est [TRADUCTION] « peu pertinent » puisqu'il n'aborde pas l'importante question de savoir si le régime de l'Union européenne relativement aux droits des passagers est « dans l'application » de la Convention de Montréal, et donc assujetti à juste titre à la pratique des États. Elles affirment qu'en fait, les États-Unis sont le seul pays où, selon le témoignage d'expert, le régime interne régissant l'indemnisation en cas de retard vise à remplir les obligations du pays prévues par traité.

[166] The appellants also argue that there is no evidence showing that the various domestic regimes reviewed by Professor Correia establish the agreement of the parties with respect to the interpretation of the Montreal Convention. These various regimes, they say, are too heterogeneous and diverge in so many respects that they cannot reflect any agreement. Finally, they argue that

[166] Les appelantes ajoutent que rien ne prouve que les différents régimes internes examinés par M. Correia démontrent l'entente des parties en ce qui concerne l'interprétation de la Convention de Montréal. Selon elles, ces divers régimes sont trop hétérogènes et diffèrent à trop d'égards pour traduire une entente. Elles affirment enfin que les articles 19 et 29 de la Convention de Montréal

Articles 19 and 29 of the Montreal Convention are not ambiguous, and the invocation of expert evidence on purported state practice is an attempt to create ambiguity in the text via domestic law.

[167] There is no doubt that the expression "in the application of the treaty" conveys the notion that the conduct of state parties must be in good faith. Nor is there any doubt that the parties must regard their conduct as falling within the scope of the application of the treaty to which they are signatories: Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach, above, at page 598. A manifest misapplication of a treaty, or a practice that is clearly meant to diverge from the accepted interpretation of a treaty, would clearly not amount to state practice in the application of the treaty. That being said, state parties to a treaty are presumed to respect its terms, and it is therefore to be assumed that they consider their own legislation to be compatible with the limits set out in the treaties that they have signed: *Report of the International Law Commission*, above, at pages 14, 47. The absence of any adverse reactions by other treaty signatories will also be revealing of their views on the proper interpretation of a treaty and of the conformity of any given state practice with such treaty: *Report of the International Law Commission*, above, at page 79 and the jurisprudence cited at footnote 430 on that page; Yasseen, above, at page 49; Gardiner, above, at page 267.

[168] In the case at bar, the evidence shows that 73 out of the 135 state parties to the Montreal Convention have established a local regime requiring standardized compensation for air passengers in the case of cancellation, denial of boarding and/or delay. While these regimes show some variations in the modalities of their particular scheme, they all share common features in terms of their overall structure, their territorial application, the nature of their compensation, and the conditions under which air carriers can exclude their liability. This is strong evidence that these states interpret the Montreal Convention as allowing this kind of compensation scheme. As mentioned above, this understanding is bolstered by the absence of any evidence to the effect that these regimes have been challenged by other state parties to the Montreal Convention. As Richard Gardiner wrote in his *Treaty Interpretation*, above, at page 265, "[t]o find

ne sont pas ambigus et que le recours à un témoignage d'expert sur une prétendue pratique des États vise à créer une ambiguïté dans le texte en regard du droit interne.

[167] Il est évident que l'expression « dans l'application du traité » indique que les États parties doivent agir de bonne foi. Il est certain également que les parties doivent considérer que leurs actions tombent sous le coup du traité dont elles sont signataires : Oliver Dörr et Kirsten Schmalenbach, précité, à la page 598. La mauvaise application évidente d'un traité ou toute pratique visant clairement à s'écarter de l'interprétation admise d'un traité ne constituerait clairement pas une pratique des États dans l'application du traité. Cela dit, les États parties à un traité sont censés en respecter les modalités et on doit donc présumer qu'ils considèrent que leur propre législation est compatible avec les limites établies dans les traités qu'ils ont signés : *Rapport de la Commission du droit international*, précité, aux pages 14 et 47. L'absence de toute réaction négative des autres signataires du traité sera également révélatrice de leurs opinions quant à l'interprétation correcte d'un traité et quant à la compatibilité d'une pratique d'État donnée avec le traité en question : *Rapport de la Commission du droit international*, précité, à la page 79, et jurisprudence citée à la note de bas de page 430 de cette page; Yasseen, précité, à la page 49; Gardiner, précité, à la page 267.

[168] En l'espèce, les éléments de preuve montrent que 73 des 135 États parties à la Convention de Montréal ont mis en place un régime local rendant obligatoire l'indemnisation standardisée des passagers aériens en cas d'annulation, de refus d'embarquement ou de retard. Ces régimes, malgré les variations de leurs modalités propres, présentent tous des points communs pour ce qui est de leur structure globale, de leur application territoriale, de la nature de l'indemnisation qu'ils prévoient, ainsi que des conditions permettant aux transporteurs aériens d'exclure leur responsabilité. Il s'agit d'éléments de preuve convaincants que ces États considèrent que la Convention de Montréal autorise ce type de régime d'indemnisation. Comme je l'ai déjà mentionné, cette interprétation est renforcée par l'absence d'éléments de preuve indiquant que ces régimes ont été remis en cause par d'autres États parties à la Convention de

agreement on meaning from practice may require examining a combination of action by one or more states with subsequent responsive action or inaction by others". There is also no evidence that State parties which do not have a regime of standardized compensation objected to the application of these regimes to their citizens or to airlines registered in their country.

[169] The fundamental flaw with the appellants' argument is that they postulate the very proposition that must be established. They claim that the regimes providing standardized compensation for air passengers in case of cancellation, denial of boarding and/or delay, are incompatible with the Montreal Convention and therefore cannot constitute state practice. Yet, this interpretation of the Convention and its exclusivity principle as excluding any parallel regime of standardized compensation of the type enacted by Regulation 261/2004 and the Regulation is precisely what is at stake in this case. In other words, the appellants' argument is circular. State practice is an aid to arrive at the proper interpretation of the Montreal Convention, similar to text, context and purpose; one does not first construe the Convention in the abstract to then determine if the text, context and practice fit that interpretation. To do otherwise and to exclude from consideration state practice that does not coincide with one's preferred interpretation of a legal instrument would be inimical to general principles of statutory construction and would turn Article 31 of the *Vienna Convention* on its head.

[170] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that state practice confirms that standardized compensation for the inconvenience resulting from flight cancellation, denial of boarding and/or delay is compatible with and can operate alongside the individual damages prescribed by the Montreal Convention. The jurisprudence of the E.C.J. and Regulation 261/2004 constitute the law in Europe, and

Montréal. Comme l'a écrit Richard Gardiner dans son ouvrage *Treaty Interpretation*, précité (à la page 265), [TRADUCTION] « [p]our s'entendre sur un sens tiré de la pratique, il pourrait être nécessaire d'examiner une combinaison d'actions par un ou plusieurs États et les actions ou inactions en réponse subséquentes d'autres États ». Rien ne prouve par ailleurs que les États parties qui ne disposent pas d'un régime d'indemnisation standardisée se sont opposés à l'application de ces régimes à leurs citoyens ou aux compagnies aériennes enregistrées dans leurs pays.

[169] Les appelantes commettent une erreur fondamentale dans leur argumentation en présupposant ce que l'on cherche justement à établir. Elles allèguent que les régimes qui prévoient une indemnisation standardisée pour les passagers aériens en cas d'annulation, de refus d'embarquement ou de retard sont incompatibles avec la Convention de Montréal et ne peuvent donc pas constituer une pratique des États. Cependant, l'enjeu en l'espèce est précisément cette interprétation de la Convention de Montréal et de son principe d'exclusivité comme empêchant tout régime parallèle d'indemnisation standardisée du type de celui mis en place par le Règlement nº 261/2004 et le *Règlement sur la protection des passagers aériens*. Autrement dit, les appelantes présentent un argument tautologique. La pratique des États, à l'instar du texte, du contexte et de l'objet, permet d'interpréter correctement la Convention de Montréal; on ne peut d'abord interpréter la Convention de Montréal en théorie, puis décider si le texte, le contexte et la pratique cadrent avec cette interprétation. Faire autrement et ne pas tenir compte de la pratique des États, si elle ne cadre pas avec l'interprétation choisie d'un instrument juridique, irait à l'encontre des principes généraux d'interprétation législative et dénaturerait l'article 31 de la *Convention de Vienne*.

[170] Pour tous les motifs qui précèdent, j'estime donc que la pratique des États confirme que l'indemnisation standardisée pour l'inconvénient découlant d'une annulation de vol, d'un refus d'embarquement ou d'un retard est compatible avec la Convention de Montréal et peut s'appliquer parallèlement aux dommages-intérêts individuels qui y sont prévus. La jurisprudence de la Cour européenne de justice et le Règlement nº 261/2004

the criticism of scholars (including those of the two professors who have filed expert reports on behalf of the appellants) does not supersede state practice when it comes to interpreting an international treaty.

B. *Are any of sections 5–8, 13–18, 23 or 24 or subsections 10(3), 11(3)-(5), 12(2)-(4) of the Regulations ultra vires the CTA insofar as they apply to international service because of an impermissible extraterritorial application?*

[171] The appellants submit that the Regulations have impermissible extraterritorial effects that violate the territorial sovereignty of foreign states. Respect for the territorial sovereignty of foreign states is a well-established principle of customary international law, and as such it is binding on Canada: *Hape*, at paragraph 46; *R. v. Terry*, [1996] 2 S.C.R. 207, 1996 CanLII 199 (*Terry*), at paragraph 16; *The Case of the S.S.* "*Lotus*" *(France v. Turkey)* (1927), P.C.I.J. (Ser. A) No. 10 (*Lotus*), at page 18. This principle is further reflected by the 1944 *Chicago Convention*, to which Canada is a party. Article 1 of the *Chicago Convention* states that "[t]he contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory". As a result, section 86.11 of the CTA must be interpreted in a manner that respects this obligation; yet, the appellants claim, several provisions of the Regulations attempt to regulate the conduct of foreign air carriers while they are located in the territories of foreign states, thereby rendering them *ultra vires* the regulation-making authority granted by Parliament. At the hearing, the appellants clarified that they have no issue with flights coming in or departing from Canada; their extraterritoriality argument is limited to flights operating entirely outside of Canada and connecting two foreign states. They have also amended the order sought to reflect the narrower scope of their argument.

[172] The starting point of any analysis on the limits of state jurisdiction is the decision of the Supreme Court in *Hape*. At issue in that case was whether the *Canadian*

constituent le droit en Europe et la critique formulée par les spécialistes (y compris par les deux professeurs qui ont déposé des rapports d'expert au nom des appelantes) ne l'emporte pas sur la pratique des États en ce qui concerne l'interprétation d'un traité international.

B. *L'un ou l'autre des articles 5 à 8, 13 à 18, 23 ou 24 ou des paragraphes 10(3), 11(3) à 11(5) ou 12(2) à 12(4) du Règlement outrepassent-ils les pouvoirs conférés par la LTC dans la mesure où ils s'appliquent aux services internationaux en raison d'une application extraterritoriale non permise?*

[171] Les appelantes affirment que le Règlement a un effet extraterritorial inacceptable qui viole la souveraineté territoriale des États étrangers. Le respect de la souveraineté territoriale des États étrangers est un principe de droit international coutumier bien établi et, de ce fait, il est contraignant pour le Canada : *Hape*, au paragraphe 46; *R. c. Terry*, [1996] 2 R.C.S. 207, 1996 CanLII 199 (*Terry*), au paragraphe 16; *Affaire du « Lotus » (France c. Turquie)* (1927), C.P.J.I. (sér. A) n° 10 (*Lotus*), à la page 18. Ce principe ressort également de la *Convention de Chicago*, qui a été signée en 1944 et à laquelle le Canada est partie. L'article premier de la *Convention de Chicago* dispose que « [l]es États contractants reconnaissent que chaque État a la souveraineté complète et exclusive sur l'espace aérien au-dessus de son territoire ». L'article 86.11 de la LTC doit donc être interprété de manière à respecter cette obligation; cependant, les appelantes allèguent que plusieurs dispositions du Règlement visent à réglementer la conduite des transporteurs aériens étrangers lorsqu'ils se trouvent sur les territoires d'États étrangers et qu'elles outrepassent ainsi le pouvoir de réglementation accordé par le législateur. Lors de l'audience, les appelantes ont précisé qu'elles n'avaient rien à redire concernant les vols à destination ou en provenance du Canada; leur argument sur l'extraterritorialité porte uniquement sur les vols effectués entièrement à l'extérieur du Canada entre deux États étrangers. Elles ont également modifié l'ordonnance demandée afin qu'elle reflète la portée plus limitée de leur argument.

[172] L'arrêt *Hape* de la Cour suprême est le point de départ de toute analyse des limites de la compétence d'un État. La question qui se posait dans cette affaire

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], could apply extraterritorially to prevent searches and seizures by Canadian police officers in foreign jurisdictions, and thus exclude evidence that had been so collected. Examining the principle of territoriality, the Court explained that international law—particularly the customary principle of state equality—sets the limits of state jurisdiction, while domestic law determines "how and to what extent a state will assert its jurisdiction within those limits" (*Hape*, at paragraph 59). The primary basis upon which a state can assert jurisdiction is territoriality: as a result of its territorial sovereignty, a state has full authority to exercise prescriptive, enforcement and adjudicative jurisdiction over all matters arising and people found within its borders.

[173] As the Court noted, jurisdiction is not an issue when a dispute is wholly contained within the territory of one state. Claims for jurisdiction can arise on grounds other than territoriality, however, and nationality is the most frequent of these other grounds. The interplay between territoriality and other principles justifying jurisdiction are central to the issue of whether extraterritorial exercise of jurisdiction is permissible. While states may have valid concurrent claims to jurisdiction, the exercise of one state's jurisdiction cannot infringe on the sovereignty of other states. In the event of concurrent claims, "comity dictates that a state ought to assume jurisdiction only if it has a real and substantial link to the event" (*Hape*, at paragraph 62).

[174] The Court went on to add, relying on the decision of the Permanent Court of International Justice in *Lotus*, that extraterritorial jurisdiction is governed by international law, and not by the laws of individual states. Comity is not necessarily offended by extraterritorial prescriptive jurisdiction or even where a state's courts assume jurisdiction over a dispute that occurred abroad, but enforcement by a state of its laws within the

était de savoir si la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, nº 44], avait une application extraterritoriale empêchant les fouilles, perquisitions et saisies par des policiers canadiens dans des États étrangers et permettait donc d'écarter les éléments de preuve ainsi obtenus. La Cour a examiné le principe de territorialité et a expliqué que le droit international — et en particulier le principe coutumier de l'égalité souveraine — délimite la compétence de l'État, tandis que le droit interne établit « de quelle manière et dans quelle mesure l'État se prévaudra de sa compétence ainsi délimitée » (*Hape*, au paragraphe 59). La territorialité est la première assise permettant à un État de revendiquer sa compétence : la souveraineté territoriale investit l'État du pouvoir absolu d'exercer ses compétences normative, d'exécution et juridictionnelle dans les affaires prenant naissance sur son territoire et à l'égard des personnes qui se trouvent à l'intérieur de ses frontières.

[173] Comme l'a indiqué la Cour, la compétence ne soulève aucun doute lorsqu'un différend ne déborde pas du territoire d'un État. Cependant, la compétence peut être revendiquée sur un autre fondement que la territorialité, et la nationalité est l'un de ces autres fondements les plus fréquemment invoqués. L'interaction entre la territorialité et d'autres principes justifiant la compétence se situe au cœur de la question de l'exercice extraterritorial de la compétence. Même si plusieurs États peuvent légitimement faire valoir leur compétence, un État ne saurait exercer sa compétence en portant atteinte à la souveraineté d'un autre État. En cas de revendications concurrentes, « la courtoisie commande que seul celui avec lequel l'événement a un lien réel et important exerce sa compétence » (*Hape*, au paragraphe 62).

[174] La Cour, s'appuyant sur la décision de la Cour permanente de justice internationale dans l'Affaire du « *Lotus* », a ajouté que la compétence extraterritoriale est régie par le droit international et ne relève donc pas de la seule volonté des États individuels. La compétence normative extraterritoriale ou même l'exercice par un État de sa compétence à l'égard d'un différend survenu à l'étranger ne portera pas nécessairement atteinte à la

territory of another state is more problematic absent the consent of the other state: *Hape*, at paragraph 65; *Terry*, at paragraph 15.

[175] There is no doubt that Parliament has the authority to make laws having extraterritorial effects. This has been explicitly recognized by section 3 of the *Statute of Westminster*, *1931*, 22 Geo. 5, c. 4 (U.K.), and Canada has exercised that power on several occasions especially in criminal legislation (see, for ex., the *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, c. 24, which addressed crimes of "universal jurisdiction"). These statutes, however, do not authorize Canada to enforce their prohibitions in a foreign state's territory. Although the Supreme Court recognized Parliament's authority to pass legislation that would regulate the conduct of non-Canadians outside of the country (*Hape*, at paragraph 68), these laws cannot be enforced in another country without the consent of the host state because it would violate international law and the comity of nations.

[176] Although Parliament clearly has the plenary authority to enact legislation that applies extraterritorially, it must do so through clear words or by necessary implication; otherwise, Parliament is presumed not to intend to do so: *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraph 54.

[177] How do these principles apply in the context of the present appeal? The appellants challenge a number of provisions of the Regulations as offending the principle of territoriality, on the basis that they seek to regulate the conduct of foreign carriers while located in foreign states. More particularly, they claim that various sections of the Regulations seek to regulate the conduct of foreign air carriers while located in foreign states in respect of:

- the terms and conditions of carriage and the requirement to provide information by foreign air carriers outside of Canada (sections 5, 6 and 24);

courtoisie, mais la mise en application par un État de ses lois sur le territoire d'un autre État pose cependant un problème si l'autre État n'y a pas consenti : *Hape*, au paragraphe 65; *Terry*, au paragraphe 15.

[175] Il est clair que le législateur a le pouvoir d'adopter des lois de portée extraterritoriale. Ce droit a été reconnu de manière explicite par l'article 3 du *Statut de Westminster de 1931*, 22 Geo. 5, ch. 4 (R.-U.), et le Canada a exercé ce pouvoir à plusieurs occasions, notamment en matière pénale (voir, par exemple, la *Loi sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre*, L.C. 2000, ch. 24, qui porte sur les crimes de « compétence universelle »). Cependant, ces lois n'autorisent nullement le Canada à faire respecter ces prohibitions pénales en territoire étranger. Bien que la Cour suprême ait reconnu que le Parlement est autorisé à adopter des lois régissant la conduite de non-Canadiens à l'étranger (*Hape*, au paragraphe 68), ces règles de droit ne peuvent pas être mises à exécution dans un autre pays sans le consentement de l'État d'accueil, car une telle façon de faire constituerait une violation du droit international et du principe de courtoisie entre les nations.

[176] Même si le Parlement a clairement le plein pouvoir d'adopter une loi ayant une portée extraterritoriale, en l'absence d'un libellé clair ou d'une déduction nécessaire, il est présumé ne pas avoir voulu le faire : *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, au paragraphe 54.

[177] Quelle est l'application de ces principes dans le contexte du présent appel? Les appelantes affirment que plusieurs articles du Règlement contreviennent au principe de territorialité parce qu'ils visent à régir la conduite des transporteurs étrangers lorsqu'ils se trouvent dans des États étrangers. Leurs allégations quant à ces articles portent plus précisément sur :

- les conditions de transport et l'exigence de fournir des renseignements imposée aux transporteurs aériens hors du Canada (articles 5, 6 et 24);

- the display of notices at airports located outside of Canada by foreign air carriers (section 7);
- tarmac delays occurring at airports outside Canada in respect of the flights of foreign air carriers (section 8);
- standards of treatment of and assistance to passengers and liability of foreign air carriers in relation to delayed or cancelled flights departing from airports outside Canada, and denial of boarding on such flights (paragraphs 10(3), 11(3), 11(4), 11(5), 12(2), 12(3), 12(4), sections 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 and 20);
- the assignment of seats by foreign carriers on flights departing from airports outside of Canada (section 22); and
- loss or damage to baggage in the charge of foreign carriers occurring outside of Canada (section 23).

[178] First of all, I fail to see how Article 1 of the *Chicago Convention* can be of any help to the appellants. This Convention has not been incorporated into domestic law: *Aerlinte Eirann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220, 1990 CanLII 8110 (F.C.A.), at paragraph 19. Moreover, it is not readily apparent how the Regulations infringe foreign states' sovereignty over the airspace above their territories. They impose obligations on carriers with respect to information provided at service desks and self-service terminals, on printed tickets and at airport gates, as well as compensatory obligations relating to delayed and cancelled flights, and denied boarding. Strictly speaking, none of these obligations affect how air carriers operate in flight, that is, in a particular jurisdiction's airspace, nor do they purport to affect or alter another state's airspace. At most, they manifest themselves while carriers operate on the ground in a foreign territory, or on the territory as opposed to above the territory of a foreign jurisdiction.

- l'affichage d'avis par les transporteurs aériens étrangers dans les aéroports hors du Canada (article 7);
- les retards sur l'aire de trafic dans les aéroports hors du Canada en ce qui concerne les vols effectués par des transporteurs aériens étrangers (article 8);
- les normes relatives au traitement et à l'assistance des passagers ainsi qu'à la responsabilité des transporteurs aériens étrangers quant aux vols retardés ou annulés au départ d'aéroports hors du Canada et quant au refus d'embarquement sur de tels vols (paragraphes 10(3), 11(3), 11(4), 11(5), 12(2), 12(3) et 12(4), et articles 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 et 20);
- l'attribution de sièges par les transporteurs étrangers sur les vols au départ d'aéroports hors du Canada (article 22);
- la perte ou l'endommagement, en dehors du Canada, de bagages dont des transporteurs étrangers avaient la garde (article 23).

[178] Tout d'abord, je ne vois pas quelle est l'utilité de l'article premier de la *Convention de Chicago* pour les appelantes. En effet, la *Convention de Chicago* n'a pas été incorporée dans le droit interne : *Aerlinte Eirann Teoranta v. Canada (Minister of Transport)* (1990), 68 D.L.R. (4th) 220, 1990 CanLII 8110 (C.A.F.) (arrêt inédit en français), au paragraphe 19. De plus, il est difficile de voir comment le Règlement porte atteinte à la souveraineté des États étrangers sur l'espace aérien au-dessus de leurs territoires. Le Règlement impose des obligations aux transporteurs en ce qui concerne les renseignements fournis aux bureaux de service et aux terminaux en libre-service, sur les billets imprimés et aux portes des aéroports, ainsi que des obligations en matière d'indemnisation pour ce qui est des vols retardés et annulés et des refus d'embarquement. Au sens strict, aucune de ces obligations n'a d'incidence sur la manière dont les transporteurs aériens mènent leurs activités en vol, c'est-à-dire dans l'espace aérien d'un pays donné; elles n'ont

I therefore see no interference with Article 1 of the *Chicago Convention*.

[179] It is clear from the language of section 86.11 that Parliament intended the forthcoming regulations to apply beyond its borders. Subsection 86.11(1) required the Agency to make regulations in relation to "flights to, from and within Canada, including connecting flights" (emphasis added). Indeed, the CTA expressly recognized the potential overlap between the Regulations and other compensation regimes at subsection 86.11(3) by providing that passengers could not receive compensation under the Regulations "if that person has already received compensation for the same event under a different passenger rights regime than the one provided for under this Act".

[180] The Agency presents another compelling argument that Parliament intended the Regulations to have extraterritorial effect. The premise of that argument is that section 86.11 of the CTA cannot be read down to exclude jurisdiction over foreign carriers and international itineraries when the overall scheme of the CTA applies explicit prescriptions and requirements to international carriage and foreign carriers. Section 57 of the CTA requires that any person operating an "air service" in Canada have a licence issued by the Agency. An "air service" is either domestic or international (section 55), and the Agency grants three types of licences—domestic, scheduled international and non-scheduled international—to Canadians and non-Canadians alike (subsections 69(2) and (3), and subsection 73(1) of the CTA). Interestingly, the Minister may issue binding directions to the Agency when it exercises its powers or performs its duties if it is in the interest of international comity or reciprocity to do so (paragraph 76(1)(c)), which is another indication that the CTA may have extraterritorial effects. In short, it is clear from the overall scheme of the CTA that the Agency's licensing scheme was intended to capture Canadian and non-Canadian

pas non plus pour objet de porter atteinte à l'espace aérien d'un autre État. Tout au plus, elles se manifestent lorsque les transporteurs mènent leurs activités au sol dans un territoire étranger, ou sur le territoire par opposition à au-dessus du territoire d'un pays étranger. J'estime qu'il n'y a donc aucune interférence avec l'article premier de la *Convention de Chicago*.

[179] Le libellé de l'article 86.11 indique clairement que le législateur voulait que le règlement à venir s'applique au-delà des frontières du pays. Le paragraphe 86.11(1) oblige l'Office à prendre des règlements relatifs aux « vols à destination, en provenance et à l'intérieur du Canada, y compris les vols de correspondance » (non souligné dans l'original). En fait, le paragraphe 86.11(3) de la LTC reconnaît expressément le chevauchement possible du Règlement et d'autres régimes d'indemnisation : il dispose qu'un passager ne peut obtenir d'indemnité au titre du Règlement « dans le cas où il a déjà été indemnisé pour le même événement dans le cadre d'un autre régime de droits des passagers que celui prévu par la présente loi ».

[180] L'Office présente un autre argument convaincant portant que l'intention du législateur était que le règlement ait une portée extraterritoriale. Cet argument part du principe que l'article 86.11 de la LTC ne peut recevoir une interprétation restreinte de manière à exclure la compétence à l'égard des transporteurs étrangers et des itinéraires internationaux alors que le régime général de la LTC applique des dispositions et des exigences explicites au transport international et aux transporteurs étrangers. L'article 57 de la LTC dispose que toute personne qui exploite un « service aérien » au Canada doit détenir une licence délivrée par l'Office. Un « service aérien » est intérieur ou international (article 55), et l'Office octroie trois types de permis — intérieur, régulier ou à la demande — aux Canadiens comme aux non-Canadiens (aux paragraphes 69(2), 69(3) et 73(1) de la LTC). Il est intéressant de noter que le ministre peut donner des directives obligatoires à l'Office lorsqu'il exerce ses pouvoirs ou ses fonctions, s'il l'estime nécessaire aux fins de la courtoisie ou de la réciprocité internationale (à l'alinéa 76(1)c)), ce qui est un autre signe de l'effet extraterritorial possible de la LTC. En somme, le régime général de la LTC indique clairement que le régime d'octroi

carriers for international services and to provide the Agency with powers to impose restrictions on their terms and conditions of service.

[181] Pursuant to paragraph 86(1)(h) of the CTA, the Agency is also given the authority to make regulations "respecting traffic and tariffs, fares, rates, charges and terms and conditions of carriage for international service". Part V, Division II of the *Air Transportation Regulations* sets out carriers' obligations and the Agency's jurisdiction over terms and conditions of carriage for international service. Prior to the coming into force of the Regulations, the content of the terms and conditions of carriage contained in air carriers' tariffs was determined by the carriers themselves; the *Air Transportation Regulations* only prescribed the topics that carriers had to address in their terms and conditions (paragraph 122(c)). Yet the Agency was empowered to review these terms and conditions to ensure that they were clear, just and reasonable (subsection 111(1)). Moreover, the decision of this Court in *Lukács v. Canada (Canadian Transportation Agency)*, 2015 FCA 269, made it very clear that the Agency has jurisdiction over flights to and from Canada and can examine a foreign carrier's tariff from the perspective of events taking place outside Canadian borders and on flights that are subject to regulations in a foreign jurisdiction.

[182] With the advent of the Regulations, it is not only the topics that carriers have to address in their terms and conditions that are set out but also the substance of their tariffs. In fact, many of the provisions impugned in this appeal cover topics that carriers were required to address in their international tariffs before the Regulations came into effect. The only difference is that the Agency no longer has to review individual carrier provisions for clarity or reasonableness if they reflect the Regulations. Carriers were, and continue to be, subject to section 116 of the *Air Transportation Regulations*, which requires them to keep their tariff at each business office and to prominently display a sign indicating that the tariff is available for public inspection. They were and continue to be subject to section 116.1 of the *Air Transportation Regulations*, which requires carriers selling or offering international

de licences de l'Office visait à inclure les transporteurs canadiens et non canadiens pour les services internationaux et à donner à l'Office le pouvoir d'imposer des restrictions quant à leurs conditions de service.

[181] Conformément à l'alinéa 86(1)h) de la LTC, l'Office est également habilité à prendre des règlements « concernant le trafic et les tarifs, prix, taux, frais et conditions de transport liés au service international ». La section II de la partie V du *Règlement sur les transports aériens* établit les obligations des transporteurs et la compétence de l'Office quant aux conditions de transport pour le service international. Avant l'entrée en vigueur du Règlement, le contenu des conditions de transport figurant dans les tarifs des transporteurs aériens était établi par les transporteurs eux-mêmes; le *Règlement sur les transports aériens* prescrivait uniquement les éléments que les transporteurs devaient aborder dans leurs conditions (à l'alinéa 122c)). Cependant, l'Office était habilité à examiner ces conditions pour s'assurer qu'elles étaient claires, justes et raisonnables (au paragraphe 111(1)). En outre, notre Cour a clairement indiqué, dans l'arrêt *Lukács c. Canada (Office des transports)*, 2015 CAF 269, que l'Office est compétent à l'égard des vols à destination et en provenance du Canada et peut examiner le tarif d'un transporteur étranger en fonction d'événements qui ont lieu à l'extérieur des frontières canadiennes et sur des vols assujettis à la réglementation d'un pays étranger.

[182] L'adoption du Règlement a fait en sorte que les transporteurs ne doivent plus seulement aborder les éléments des conditions de transport, mais aussi la teneur de leurs tarifs. En fait, bon nombre des dispositions contestées dans le présent appel visent des éléments que les transporteurs devaient couvrir dans leurs tarifs internationaux avant l'entrée en vigueur du Règlement. La seule différence réside dans le fait que l'Office n'a plus à vérifier que les dispositions des transporteurs individuels sont claires et raisonnables si elles respectent le Règlement. Les transporteurs étaient et demeurent assujettis à l'article 116 du *Règlement sur les transports aériens*, qui les oblige à conserver dans chacun de leurs bureaux une copie de leur tarif et à poser bien en vue une affiche indiquant que le tarif est à la disposition du public pour consultation. Ils étaient et demeurent assujettis

services on their website to display their tariff on that site and prominently post a notice to that effect. The Agency also continues to have jurisdiction to review complaints that carriers are not applying the terms and conditions contained in their tariff, and to order corrective measures (including compensation) if that is the case. In short, nothing has changed with respect to the jurisdiction of the Agency to review the terms and conditions of carriage set out in tariffs for international services provided by both Canadian and non-Canadian carriers. The only difference is that the terms and conditions on many topics are now set out by the Regulations, instead of being left to each carrier.

[183] The overall scheme governing air transportation under the CTA and the *Air Transportation Regulations*, and the way they have been applied and interpreted since their enactment, therefore supports the view that Parliament's intent was to give the Regulations extraterritorial reach. Moreover, the extraterritorial reach of the Regulations does not contravene the principles of international law governing state sovereignty and territoriality. As pointed out by the Attorney General, the Regulations do not purport to allow for their enforcement on foreign soil, nor to authorize investigation in a foreign country for non-compliance occurring in that country. Quite to the contrary, the Regulations provide that affected passengers may claim the respective compensation directly with the air carrier. Given the deeming provision in the CTA, the Regulations' obligations form part of each carrier's tariff, that is, of the contractual bargain it makes with its passengers. Enforcement takes place in Canada, and as previously mentioned, enforcement of laws on the State's own territory for events occurring outside its territory is permitted as long as there is an objective link with the country: *Lotus*; Michael Akehurst, "Jurisdiction in International Law" (1975), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

[184] It is clear that a flight departing from or arriving on Canadian soil, whether operated by a Canadian

à l'article 116.1 du *Règlement sur les transports aériens*, qui oblige les transporteurs qui vendent ou offrent en vente des services internationaux sur leur site Web à publier leur tarif sur ce site et à afficher bien en vue un avis en ce sens. L'Office conserve également sa compétence pour examiner les plaintes selon lesquelles les transporteurs n'appliquent pas les conditions indiquées dans leur tarif et, le cas échéant, pour ordonner la prise de mesures correctives (y compris le versement d'indemnités). En bref, rien n'a changé en ce qui concerne la compétence de l'Office pour examiner les conditions de transport établies dans les tarifs pour les services internationaux fournis par les transporteurs canadiens comme par les transporteurs non canadiens. L'unique différence est que les conditions pour de nombreux éléments sont désormais établies par le Règlement au lieu d'être laissées à la discrétion de chaque transporteur.

[183] Le régime général applicable au transport aérien selon la LTC et le *Règlement sur les transports aériens*, ainsi que leur application et leur interprétation depuis leur entrée en vigueur, étaye donc le point de vue selon lequel l'intention du législateur était de donner une portée extraterritoriale au Règlement. En outre, la portée extraterritoriale du Règlement ne contrevient pas aux principes du droit international régissant la souveraineté des États et la territorialité. Comme l'a souligné le procureur général, l'objet du Règlement n'est pas de pouvoir être appliqué en territoire étranger ni d'autoriser des enquêtes dans un pays étranger en cas de non-conformité survenant dans ce pays. Au contraire, le Règlement donne aux passagers concernés le droit de réclamer directement au transporteur aérien l'indemnité à laquelle ils ont droit. Compte tenu de la disposition déterminative de la LTC, les obligations prévues dans le Règlement font partie du tarif de chaque transporteur, c'est-à-dire de l'entente contractuelle qu'il conclut avec ses passagers. Les mesures d'exécution de la loi sont prises au Canada et, comme nous l'avons déjà vu, les lois peuvent être appliquées sur le territoire d'un État quant à des événements survenant en dehors de son territoire à condition qu'il existe un lien objectif avec le pays : *Lotus*; Michael Akehurst, « Jurisdiction in International Law » (1975), 46 *Brit. Y.B. Int'l L.* 145.

[184] Il est clair qu'un vol en provenance ou à destination du Canada, qu'il soit exploité par un transporteur

or a foreign carrier, has a sufficient connection to this country to ground an exercise of its jurisdiction. This connection arises from the permission granted to the carrier by the CTA to operate in Canada, and from the tariff which the airline has agreed to prepare and follow. At the hearing, there was some discussion about the notion of "connecting flight". There is no definition of that expression, either in the CTA, in the Regulations or in the *Air Transportation Regulations*. I would not venture to propose a comprehensive definition of a connecting flight, and would certainly not want to turn this appeal into a declaratory judgment. For the purposes of this appeal, I think it is sufficient to say that the Regulations will apply only to the extent that a clear link can be established between Canada and "persons, property and acts outside [its] territory", to use the language of the *Lotus* case (at page 19). For example, and without expressing any definitive views on the subject, I fail to see how the Regulations could apply to the passenger (even if Canadian) of a flight operated by a non-Canadian carrier connecting country A and country B and stopping in country B, even if that same flight was also a connecting flight for some passengers subsequently flying from country B to Canada. On the other hand, it would appear that flight segments between two points outside Canada would be covered by the Regulations for those passengers who use these flights to connect to flights to or from Canada. There are obviously a number of potential permutations in this example, relating to the nationality of the passenger and of the carrier and to the flight itself, and it would be hazardous to propose a solution in the abstract for each and every possible situation. Each case turns on its own facts, and it will be for the Agency to determine whether its jurisdiction has been engaged in any given case.

C. *Is the Direction* intra vires *of the authority of the Minister under subsection 86.11(2) of the CTA?*

[185] The appellants' final argument is that the Minister's *Direction* requiring the Agency to make regulations in respect of tarmac delays of three hours or less, exceeds the power that he has been granted under subsection 86.11(2). Pursuant to that subsection, the Minister is authorized to issue directions to the Agency to make a regulation

canadien ou étranger, a un lien suffisant avec le Canada pour permettre l'exercice de sa compétence. Ce lien découle de l'autorisation que la LTC donne au transporteur d'exercer ses activités au Canada, ainsi que du tarif que la compagnie aérienne a accepté d'élaborer et de respecter. Lors de l'audience, il a été question du concept de « vol de correspondance ». Cette expression n'est définie ni dans la LTC, ni dans le Règlement, ni dans le *Règlement sur les transports aériens*. Je ne me hasarderais pas à en proposer une définition exhaustive et je ne tiens certainement pas à ce que le présent appel débouche sur un jugement déclaratoire. Aux fins du présent appel, il me semble suffisant d'affirmer que le Règlement s'appliquera seulement dans la mesure où un lien évident peut être établi entre le Canada et « des personnes, des biens et des actes hors [de son] territoire », pour reprendre le libellé de l'arrêt *Lotus* (à la page 19). Par exemple, et sans vouloir exprimer d'opinion tranchée sur le sujet, je ne vois pas comment le Règlement pourrait s'appliquer à un passager (même s'il est Canadien) d'un vol exploité par un transporteur non canadien reliant un pays A à un pays B et s'arrêtant dans le pays B, même si ce vol était également un vol de correspondance pour certains passagers se rendant ensuite en avion du pays B au Canada. Toutefois, il semblerait que les segments de vol entre deux points à l'extérieur du Canada soient visés par le Règlement pour les passagers qui prennent ces vols afin d'établir une correspondance avec des vols à destination ou en provenance du Canada. Il y a de toute évidence plusieurs permutations possibles dans cet exemple, en lien avec la nationalité du passager et du transporteur et avec le vol lui-même, et il serait risqué de proposer une solution en théorie pour tous les cas de figure possibles. Chaque cas est un cas d'espèce, et il reviendra à l'Office de décider si une affaire donnée fait intervenir sa compétence.

C. *La Directive est-elle conforme aux pouvoirs que le paragraphe 86.11(2) de la LTC confère au ministre?*

[185] Les appelantes soutiennent enfin que le ministre, avec sa Directive obligeant l'Office à prendre des règlements quant aux retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic, outrepasse les pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 86.11(2). Ce paragraphe dispose que le ministre peut donner des directives à l'Office

respecting any of the carrier's obligations towards passengers that are not listed in paragraph (1)(a) to (f). One of the obligations that the Agency is explicitly empowered to regulate relates to tarmac delays of more than three hours. In the appellants' view, the *Direction* constitutes an impermissible attempt to amend the CTA and seeks to modify Parliament's intent by purporting to remove an explicit and clear legislative limit to the regulatory powers granted by Parliament to the Agency. In other words, the *Direction* transformed an express statutory power to regulate tarmac delays of more than three hours into a power to regulate tarmac delays of any length whatsoever, and should therefore be held *ultra vires* the CTA. By the same logic, section 8 of the Regulations which imposes obligations regarding tarmac delays of any duration on air carriers should also be held *ultra vires* the regulation-making authority of the Agency under section 86.11 of the CTA.

pour lui demander de régir par un règlement toute obligation du transporteur envers les passagers qui n'est pas énoncée aux alinéas 86.11(1)a) à f). Une des obligations que l'Office est explicitement habilité à régir concerne les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic. Les appelantes affirment que la Directive constitue une tentative inadmissible de modifier la LTC et qu'elle vise à revenir sur l'intention du législateur en tentant de supprimer une restriction législative explicite et claire quant aux pouvoirs de réglementation accordés à l'Office par le législateur. Autrement dit, la Directive a transformé un pouvoir exprès de réglementer les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic en un pouvoir de réglementer les retards sur l'aire de trafic quelle que soit leur durée, et devrait par conséquent être jugée comme outrepassant les pouvoirs conférés par la LTC. Suivant la même logique, l'article 8 du Règlement, qui impose aux transporteurs aériens des obligations concernant les retards sur l'aire de trafic quelle qu'en soit la durée, devrait également être jugé comme outrepassant les pouvoirs de réglementation conférés à l'Office par l'article 86.11 de la LTC.

[186] Prior to *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), the analytical framework for the judicial review of delegated legislation was firmly established, and rested on the *ultra vires* doctrine. When the validity of delegated legislation was challenged, reviewing courts interpreted the statutory grant of authority to determine whether, correctly interpreted, it fell within or outside its ambit. This was essentially an exercise of statutory interpretation, with no deference to the delegate's interpretation.

[186] Avant l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), le cadre analytique pour le contrôle judiciaire de la législation déléguée était bien établi et reposait sur la théorie de l'excès de pouvoir. Lorsque la validité d'une législation déléguée était contestée, les cours de révision interprétaient l'attribution légale de pouvoir afin de décider si, interprétée correctement, elle relevait ou non de sa portée. Il s'agissait essentiellement d'un exercice d'interprétation législative, sans aucun égard pour l'interprétation du délégué.

[187] In the years following *Dunsmuir*, some confusion arose in the highest court on this issue, no doubt because that decision was focused on the judicial review of decisions of adjudicative tribunals and not on delegated legislation. In some cases, the Court applied the judicial review framework (see *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635), whereas in other cases the Court reverted to the *vires* analysis (see for

[187] Au cours des années qui ont suivi l'arrêt *Dunsmuir*, une certaine confusion s'est installée au sein de la Cour suprême à ce sujet, sans doute parce que cet arrêt se concentrait sur le contrôle judiciaire des décisions rendues par des tribunaux administratifs et non sur la législation déléguée. Dans certains cas, la Cour a appliqué le cadre de contrôle judiciaire (voir *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635),

example, *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 (*Katz*); *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at paragraph 51; Donald J.M. Brown and John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto: Thomson Reuters Canada, 2022, Chap. 2021, at section 2021:5(ii)(3)).

[188] Unfortunately, *Vavilov* did not bring much clarity to that confusion. Because the Supreme Court purported to adopt the reasonableness standard as the default standard of review to all administrative actions, most intermediate appeal courts adopted the view that delegated legislation would henceforth be reviewed against that standard: see, for example, *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster (City)*, 2021 BCCA 176, 52 B.C.L.R. (6th) 1, at paragraphs 48–59; *Portnov v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 171, [2021] 4 F.C.R. 501; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; Paul Daly, "Regulations and Reasonableness Review" in *Administrative Law Matters* (29 January 2021), online: <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2021/01/29/regulations-and-reasonableness-review> and the cases cited therein.

[189] This approach, however, has not been followed unanimously: see, for example, *Hudson's Bay Company ULC v. Ontario (Attorney General)*, 2020 ONSC 8046, 154 O.R. (3d) 103; *Friends of Simcoe Forests Inc. v. Minister of Municipal Affairs and Housing*, 2021 ONSC 3813 (CanLII), 15 M.P.L.R. (6th) 209, at paragraph 25. Indeed, the reasonableness standard review is fraught with difficulties, not the least of which is that it assumes the body or person that has been granted the power to adopt delegated legislation has also been vested with the power to decide questions of law and to determine the proper interpretation of the habilitating statute; yet, this is obviously not always the case: see John M. Evans, "Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness?" (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1, at page 1.

alors que dans d'autres cas, elle a eu recours à une analyse de la validité (voir, par exemple, *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810 (*Katz*); *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, au paragraphe 51; Donald J.M. Brown et John M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, Toronto : Thomson Reuters Canada, 2022, ch. 2021, section 2021:5(ii)(3)).

[188] Malheureusement, l'arrêt *Vavilov* n'a guère apporté d'éclaircissements. La Cour suprême ayant voulu adopter par défaut la norme de la décision raisonnable pour le contrôle de toutes les actions administratives, la plupart des cours d'appel intermédiaires ont estimé que la législation déléguée serait désormais contrôlée par rapport à cette norme : voir, par exemple, *1193652 B.C. Ltd. v. New Westminster (City)*, 2021 BCCA 176, 52 B.C.L.R. (6th) 1, aux paragraphes 48 à 59; *Portnov c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 171, [2021] 4 R.C.F. 501; *Association canadienne des avocats en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, Paul Daly, « Regulations and Reasonableness Review » dans *Administrative Law Matters* (29 janvier 2021), en ligne : <https ://www.administrativelawmatters.com/blog/2021/01/19/regulations-and-reasonableness-review> et les causes qui y sont mentionnées.

[189] Cependant, cette approche n'a pas été suivie unanimement : voir, par exemple, *Hudson's Bay Company ULC v. Ontario (Attorney General)*, 2020 ONSC 8046, 154 O.R. (3d) 103; *Friends of Simcoe Forests Inc. v. Minister of Municipal Affairs and Housing*, 2021 ONSC 3813 (CanLII), 15 M.P.L.R. (6th) 209, au paragraphe 25. En effet, la norme de la décision raisonnable suscite de nombreuses difficultés, au nombre desquelles se trouve notamment le fait qu'elle présume que l'organisme ou la personne qui a obtenu le pouvoir d'adopter une législation déléguée a également obtenu celui de trancher des questions de droit et de décider de l'interprétation correcte de la loi habilitante; pourtant, ce n'est clairement pas toujours le cas : voir John M. Evans, « Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness? » (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 1, à la page 1.

[190] More recently, the Supreme Court has brought grist to the mill of those who support the view that the *Vavilov* judicial review framework does not apply to delegated legislation. In *References re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2021 SCC 11, [2021] 1 S.C.R. 175, 455 D.L.R. (4th) 1 (*Ref re Greenhouse Gas*), the Court reviewed the validity of the regulations at issue on the basis of its own interpretation of the enabling statute, without expressing any deference to Cabinet on the interpretative issue. It is true that the majority (in contrast to the dissenting opinion of Rowe J.) made no mention of the *ultra vires* doctrine, but neither did it refer to *Vavilov* nor to reasonableness review. On the contrary, the majority took it upon itself to interpret the scope of the regulation-making powers found in the *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, S.C. 2018, c. 12. While this is clearly not the last word on the subject, it signals at the very least that the issue is far from settled.

[191] That being said, and whether we assess the validity of the *Direction* and of section 8 of the Regulations through the lens of the reasonableness standard of review or through the more exacting prism of the *ultra vires* doctrine, the result would be the same. For the appellants to succeed with their argument that subsection 86.11(2) of the CTA does not encompass the power to issue the *Direction* (and section 8 of the Regulations) because it relates to matters covered at paragraph 86.11(1)(f), they would have to show either that the *Direction*: (1) is irrelevant, extraneous or completely unrelated to the statutory purpose (*Katz*, at paragraph 28; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231, 1994 CanLII 115, at page 280), or (2) rests on an unreasonable interpretation of subsection 86.11(2). If the *Direction* (and section 8 of the Regulations) satisfies the more exacting *ultra vires* framework, it will obviously meet the less stringent reasonableness standard of review analysis.

[192] I agree with the Attorney General that the language of subsection 86.11(2) is quite broad, and that limiting the Minister's ability to issue directions to matters not covered in paragraphs 86.11(1)(a) to (f) as suggested by the appellants would be inimical to the ordinary meaning of the words used by Parliament in

[190] Plus récemment, la Cour suprême a apporté de l'eau au moulin de ceux qui estiment que le cadre de contrôle judiciaire de l'arrêt *Vavilov* ne s'applique pas à la législation déléguée. Dans l'arrêt *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, [2021] 1 R.C.S. 175, [2021] A.C.S. nº 11 (QL), la Cour suprême s'est penchée sur la validité des dispositions réglementaires en cause en fonction de sa propre interprétation de la loi habilitante, sans aucune retenue à l'égard du Cabinet quant à la question d'interprétation. Certes, les juges majoritaires (contrairement au juge Rowe, dissident) n'ont nullement mentionné la théorie de l'excès de pouvoir, mais ils n'ont pas non plus renvoyé à l'arrêt *Vavilov* ni au contrôle du caractère raisonnable. Ils ont plutôt choisi d'interpréter la portée des pouvoirs de réglementation conférés par la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, ch. 12. Cet arrêt montre clairement que la question n'est pas épuisée et que le débat est loin d'être clos.

[191] Cela étant dit, la conclusion serait la même, que l'on évalue la validité de la Directive et de l'article 8 du Règlement en fonction de la norme de contrôle de la décision raisonnable ou sous l'angle plus rigoureux de la théorie de l'excès de pouvoir. Pour faire accepter leur argument selon lequel le paragraphe 86.11(2) de la LTC ne comprend pas le pouvoir d'établir la Directive (et l'article 8 du Règlement parce qu'il se rapporte à des questions visées par l'alinéa 86.11(1)f)), il faudrait que les appelantes prouvent que la Directive : 1) est sans importance, non pertinente ou complètement étrangère à l'objet de la loi (*Katz*, au paragraphe 28; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231, 1994 CanLII 115, à la page 280), ou 2) repose sur une interprétation déraisonnable du paragraphe 86.11(2). Si la Directive (et l'article 8 du Règlement) satisfait aux exigences du cadre rigoureux de l'excès de pouvoir, il est bien évident qu'elle résistera à l'analyse moins exigeante de la norme de contrôle de la décision raisonnable.

[192] Je conviens avec le procureur général que le libellé du paragraphe 86.11(2) est assez général et que le fait de ne permettre au ministre de donner des directives qu'au sujet des éléments non visés aux alinéas 86.11(1)a) à f), comme le proposent les appelantes, serait incompatible avec le sens ordinaire des mots employés par

subsection 86.11(2). The Minister is granted the power to issue directions to the Agency with respect to "any of the carrier's other obligations". These terms are quite broad, and there is no indication that they were meant to limit the discretion of the Minister to those matters that are strictly speaking extraneous and unrelated to those listed in subsection 86.11(1).

[193] The *Direction* and section 8 of the Regulations are not only consistent with the wording of subsection 86.11(2) of the CTA, but also with the context and purpose of the CTA as a whole. In its summary, the *Transportation Modernization Act* states that it "amends the [CTA] to make regulations establishing a new air passenger rights regime". The intent was clearly to provide better protection to air passengers, and it is in that spirit that Parliament compelled the Agency to make regulations regarding passengers' rights and carriers' obligations on specific matters. It is certainly not inconsistent or unrelated to that statutory purpose, let alone unreasonable, to interpret the list of matters found at subsection 86.11(1) as the baseline of carriers' obligations towards passengers, rather than the upper limit. The fact that the delegation of power created by subsection 86.11(2) may be extensive and that the discretion conferred on the Minister may be broad is no obstacle to its validity: see *Ref re Greenhouse Gas*, at paragraphs 85–88. In sum, I have not been convinced that the Minister has exceeded the scope and limits of his power under subsection 86.11(2) of the CTA. As a result, both the *Direction* and section 8 of the Regulations are valid.

VI. Conclusion

[194] For all of the above reasons, I am of the view that his appeal should be dismissed, except with respect to subsection 23(2) of the Regulations which I find *ultra vires* of the CTA. Costs should be granted to the respondents.

Pelletier J.A.: I agree.

Locke J.A.: I agree.

le législateur au paragraphe 86.11(2). Le ministre a le pouvoir de donner des directives à l'Office concernant « toute autre obligation du transporteur ». Cette expression est assez générale et rien n'indique qu'elle visait à limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre aux éléments qui sont, au sens strict, non pertinents et sans lien avec ceux énumérés au paragraphe 86.11(1).

[193] La Directive et l'article 8 du Règlement cadrent non seulement avec le libellé du paragraphe 86.11(2) de la LTC, mais également avec le contexte et l'objet de la LTC dans son ensemble. La *Loi sur la modernisation des transports*, dans son sommaire, dispose qu'elle « modifie la [LTC] afin [...] de prendre des règlements pour établir un nouveau régime de droits des passagers aériens ». Le législateur entendait de toute évidence assurer une meilleure protection des passagers aériens et c'est dans cette optique qu'il a obligé l'Office à prendre des règlements sur les droits des passagers et les obligations des transporteurs concernant des éléments précis. Il n'est certainement pas contraire ou étranger à l'objet de cette loi, et encore moins déraisonnable, d'interpréter la liste des éléments donnée au paragraphe 86.11(1) comme constituant la base, et non la limite supérieure, des obligations des transporteurs envers les passagers. Le fait que la délégation de pouvoir engendrée par le paragraphe 86.11(2) puisse être vaste et que le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre puisse être large ne constitue pas un obstacle à la validité : voir *Renvois relatifs à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, aux paragraphes 85 à 88. En résumé, je ne suis pas convaincu que le ministre a dépassé la portée et les limites des pouvoirs que lui confère le paragraphe 86.11(2) de la LTC. Par conséquent, la Directive et l'article 8 du Règlement sont valides.

VI. Conclusion

[194] Pour tous les motifs qui précèdent, je considère que le présent appel devrait être rejeté, sauf en ce qui concerne le paragraphe 23(2) du Règlement qui, à mon avis, outrepasse les pouvoirs conférés par la LTC. Les dépens devraient être adjugés aux intimées.

Le juge Pelletier, J.C.A. : Je suis d'accord.

Le juge Locke, J.C.A. : Je suis d'accord.

ANNEX

ANNEXE

CANADA

CONSOLIDATION

CODIFICATION

Air Passenger Protection Regulations

Règlement sur la protection de passagers aériens

SOR/2019-150

DORS/2019-150

Current to June 28, 2021

Last amended on December 15, 2019

À jour au 28 juin 2021

Dernière modification le 15 décembre 2019

ıblished by the Minister of Justice at the following address:
http://laws-lois.justice.gc.ca

Publié par le ministre de la Justice à l'adresse suivante :
http://lois-laws.justice.gc.ca

OFFICIAL STATUS OF CONSOLIDATIONS

Subsections 31(1) and (3) of the *Legislation Revision and Consolidation Act*, in force on June 1, 2009, provide as follows:

Published consolidation is evidence
31 (1) Every copy of a consolidated statute or consolidated regulation published by the Minister under this Act in either print or electronic form is evidence of that statute or regulation and of its contents and every copy purporting to be published by the Minister is deemed to be so published, unless the contrary is shown.

...

Inconsistencies in regulations
(3) In the event of an inconsistency between a consolidated regulation published by the Minister under this Act and the original regulation or a subsequent amendment as registered by the Clerk of the Privy Council under the *Statutory Instruments Act*, the original regulation or amendment prevails to the extent of the inconsistency.

CARACTÈRE OFFICIEL DES CODIFICATIONS

Les paragraphes 31(1) et (3) de la *Loi sur la révision et la codification des textes législatifs*, en vigueur le 1er juin 2009, prévoient ce qui suit :

Codifications comme élément de preuve
31 (1) Tout exemplaire d'une loi codifiée ou d'un règlement codifié, publié par le ministre en vertu de la présente loi sur support papier ou sur support électronique, fait foi de cette loi ou de ce règlement et de son contenu. Tout exemplaire donné comme publié par le ministre est réputé avoir été ainsi publié, sauf preuve contraire.

[...]

Incompatibilité — règlements
(3) Les dispositions du règlement d'origine avec ses modifications subséquentes enregistrées par le greffier du Conseil privé en vertu de la *Loi sur les textes réglementaires* l'emportent sur les dispositions incompatibles du règlement codifié publié par le ministre en vertu de la présente loi.

LAYOUT

The notes that appeared in the left or right margins are now in boldface text directly above the provisions to which they relate. They form no part of the enactment, but are inserted for convenience of reference only.

MISE EN PAGE

Les notes apparaissant auparavant dans les marges de droite ou de gauche se retrouvent maintenant en caractères gras juste au-dessus de la disposition à laquelle elles se rattachent. Elles ne font pas partie du texte, n'y figurant qu'à titre de repère ou d'information.

NOTE

This consolidation is current to June 28, 2021. The last amendments came into force on December 15, 2019. Any amendments that were not in force as of June 28, 2021 are set out at the end of this document under the heading "Amendments Not in Force".

NOTE

Cette codification est à jour au 28 juin 2021. Les dernières modifications sont entrées en vigueur le 15 décembre 2019. Toutes modifications qui n'étaient pas en vigueur au 28 juin 2021 sont énoncées à la fin de ce document sous le titre « Modifications non en vigueur ».

TABLE OF PROVISIONS

Air Passenger Protection Regulations

Definitions and Interpretation

1 Definitions — Part II of Act

General

2 Carrier liability
3 Persons with disabilities
4 Application to charter flights
5 Simple, clear and concise communication
6 Person authorized to sell tickets
7 Notice at airport

Delay, Cancellation and Denial of Boarding

8 Tarmac delay obligations
9 Passenger disembarkation
10 Obligations — situations outside carrier's control
11 Obligations when required for safety purposes
12 Obligations when within carrier's control
13 Information — cancellation, delay, denial of boarding
14 Standards of treatment
15 Denial of boarding — request for volunteers
16 Treatment when boarding is denied
17 Alternate arrangements — within carrier's control
18 Alternate arrangements — outside carrier's control
19 Compensation for delay or cancellation
20 Compensation for denial of boarding
21 Compensation for inconvenience

Assignment of Seats to Children under the Age of 14 Years

22 Assigning seats

TABLE ANALYTIQUE

Règlement sur la protection des passagers aériens

Définitions et interprétation

1 Définitions — partie II de la Loi

Dispositions générales

2 Responsabilité du transporteur
3 Personnes handicapées
4 Vols affrétés
5 Communication en langage simple, clair et concis
6 Personne autorisée à vendre des titres de transport
7 Avis à l'aéroport

Retard, annulation et refus d'embarquement

8 Retard sur l'aire de trafic
9 Débarquement des passagers
10 Obligations — situations indépendantes de la volonté du transporteur
11 Obligations — nécessaires par souci de sécurité
12 Obligations — attribuable au transporteur
13 Renseignements fournis à la suite d'un retard, d'une annulation ou d'un refus d'embarquement
14 Normes de traitement
15 Refus d'embarquement — demande de volontaires
16 Normes de traitement des passagers lors du refus d'embarquement
17 Arrangements alternatifs — situation attribuable au transporteur
18 Arrangements alternatifs — situation indépendante de la volonté du transporteur
19 Indemnité pour retard ou annulation de vol
20 Indemnité pour refus d'embarquement
21 Indemnités pour inconvénients

Attribution de sièges aux enfants de moins de quatorze ans

22 Attribution de sièges

Baggage

23 Lost or damaged baggage

24 Musical instruments

Advertising

25 Definitions

26 Subsection 86.1(2) of the Act

27 Application

28 Information in advertisement

29 Total price readily determinable

30 Distinction — tax and charges

31 Name of third party charge

Administrative Monetary Penalties

32 Designation

33 Maximum amount payable

Transitional Provisions

34 Subsection 2(1)

Amendments to these Regulations

Consequential Amendments

Air Transportation Regulations

Canadian Transportation Agency Designated Provisions Regulations

Coming into Force

46 July 15, 2019

SCHEDULE

Bagages

23 Bagage perdu ou endommagé

24 Instruments de musique

Publicité

25 Définitions

26 Paragraphe 86.1(2) de la Loi

27 Application

28 Renseignements dans la publicité

29 Prix total à déterminer aisément

30 Terminologie — taxe et frais

31 Nom du tiers

Sanctions administratives pécuniaires

32 Désignation

33 Montant maximal de la sanction

Dispositions transitoires

34 Paragraphe 2(1)

Modifications au présent règlement

Modifications corrélatives

Règlement sur les transports aériens

Règlement sur les textes désignés (Office des transports du Canada)

Entrée en vigueur

46 15 juillet 2019

ANNEXE

Registration
SOR/2019-150 May 22, 2019

CANADA TRANSPORTATION ACT

Air Passenger Protection Regulations

P.C. 2019-584 May 21, 2019

Whereas, pursuant to subsection 36(2) of the *Canada Transportation Act*[a], the Canadian Transportation Agency has given the Minister of Transport notice of the annexed Regulations;

Whereas, pursuant to subsection 86.11(1)[b] of the *Canada Transportation Act*[a], the Canadian Transportation Agency has consulted with the Minister of Transport with respect to the annexed Regulations;

And whereas, pursuant to subsection 86.11(2)[b] of the *Canada Transportation Act*[a], the Minister of Transport has given the *Direction Respecting Tarmac Delays of Three Hours or Less*[c];

Therefore, the Canadian Transportation Agency, pursuant to subsection 86(1)[d], section 86.1[e] and subsections 86.11(1)[b] and 177(1)[f] of the *Canada Transportation Act*[a], makes the annexed *Air Passenger Protection Regulations*.

Gatineau, April 30, 2019

Enregistrement
DORS/2019-150 Le 22 mai 2019

LOI SUR LES TRANSPORTS AU CANADA

Règlement sur la protection des passagers aériens

C.P. 2019-584 Le 21 mai 2019

Attendu que, conformément au paragraphe 36(2) de la *Loi sur les transports au Canada*[a], l'Office des transports du Canada a fait parvenir au ministre des Transports un avis relativement au règlement ci-après;

Attendu que, conformément au paragraphe 86.11(1)[b] de la *Loi sur les transports au Canada*[a], l'Office des transports du Canada a consulté le ministre des Transports relativement au règlement ci-après;

Attendu que, au titre du paragraphe 86.11(2)[b] de la *Loi sur les transports au Canada*[a], le ministre des Transports a donné la *Directive concernant les retards de trois heures ou moins sur l'aire de trafic*[c],

À ces causes, en vertu du paragraphe 86(1)[d], de l'article 86.1[e] et des paragraphes 86.11(1)[b] et 177(1)[f] de la *Loi sur les transports au Canada*, l'Office des transports du Canada prend le *Règlement sur la protection des passagers aériens*, ci-après.

Gatineau, le 30 avril 2019

[a] S.C. 1996, c. 10
[b] S.C. 2018, c. 10, s. 19
[c] SOR/2019-110
[d] S.C. 2018, c. 10, s. 18
[e] S.C. 2007, c. 19, s. 27
[f] S.C. 2007, c. 19, ss. 49(1) and (2)

[a] L.C. 1996, ch. 10
[b] L.C. 2018, ch. 10, art. 19
[c] DORS/2019-110
[d] L.C. 2018, ch. 10, art. 18
[e] L.C. 2007, ch. 19, art. 27
[f] L.C. 2007, ch. 19. par. 49(1) et (2)

Le président et premier dirigeant de l'Office des transports du Canada,

Scott Streiner
Chairperson and Chief Executive Officer, Canadian Transportation Agency

La vice-présidente de l'Office des transports du Canada,

Elizabeth C. Barker
Vice-Chairperson, Canadian Transportation Agency

Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Transport, pursuant to subsection 36(1) of the *Canada Transportation Act*[a], approves the annexed *Air Passenger Protection Regulations*, made by the Canadian Transportation Agency.

Sur recommandation du ministre des Transports et en vertu du paragraphe 36(1) de la *Loi sur les transports au Canada*[a], Son Excellence la Gouverneure générale en conseil agrée le *Règlement sur la protection des passagers aériens*, ci-après, pris par l'Office des transports du Canada.

[a] S.C. 1996, c. 10

[a] L.C. 1996, ch. 10

Air Passenger Protection Regulations

Règlement sur la protection des passagers aériens

Definitions and Interpretation

Definitions — Part II of Act

1 (1) The following definitions apply in Part II of the Act.

mechanical malfunction means a mechanical problem that reduces the safety of passengers but does not include a problem that is identified further to scheduled maintenance undertaken in compliance with legal requirements. (*défaillance mécanique*)

required for safety purposes means required by law in order to reduce risk to passenger safety and includes required by safety decisions made within the authority of the pilot of the aircraft or any decision made in accordance with a *safety management system* as defined in subsection 101.01(1) of the *Canadian Aviation Regulations* but does not include scheduled maintenance in compliance with legal requirements. (*nécessaire par souci de sécurité*)

Definitions — Regulations

(2) The following definitions apply in these Regulations.

Act means the *Canada Transportation Act*. (*Loi*)

arrival means the time when one of the doors of an aircraft is opened after it lands to allow passengers to leave the aircraft. (*arrivée*)

large carrier means a carrier that has transported a worldwide total of two million passengers or more during each of the two preceding calendar years. (*gros transporteur*)

small carrier means any carrier that is not a large carrier. (*petit transporteur*)

Denial of boarding

(3) For the purpose of these Regulations, there is a denial of boarding when a passenger is not permitted to occupy a seat on board a flight because the number of seats that may be occupied on the flight is less than the number of passengers who have checked in by the required

Définitions et interprétation

Définitions — partie II de la Loi

1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la partie II de la Loi.

défaillance mécanique Problème mécanique qui réduit la sécurité des passagers, à l'exclusion du problème découvert lors de la maintenance planifiée effectuée conformément aux exigences légales. (*mechanical malfunction*)

nécessaire par souci de sécurité Se dit de toute exigence légale à respecter afin de réduire les risques pour la sécurité des passagers, y compris les décisions en matière de sécurité qui relèvent du pilote de l'aéronef ou qui sont prises conformément au *système de gestion de la sécurité* au sens du paragraphe 101.01(1) du *Règlement de l'aviation canadien*, à l'exception de la maintenance planifiée effectuée conformément aux exigences légales. (*required for safety purposes*)

Définitions — règlement

(2) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

arrivée Heure à laquelle l'une des portes de l'aéronef est ouverte après l'atterrissage pour permettre aux passagers de sortir de l'aéronef. (*arrival*)

gros transporteur Transporteur qui a transporté un total de deux millions de passagers ou plus, dans le monde, au cours de chacune des deux années civiles précédentes. (*large carrier*)

Loi La *Loi sur les transports au Canada*. (*Act*)

petit transporteur Transporteur qui n'est pas un gros transporteur. (*small carrier*)

Refus d'embarquement

(3) Pour l'application du présent règlement, il y a refus d'embarquement lorsqu'un passager ne peut pas occuper un siège sur un vol parce que le nombre de sièges pouvant être occupés est inférieur au nombre de passagers qui se sont enregistrés à l'heure requise, qui possèdent une réservation confirmée et des documents de voyage

time, hold a confirmed reservation and valid travel documentation and are present at the boarding gate at the required boarding time.

Obligations of small carriers

(4) For the purpose of these Regulations, a small carrier has the same obligations as a large carrier towards a passenger that it carries on behalf of a large carrier under a commercial agreement with that carrier.

valides et qui sont présents à la porte d'embarquement à l'heure prévue pour leur embarquement.

Obligations du petit transporteur

(4) Pour l'application du présent règlement, le petit transporteur a, envers les passagers qu'il transporte pour le compte d'un gros transporteur dans le cadre d'une entente commerciale avec celui-ci, les mêmes obligations que le gros transporteur.

General

Carrier liability

2 (1) The carrier operating a flight is liable to passengers with respect to the obligations set out in sections 7 to 22 and 24, or, if they are more favourable to those passengers, the obligations on the same matter that are set out in the applicable tariff.

Joint liability

(2) However, if one carrier carries passengers on behalf of another carrier under a commercial agreement, the carriers are jointly and severally, or solidarily, liable to those passengers with respect to the obligations set out in sections 7, 22 and 24, or, if they are more favourable to those passengers, the obligations on the same matter that are set out in the applicable tariff.

Tickets

(3) The issuing carrier of a ticket is liable to passengers for the obligations set out in sections 5 and 6, or, if they are more favourable to those passengers, the obligations on the same matter that are set out in the applicable tariff.

Persons with disabilities

3 (1) These Regulations do not limit a carrier's legal obligations with respect to persons with disabilities.

Carrier's right of action

(2) For greater certainty, these Regulations do not remove a carrier's right of action against any other person.

Other regimes

(3) Subject to subsection 86.11(3) of the Act, a passenger must not be refused compensation in accordance with these Regulations for an event on the grounds that they are also eligible for compensation for the same event under a different passenger rights regime.

Dispositions générales

Responsabilité du transporteur

2 (1) Le transporteur qui exploite un vol est responsable envers les passagers des obligations prévues aux article 7 à 22 et 24, ou, si elles leur sont plus avantageuses, celles figurant dans le tarif visant le même sujet.

Responsabilité solidaire

(2) Toutefois, si un transporteur transporte des passagers pour le compte d'un transporteur dans le cadre d'une entente commerciale avec celui-ci, les transporteurs sont solidairement responsables envers les passagers des obligations prévues aux articles 7, 22 et 24, ou, si les obligations envers les passagers sont plus avantageuses, celles figurant dans le tarif visant le même sujet.

Titre de voyage

(3) Le transporteur émetteur d'un titre de voyage à un passager est responsable envers se dernier des obligations prévues aux articles 5 et 6 ou, de celles figurants dans les tarifs applicables et concernant les mêmes sujets si elles prévoient des conditions plus avantageuses pour les passagers.

Personnes handicapées

3 (1) Le présent règlement ne limite pas les transporteurs de leurs obligations légales envers les personnes handicapées.

Droit d'action du transporteur

(2) Il est entendu que le présent règlement ne retire pas au transporteur les droits d'action qu'il pourrait exercer contre toute autre personne.

Autres régimes

(3) Sous réserve du paragraphe 86.11(3) de la Loi, un passager ne peut se voir refuser une indemnité prévue par le présent règlement parce qu'il est aussi admissible à une indemnité pour le même évènement dans le cadre d'un autre régime de droits des passagers.

Application to charter flights

4 (1) In the case of a charter flight, sections 2 to 24 apply

(a) to a charter flight within Canada if one or more seats on that flight are purchased for resale to the public; or

(b) to a charter flight to or from Canada if one or more passengers began their itinerary in Canada and one or more seats on that flight are purchased for resale to the public.

Licensee obligations

(2) A licensee must include the obligation to comply with these Regulations in its contracts with a charterer with respect to flights referred to in subsection (1).

Simple, clear and concise communication

5 (1) A carrier must make its terms and conditions of carriage that apply in the following circumstances available in simple, clear and concise language:

(a) flight delay, flight cancellation and denial of boarding;

(b) lost or damaged baggage; and

(c) the assignment of seats to children who are under the age of 14 years.

Means of communication

(2) The terms and conditions referred to in subsection (1) must be made available on all digital platforms that the carrier uses to sell tickets and on all documents on which the passenger's itinerary appears.

Information on treatment, compensation and recourse

(3) A carrier must provide information on the treatment of passengers and minimum compensation owed by the carrier and the recourse against the carrier available to passengers, including their recourse to the Agency, in simple, clear and concise language on all digital platforms that it uses to sell tickets and on all documents on which the passenger's itinerary appears.

Hyperlink

(4) For the purpose of subsections (2) and (3), a digital platform or a document that contains a hyperlink is considered to contain the information that is contained on the web page to which that hyperlink leads.

Vols affrétés

4 (1) Dans le cas d'un vol affrété, les articles 2 à 24 s'appliquent :

a) au vol affrété à l'intérieur du Canada lorsqu'au moins un des sièges de l'aéronef a été acheté pour être revendu au public;

b) au vol affrété en provenance ou à destination du Canada, si au moins un passager a débuté son itinéraire au Canada et qu'au moins un des sièges de l'aéronef a été acheté pour être revendu au public.

Obligations du licencié

(2) Le licencié inclut dans ses contrats avec un affréteur, à l'égard des vols visés au paragraphe (1), l'obligation de se conformer au présent règlement.

Communication en langage simple, clair et concis

5 (1) Le transporteur rend disponible, en langage simple, clair et concis, les conditions de transport applicables aux circonstances suivantes :

a) le retard et l'annulation de vol et le refus d'embarquement;

b) la perte ou l'endommagement de bagage;

c) l'attribution de sièges aux enfants de moins de quatorze ans.

Moyens de communication

(2) Les conditions de transport visées au paragraphe (1) sont disponibles sur toute plateforme numérique où le transporteur vend des titres de transport et sur tout document sur lequel figure l'itinéraire du passager.

Renseignements sur le traitements des passagers, indemnités et recours

(3) Le transporteur fournit, dans un langage simple, clair et concis, sur toute plateforme numérique où il vend des titres de transport et sur tout document sur lequel figure l'itinéraire du passager, les renseignements sur le traitement des passagers, les indemnités minimales qu'il doit leur verser ainsi que sur les recours possibles qu'ont les passagers contre lui, notamment ceux auprès de l'Office.

Hyperlien

(4) Pour l'application des paragraphes (2) et (3), la plateforme numérique ou le document qui contient un hyperlien est considéré comme contenant les renseignements contenus dans la page Web à laquelle il conduit.

Notice

(5) The following notice must be made available on all digital platforms that the carrier uses to sell tickets and on all documents on which the passenger's itinerary appears:

"If you are denied boarding, your flight is cancelled or delayed for at least two hours, or your baggage is lost or damaged, you may be entitled to certain standards of treatment and compensation under the *Air Passenger Protection Regulations*. For more information about your passenger rights please contact your air carrier or visit the Canadian Transportation Agency's website.

Si l'embarquement vous est refusé, ou si votre vol est annulé ou retardé d'au moins deux heures ou si vos bagages sont perdus ou endommagés, vous pourriez avoir droit au titre du *Règlement sur la protection des passagers aériens*, à certains avantages au titre des normes de traitement applicables et à une indemnité. Pour de plus amples renseignements sur vos droits, veuillez communiquer avec votre transporteur aérien ou visiter le site Web de l'Office des transports du Canada."

Persons with disabilities

(6) If the information referred to in subsection (1) or (3) or the notice set out in subsection (5) is provided in a digital format, that format must be compatible with adaptive technologies intended to assist persons with disabilities and if that information or notice is provided in a paper format, the carrier must, on request, provide it in large print, Braille or a digital format.

SOR/2019-150, s. 35.

Person authorized to sell tickets

6 The carrier must take reasonable measures to ensure that anyone authorized to sell tickets in the carrier's name complies with section 5.

Notice at airport

7 (1) A carrier operating a flight to or from an airport in Canada must display, in a visible manner at the check-in desk, self-service machines and boarding gate, a notice containing the following text:

"If you are denied boarding, your flight is cancelled or delayed for at least two hours, or your baggage is lost or damaged, you may be entitled to certain standards of treatment and compensation under the *Air Passenger Protection Regulations*. For more information about your passenger rights please contact your air carrier or visit the Canadian Transportation Agency's website.

Si l'embarquement vous est refusé, ou si votre vol est annulé ou retardé d'au moins deux heures ou si vos bagages sont perdus ou endommagés, vous pourriez avoir droit au titre du *Règlement sur la protection des passagers*

Avis

(5) L'avis ci-après figure, sur toute plateforme numérique où le transporteur vend des titres de transport et sur tout document contenant l'itinéraire du passager :

« Si l'embarquement vous est refusé, ou si votre vol est annulé ou retardé d'au moins deux heures ou si vos bagages sont perdus ou endommagés, vous pourriez avoir droit au titre du *Règlement sur la protection des passagers aériens*, à certains avantages au titre des normes de traitement applicables et à une indemnité. Pour de plus amples renseignements sur vos droits, veuillez communiquer avec votre transporteur aérien ou visiter le site Web de l'Office des transports du Canada.

If you are denied boarding, your flight is cancelled or delayed for at least two hours, or your baggage is lost or damaged, you may be entitled to certain standards of treatment and compensation under the *Air Passenger Protection Regulations*. For more information about your passenger rights please contact your air carrier or visit the Canadian Transportation Agency's website. »

Personnes handicapées

(6) Lorsque les renseignements visés aux paragraphes (1) ou (3) ou dans l'avis prévu au paragraphe (5) sont fournis en format numérique, le support numérique utilisé est compatible avec les technologies d'adaptation visant à aider les personnes handicapées. Si les renseignements sont fournis sur support papier, ils sont également fournis, sur demande, en gros caractères, en braille ou en format numérique.

DORS/2019-150, art. 35.

Personne autorisée à vendre des titres de transport

6 Le transporteur prend des mesures raisonnables pour que toute personne autorisée à vendre des titres de transport en son nom se conforme à l'article 5.

Avis à l'aéroport

7 (1) Le transporteur qui exploite un vol en provenance ou à destination d'un aéroport au Canada, affiche au comptoir d'enregistrement, aux bornes libre-service et à la porte d'embarquement, un avis indiquant d'une manière visible le texte suivant :

« Si l'embarquement vous est refusé, ou si votre vol est annulé ou retardé d'au moins deux heures ou si vos bagages sont perdus ou endommagés, vous pourriez avoir droit au titre du *Règlement sur la protection des passagers aériens*, à certains avantages au titre des normes de traitement applicables et à une indemnité. Pour de plus amples renseignements sur vos droits, veuillez communiquer avec votre transporteur aérien ou visiter le site Web de l'Office des transports du Canada.

aériens, à certains avantages au titre des normes de traitement applicables et à une indemnité. Pour de plus amples renseignements sur vos droits, veuillez communiquer avec votre transporteur aérien ou visiter le site Web de l'Office des transports du Canada."

If you are denied boarding, your flight is cancelled or delayed for at least two hours, or your baggage is lost or damaged, you may be entitled to certain standards of treatment and compensation under the *Air Passenger Protection Regulations*. For more information about your passenger rights please contact your air carrier or visit the Canadian Transportation Agency's website. »

Persons with disabilities

(2) If the notice is provided in a digital format, that format must be compatible with adaptive technologies intended to assist persons with disabilities and if the notice is provided in a paper format, the carrier must, on request, provide it in large print, Braille or a digital format.

SOR/2019-150, s. 36.

Personnes handicapées

(2) Lorsque l'avis est affiché en format numérique, le support numérique utilisé est compatible avec les technologies d'adaptation visant à aider les personnes handicapées. S'il est affiché sur support papier, il est fourni, sur demande, en gros caractères, en braille ou en format numérique.

DORS/2019-150, art. 36.

Delay, Cancellation and Denial of Boarding

Retard, annulation et refus d'embarquement

Tarmac delay obligations

8 (1) If a flight is delayed on the tarmac after the doors of the aircraft are closed for take-off or after the flight has landed, the carrier must provide passengers with the following, free of charge:

(a) if the aircraft is equipped with lavatories, access to those lavatories in working order;

(b) proper ventilation and cooling or heating of the aircraft;

(c) if it is feasible to communicate with people outside of the aircraft, the means to do so; and

(d) food and drink, in reasonable quantities, taking into account the length of the delay, the time of day and the location of the airport.

Retard sur l'aire de trafic

8 (1) Lorsqu'un vol est retardé sur l'aire de trafic après la fermeture des portes de l'aéronef en prévision du décollage, ou après l'atterrissage, le transporteur veille à ce que, sans frais :

a) si l'aéronef possède des toilettes, celles-ci soient fonctionnelles et accessibles aux passagers;

b) l'aéronef soit adéquatement ventilé et climatisé ou chauffé;

c) les passagers aient accès, si possible, à un moyen de communication avec des personnes à l'extérieur de l'aéronef;

d) les passagers aient accès à de la nourriture et à des boissons en quantité raisonnable compte tenu de la durée du retard, du moment de la journée et de l'emplacement de l'aéroport.

Urgent medical assistance

(2) If a passenger requires urgent medical assistance while the flight is delayed on the tarmac after the doors of the aircraft are closed for take-off or after the flight has landed, the carrier must facilitate access to that assistance.

Soins médicaux d'urgence

(2) Si un passager requiert des soins médicaux d'urgence durant la période de retard du vol sur l'aire de trafic après la fermeture des portes de l'aéronef en prévision du décollage, ou après l'atterrissage, le transporteur facilite l'accès à ces soins.

Passenger disembarkation

9 (1) If a flight is delayed on the tarmac at an airport in Canada, the carrier must provide an opportunity for passengers to disembark

Débarquement des passagers

9 (1) Lorsqu'un vol est retardé sur l'aire de trafic dans un aéroport au Canada, le transporteur permet aux passagers de débarquer de l'aéronef :

(a) three hours after the aircraft doors have been closed for take-off; and

(b) three hours after the flight has landed, or at any earlier time if it is feasible.

Take-off imminent

(2) However, a carrier is not required to provide an opportunity for passengers to disembark if it is likely that take-off will occur less than three hours and 45 minutes after the doors of the aircraft are closed for take-off or after the flight has landed and the carrier is able to continue to provide the standard of treatment referred to in section 8.

Priority disembarkation

(3) A carrier that allows passengers to disembark must, if it is feasible, give passengers with disabilities and their support person, service animal or emotional support animal, if any, the opportunity to disembark first.

Exceptions

(4) This section does not apply if providing an opportunity for passengers to disembark is not possible, including if it is not possible for reasons related to safety and security or to air traffic or customs control.

Obligations — situations outside carrier's control

10 (1) This section applies to a carrier when there is delay, cancellation or denial of boarding due to situations outside the carrier's control, including but not limited to the following:

(a) war or political instability;

(b) illegal acts or sabotage;

(c) meteorological conditions or natural disasters that make the safe operation of the aircraft impossible;

(d) instructions from air traffic control;

(e) a *NOTAM*, as defined in subsection 101.01(1) of the *Canadian Aviation Regulations*;

(f) a security threat;

(g) airport operation issues;

(h) a medical emergency;

(i) a collision with wildlife;

a) trois heures après la fermeture des portes en prévision du décollage;

b) trois heures après l'atterrissage ou plus tôt si cela est possible.

Décollage imminent

(2) Le transporteur n'est toutefois pas tenu de permettre aux passagers de débarquer de l'aéronef s'il est probable que le décollage aura lieu dans moins de trois heures et quarante-cinq minutes après la fermeture des portes en prévision du décollage ou après l'atterrissage et que le transporteur peut continuer à appliquer les normes de traitement prévues à l'article 8.

Priorité de débarquement

(3) Le transporteur qui permet aux passagers de débarquer de l'aéronef offre, si possible, la priorité de débarquement aux personnes handicapées et, le cas échéant, à leur personne de soutien, à leur animal d'assistance ou à leur animal de soutien émotionnel.

Exceptions

(4) Le présent article ne s'applique pas au transporteur qui n'est pas en mesure de permettre aux passagers de débarquer de l'aéronef notamment pour des raisons de sécurité, de sûreté, de contrôle de la circulation aérienne ou de contrôle douanier.

Obligations — situations indépendantes de la volonté du transporteur

10 (1) Le présent article s'applique au transporteur lorsque le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement est attribuable à une situation indépendante de sa volonté, notamment :

a) une guerre ou une situation d'instabilité politique;

b) un acte illégal ou un acte de sabotage;

c) des conditions météorologiques ou une catastrophe naturelle qui rendent impossible l'exploitation sécuritaire de l'aéronef;

d) des instructions du contrôle de la circulation aérienne;

e) un *NOTAM* au sens du paragraphe 101.01(1) du *Règlement de l'aviation canadien*;

f) une menace à la sûreté;

g) des problèmes liés à l'exploitation de l'aéroport;

h) une urgence médicale;

(j) a labour disruption within the carrier or within an essential service provider such as an airport or an air navigation service provider;

(k) a manufacturing defect in an aircraft that reduces the safety of passengers and that was identified by the manufacturer of the aircraft concerned, or by a competent authority; and

(l) an order or instruction from an official of a state or a law enforcement agency or from a person responsible for airport security.

Earlier flight disruption

(2) A delay, cancellation or denial of boarding that is directly attributable to an earlier delay or cancellation that is due to situations outside the carrier's control, is considered to also be due to situations outside that carrier's control if that carrier took all reasonable measures to mitigate the impact of the earlier flight delay or cancellation.

Obligations

(3) When there is delay, cancellation or denial of boarding due to situations outside the carrier's control, it must

(a) provide passengers with the information set out in section 13;

(b) in the case of a delay of three hours or more, provide alternate travel arrangements, in the manner set out in section 18, to a passenger who desires such arrangements; and

(c) in the case of a cancellation or a denial of boarding, provide alternate travel arrangements in the manner set out in section 18.

Obligations when required for safety purposes

11 (1) Subject to subsection 10(2), this section applies to a carrier when there is delay, cancellation or denial of boarding that is within the carrier's control but is required for safety purposes.

Earlier flight disruption

(2) A delay, cancellation or denial of boarding that is directly attributable to an earlier delay or cancellation that is within that carrier's control but is required for safety purposes, is considered to also be within that carrier's control but required for safety purposes if that carrier took all reasonable measures to mitigate the impact of the earlier flight delay or cancellation.

i) une collision avec un animal sauvage;

j) un conflit de travail chez le transporteur, un fournisseur de services essentiels comme un aéroport ou un fournisseur de services de navigation aérienne;

k) un défaut de fabrication de l'aéronef, qui réduit la sécurité des passagers, découvert par le fabricant de l'aéronef ou par une autorité compétente;

l) une instruction ou un ordre de tout représentant d'un État ou d'un organisme chargé de l'application de la loi ou d'un responsable de la sûreté d'un aéroport.

Pertubation de vols précédents

(2) Le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement qui est directement imputable à un retard ou à une annulation précédent attribuable à une situation indépendante de la volonté du transporteur est également considéré comme attribuable à une situation indépendante de la volonté du transporteur si ce dernier a pris toutes les mesures raisonnables pour atténuer les conséquences du retard ou de l'annulation précédent.

Obligations

(3) Lorsque le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement est attribuable à une situation indépendante de la volonté du transporteur, ce dernier :

a) fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13;

b) dans le cas d'un retard de trois heures ou plus, fournit aux passagers qui le désirent des arrangements de voyage alternatifs aux termes de l'article 18;

c) dans le cas d'une annulation ou d'un refus d'embarquement, fournit des arrangements de voyage alternatifs aux termes de l'article 18.

Obligations — nécessaires par souci de sécurité

11 (1) Sous réserve du paragraphe 10(2), cet article s'applique au transporteur dans le cas du retard ou de l'annulation de vol ou du refus d'embarquement qui lui est attribuable, mais qui est nécessaire par souci de sécurité.

Retard, annulation et refus d'embarquement subséquents

(2) Le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement qui est directement imputable à un retard ou à une annulation précédent attribuable au transporteur, mais nécessaire par souci de sécurité, est également considéré comme attribuable au transporteur mais nécessaire par souci de sécurité si le transporteur a pris

Delay

(3) In the case of a delay, the carrier must

(a) provide passengers with the information set out in section 13;

(b) if a passenger is informed of the delay less than 12 hours before the departure time that is indicated on their original ticket, provide the standard of treatment set out in section 14; and

(c) if the delay is a delay of three hours or more, provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17, to a passenger who desires such arrangements.

Cancellation

(4) In the case of a cancellation, the carrier must

(a) provide passengers with the information set out in section 13;

(b) if a passenger is informed of the cancellation less than 12 hours before the departure time that is indicated on their original ticket, provide the standard of treatment set out in section 14; and

(c) provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17.

Denial of boarding

(5) In the case of a denial of boarding, the carrier must

(a) provide passengers affected by the denial of boarding with the information set out in section 13;

(b) deny boarding in accordance with section 15 and provide the standard of treatment set out in section 16 to passengers affected by the denial of boarding; and

(c) provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17.

Obligations when within carrier's control

12 (1) Subject to subsection 10(2), this section applies to a carrier when there is delay, cancellation or denial of boarding that is within the carrier's control but is not referred to in subsections 11(1) or (2).

toutes les mesures raisonnables pour atténuer les conséquences du retard ou annulation précédent.

Retard

(3) Dans le cas du retard, le transporteur :

a) fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13;

b) si le retard a été communiqué aux passagers moins de douze heures avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial, applique les normes de traitement prévues à l'article 14;

c) s'il s'agit d'un retard de trois heures ou plus, fournit aux passagers qui le désirent des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de l'article 17.

Annulation

(4) Dans le cas de l'annulation de vol, le transporteur :

a) fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13;

b) si l'annulation a été communiquée aux passagers moins de douze heures avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial, applique les normes de traitement prévues à l'article 14;

c) fournit aux passagers des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de l'article 17.

Refus d'embarquement

(5) Dans le cas du refus d'embarquement, le transporteur :

a) fournit aux passagers concernés les renseignements prévus à l'article 13;

b) refuse l'embarquement conformément à l'article 15 et applique à l'égard des passagers concernés les normes de traitement prévues à l'article 16;

c) fournit aux passagers des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de l'article 17.

Obligations — attribuable au transporteur

12 (1) Sous réserve du paragraphe 10(2), le présent article s'applique au transporteur dans le cas du retard ou de l'annulation de vol ou d'un refus d'embarquement qui lui est attribuable mais qui n'est pas visé aux paragraphes 11(1) ou (2).

Delay

(2) In the case of a delay, the carrier must

(a) provide passengers with the information set out in section 13;

(b) if a passenger is informed of the delay less than 12 hours before the departure time that is indicated on their original ticket, provide them with the standard of treatment set out in section 14;

(c) if the delay is a delay of three hours or more, provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17, to a passenger who desires such arrangements; and

(d) if a passenger is informed 14 days or less before the departure time on their original ticket that the arrival of their flight at the destination that is indicated on that original ticket will be delayed, provide the minimum compensation for inconvenience in the manner set out in section 19.

Cancellation

(3) In the case of a cancellation, the carrier must

(a) provide passengers with the information set out in section 13;

(b) if a passenger is informed of the cancellation less than 12 hours before the departure time that is indicated on their original ticket, provide the standard of treatment set out in section 14;

(c) provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17; and

(d) if a passenger is informed 14 days or less before the original departure time that the arrival of their flight at the destination that is indicated on their ticket will be delayed, provide the minimum compensation for inconvenience in the manner set out in section 19.

Denial of boarding

(4) In the case of a denial of boarding, the carrier must

(a) provide passengers affected by the denial of boarding with the information set out in section 13;

(b) deny boarding in accordance with section 15 and provide the standard of treatment set out in section 16 to passengers affected by the denial of boarding;

(c) provide alternate travel arrangements or a refund, in the manner set out in section 17; and

Retard

(2) Dans le cas du retard, le transporteur :

a) fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13 ;

b) si le retard a été communiqué aux passagers moins de douze heures avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial, applique les normes de traitement prévues à l'article 14;

c) s'il s'agit d'un retard de trois heures ou plus, fournit aux passagers qui le désirent des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de l'article 17;

d) s'ils ont été informés quatorze jours ou moins avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial que leur arrivée à la destination indiquée sur ce titre de transport sera retardée, verse aux passagers l'indemnité minimale prévue à l'article 19 pour les inconvénients subis.

Annulation de vol

(3) Dans le cas de l'annulation, le transporteur :

a) fournit aux passagers les renseignements prévus à l'article 13 ;

b) si l'annulation de vol a été communiquée aux passagers moins de douze heures avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial, applique les normes de traitement prévues à l'article 14;

c) fournit des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de à l'article 17;

d) s'ils ont été informés quatorze jours ou moins avant l'heure de départ indiquée sur leur titre de transport initial que leur arrivée à la destination indiquée sur ce titre de transport sera retardée, verse aux passagers l'indemnité minimale prévue à l'article 19 pour les inconvénients subis.

Refus d'embarquement

(4) Dans le cas du refus d'embarquement, le transporteur :

a) fournit aux passagers concernés les renseignements prévus à l'article 13;

b) refuse l'embarquement conformément à l'article 15 et applique à l'égard des passagers concernés les normes de traitement prévues à l'article 16;

(d) provide the minimum compensation for inconvenience for denial of boarding in the manner set out in section 20.

c) fournit aux passagers des arrangements de voyage alternatifs ou un remboursement aux termes de l'article 17.;

d) verse l'indemnité minimale prévue à l'article 20 pour les inconvénients subis.

Information — cancellation, delay, denial of boarding

13 (1) A carrier must provide the following information to the passengers who are affected by a cancellation, delay or a denial of boarding:

(a) the reason for the delay, cancellation or denial of boarding;

(b) the compensation to which the passenger may be entitled for the inconvenience;

(c) the standard of treatment for passengers, if any; and

(d) the recourse available against the carrier, including their recourse to the Agency.

Renseignements fournis à la suite d'un retard, d'une annulation ou d'un refus d'embarquement

13 (1) Le transporteur fournit aux passagers visés par le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement les renseignements suivants :

a) la raison du retard, de l'annulation de vol ou du refus d'embarquement;

b) les indemnités qui peuvent être versées pour les inconvénients subis;

c) les normes de traitement des passagers applicables, le cas échéant;

d) les recours possibles contre lui, notamment ceux auprès de l'Office.

Communication every 30 minutes

(2) In the case of a delay, the carrier must communicate status updates to passengers every 30 minutes until a new departure time for the flight is set or alternate travel arrangements have been made for the affected passenger.

Mises à jour toutes les trente minutes

(2) Dans le cas du retard, le transporteur fournit aux passagers une mise à jour toutes les trente minutes sur la situation, et ce, jusqu'à ce qu'une nouvelle heure de départ soit fixée ou jusqu'à ce que des arrangements de voyage alternatifs aient été pris.

New information

(3) The carrier must communicate to passengers any new information as soon as feasible.

Nouveau renseignement

(3) Le transporteur fournit aux passagers tout nouveau renseignement dès que possible.

Audible and visible announcement

(4) The information referred to in subsection (1) must be provided by means of audible announcements and, upon request, by means of visible announcements.

Annonces audio et visuelle

(4) Les renseignements visés au paragraphe (1) sont fournis au moyen d'annonces faites sur support audio et, sur demande, sur support visuel.

Method of communication

(5) The information referred to in subsection (1) must also be provided to the passenger using the available communication method that they have indicated that they prefer, including a method that is compatible with adaptive technologies intended to assist persons with disabilities.

Moyen de communication

(5) Les renseignements visés au paragraphe (1) sont également fournis aux passagers à l'aide du moyen de communication disponible pour lequel ils ont indiqué une préférence, y compris un moyen qui est compatible avec les technologies d'adaptation visant à aider les personnes handicapées.

Standards of treatment

14 (1) If paragraph 11(3)(b) or (4)(b) or 12(2)(b) or (3)(b) applies to a carrier, and a passenger has waited two hours after the departure time that is indicated on

Normes de traitement

14 (1) Si les alinéas 11(3)b) ou (4)b), ou 12(2)b) ou (3)b), s'appliquent au transporteur et qu'il s'est écoulé deux heures depuis l'heure de départ indiquée sur le titre

their original ticket, the carrier must provide the passenger with the following treatment free of charge:

(a) food and drink in reasonable quantities, taking into account the length of the wait, the time of day and the location of the passenger; and

(b) access to a means of communication.

Accommodations

(2) If paragraph 11(3)(b) or (4)(b) or 12(2)(b) or (3)(b) applies to a carrier and the carrier expects that the passenger will be required to wait overnight for their original flight or for a flight reserved as part of alternate travel arrangements, the air carrier must offer, free of charge, hotel or other comparable accommodation that is reasonable in relation to the location of the passenger, as well as transportation to the hotel or other accommodation and back to the airport.

Refusing or limiting treatment

(3) The carrier may limit or refuse to provide a standard of treatment referred to in subsection (1) or (2) if providing that treatment would further delay the passenger.

Denial of boarding — request for volunteers

15 (1) If paragraph 11(5)(b) or 12(4)(b) applies to a carrier, it must not deny boarding to a passenger unless it has asked all passengers if they are willing to give up their seat.

Passenger on aircraft

(2) The carrier must not deny boarding to a passenger who is already on board the aircraft, unless the denial of boarding is required for reasons of safety.

Confirmation of benefit

(3) If a carrier offers a benefit in exchange for a passenger willingly giving up their seat in accordance with subsection (1) and a passenger accepts the offer, it must provide the passenger with a written confirmation of that benefit before the flight departs.

Priority for boarding

(4) If denial of boarding is necessary, the carrier must select the passengers who will be denied boarding, giving priority for boarding to passengers in the following order:

(a) an unaccompanied minor;

de transport initial du passager, le transporteur fournit, sans frais supplémentaires :

a) de la nourriture et des boissons en quantité raisonnable compte tenu de la durée de l'attente, du moment de la journée et du lieu où se trouve le passager;

b) l'accès à un moyen de communication.

Hébergement

(2) Si les alinéas 11(3)b) ou (4)b), ou 12(2)b) ou (3)b) s'appliquent au transporteur et que celui-ci prévoit que le passager devra attendre toute la nuit le vol retardé ou le vol faisant partie des arrangements de voyage alternatifs, le transporteur fournit au passager, sans frais supplémentaire, une chambre d'hôtel ou un lieu d'hébergement comparable qui est raisonnable compte tenu du lieu où se trouve le passager ainsi que le transport pour aller à l'hôtel ou au lieu d'hébergement et revenir à l'aéroport.

Refus ou limite des normes de traitement

(3) Le transporteur peut limiter les normes de traitement prévues aux paragraphes (1) ou (2), ou refuser de les appliquer, si leur application entraînerait un retard plus important pour le passager.

Refus d'embarquement — demande de volontaires

15 (1) Si les alinéas 11(5)b) ou 12(4)b) s'appliquent au transporteur, celui-ci ne peut refuser l'embarquement à un passager avant d'avoir demandé aux autres passagers si l'un d'eux accepterait de laisser son siège.

Passager déjà à bord

(2) Le passager déjà à bord de l'aéronef ne peut faire l'objet d'un refus d'embarquement, sauf pour des raisons de sécurité.

Confirmation des avantages

(3) Le transporteur qui offre un avantage aux passagers afin que l'un d'eux accepte de laisser son siège conformément au paragraphe (1), fournit aux passagers qui acceptent l'offre une confirmation écrite de l'avantage avant le départ du vol.

Priorité d'embarquement

(4) Lorsque le refus d'embarquement est nécessaire, le transporteur sélectionne les passagers qui se verront refuser l'embarquement en accordant la priorité d'embarquement aux passagers dans l'ordre suivant :

a) un mineur non accompagné;

(b) a person with a disability and their support person, service animal, or emotional support animal, if any;

(c) a passenger who is travelling with family members; and

(d) a passenger who was previously denied boarding on the same ticket.

b) une personne handicapée et, le cas échéant, à leur personne de soutien, à leur animal d'assistance ou à leur animal de soutien émotionnel;

c) un passager qui voyage avec des membres de sa famille;

d) un passager qui s'est déjà vu refuser l'embarquement pour le même titre de transport.

Treatment when boarding is denied

16 (1) If paragraph 11(5)(b) or 12(4)(b) applies to a carrier, it must, before a passenger boards the flight reserved as part of an alternate travel arrangement, provide them with the following treatment free of charge:

(a) food and drink in reasonable quantities, taking into account the length of the wait, the time of day and the location of the passenger; and

(b) access to a means of communication.

Normes de traitement des passagers lors du refus d'embarquement

16 (1) Si les alinéas 11(5)b) ou 12(4)b) s'appliquent au transporteur, celui-ci fournit au passager, avant son embarquement à bord d'un vol faisant partie des arrangements de voyage alternatifs, sans frais supplémentaires :

a) de la nourriture et des boissons en quantité raisonnable compte tenu de la durée de l'attente, du moment de la journée et du lieu où se trouve le passager;

b) l'accès à un moyen de communication.

Accommodations

(2) If the carrier expects that the passenger will be required to wait overnight for a flight reserved as part of alternate travel arrangements, the carrier must offer, free of charge, hotel or other comparable accommodation that is reasonable in relation to the location of the passenger, as well as transportation to the hotel or other accommodation and back to the airport.

Hébergement

(2) Si le transporteur prévoit que le passager devra attendre toute la nuit le vol faisant partie des arrangements de voyage alternatifs, il lui fournit, sans frais supplémentaires, une chambre d'hôtel ou un lieu d'hébergement comparable qui est raisonnable compte tenu du lieu où se trouve le passager, ainsi que le transport pour aller à l'hôtel ou au lieu d'hébergement et revenir à l'aéroport.

Refusing or limiting treatment

(3) The carrier may limit or refuse to provide a standard of treatment referred to in subsection (1) or (2) if providing that treatment would further delay the passenger.

Refus ou limite des normes de traitement

(3) Le transporteur peut limiter les normes de traitement prévues aux paragraphes (1) ou (2), ou refuser de les appliquer, si leur application entraînerait un retard plus important pour le passager.

Alternate arrangements — within carrier's control

17 (1) If paragraph 11(3)(c), (4)(c) or (5)(c) or 12(2)(c), (3)(c) or (4)(c) applies to a carrier, it must provide the following alternate travel arrangements free of charge to ensure that passengers complete their itinerary as soon as feasible:

(a) in the case of a large carrier,

(i) a confirmed reservation for the next available flight that is operated by the original carrier, or a carrier with which the original carrier has a commercial agreement, is travelling on any reasonable air route from the airport at which the passenger is located to the destination that is indicated on the passenger's original ticket and departs within nine

Arrangements alternatifs — situation attribuable au transporteur

17 (1) Si les alinéas 11(3)c), (4)c) ou (5)c), ou 12(2)c), (3)c) ou (4)c) s'appliquent au transporteur, celui-ci fournit aux passagers, sans frais supplémentaires, les arrangements de voyage alternatifs ci-après pour que les passagers puissent compléter leur itinéraire prévu dès que possible :

a) dans le cas d'un gros transporteur :

(i) une réservation confirmée pour le prochain vol disponible exploité par lui, ou par un transporteur avec lequel il a une entente commerciale, suivant toute route aérienne raisonnable à partir de l'aéroport où se situe le passager vers la destination indiquée sur le titre de transport initial du passager et

hours of the departure time that is indicated on that original ticket,

(ii) a confirmed reservation for a flight that is operated by any carrier and is travelling on any reasonable air route from the airport at which the passenger is located to the destination that is indicated on the passenger's original ticket and departs within 48 hours of the departure time that is indicated on that original ticket if the carrier cannot provide a confirmed reservation that complies with subparagraph (i), or

(iii) transportation to another airport that is within a reasonable distance of the airport at which the passenger is located and a confirmed reservation for a flight that is operated by any carrier and is travelling on any reasonable air route from that other airport to the destination that is indicated on the passenger's original ticket, if the carrier cannot provide a confirmed reservation that complies with subparagraphs (i) or (ii); and

(b) in the case of a small carrier, a confirmed reservation for the next available flight that is operated by the original carrier, or a carrier with which the original carrier has a commercial agreement, and is travelling on any reasonable air route from the airport at which the passenger is located to the destination that is indicated on the passenger's original ticket.

Refund

(2) If the alternate travel arrangements offered in accordance with subsection (1) do not accommodate the passenger's travel needs, the carrier must

(a) in the case where the passenger is no longer at the point of origin that is indicated on the ticket and the travel no longer serves a purpose because of the delay, cancellation or denial of boarding, refund the ticket and provide the passenger with a confirmed reservation that

(i) is for a flight to that point of origin, and

(ii) accommodates the passenger's travel needs; and

(b) in any other case, refund the unused portion of the ticket.

Comparable services

(3) To the extent possible, the alternate travel arrangements must provide services that are comparable to those of the original ticket.

dont le départ a lieu dans les neuf heures suivant l'heure de départ indiquée sur ce titre de transport,

(ii) s'il ne peut fournir une réservation confirmée visée au sous-alinéa (i), une réservation confirmée pour un vol exploité par tout transporteur, suivant toute route aérienne raisonnable à partir de l'aéroport où se situe le passager vers la destination indiquée sur son titre de transport initial et dont le départ a lieu dans les quarante-huit heure,

(iii) s'il ne peut fournir une réservation confirmée visée aux sous-alinéas (i) ou (ii), le transport vers un aéroport se trouvant à une distance raisonnable de celui où se trouve le passager et une réservation confirmée vers la destination indiquée sur le titre de transport initial du passager suivant toute route aérienne raisonnable exploitée par tout transporteur en partance de cet aéroport;

b) dans le cas d'un petit transporteur, une réservation confirmée pour le prochain vol disponible exploité par lui, ou par un transporteur avec lequel il a une entente commerciale, suivant toute route aérienne raisonnable à partir de l'aéroport où se situe le passager, vers la destination indiquée sur le titre de transport initial du passager.

Remboursement

(2) Si les arrangements de voyage alternatifs fournis conformément au paragraphe (1) ne satisfont pas aux besoins de voyage du passager, le transporteur :

a) dans le cas où le passager n'est plus au point de départ indiqué sur le titre de transport et que le voyage n'a plus sa raison d'être en raison du retard, de l'annulation de vol ou du refus d'embarquement, rembourse le titre de transport et fournit au passager une réservation confirmée :

(i) pour un vol à destination de ce point de départ,

(ii) qui satisfait aux besoins de voyage du passager;

b) dans tous les autres cas, rembourse les portions inutilisées du titre de transport.

Services comparables

(3) Dans la mesure du possible, les vols faisant partie des arrangements de voyage alternatifs offrent des services comparables à ceux prévus dans le titre de transport initial.

Refund of additional services

(4) A carrier must refund the cost of any additional services purchased by a passenger in connection with their original ticket if

(a) the passenger did not receive those services on the alternate flight; or

(b) the passenger paid for those services a second time.

Higher class of service

(5) If the alternate travel arrangements provide for a higher class of service than the original ticket, the carrier must not request supplementary payment.

Lower class of service

(6) If the alternate travel arrangements provide for a lower class of service than the original ticket, the carrier must refund the difference in the cost of the applicable portion of the ticket.

Method used for refund

(7) Refunds under this section must be paid by the method used for the original payment and to the person who purchased the ticket or additional service.

Alternate arrangements — outside carrier's control

18 (1) If paragraph 10(3)(b) or (c) applies to a carrier, it must provide the following alternate travel arrangements free of charge to ensure that passengers complete their itinerary as soon as feasible:

(a) in the case of a large carrier,

(i) a confirmed reservation for the next available flight that is operated by the original carrier, or a carrier with which the original carrier has a commercial agreement, is travelling on any reasonable air route from the airport at which the passenger is located to the destination that is indicated on the passenger's original ticket and departs within 48 hours of the end of the event that caused the delay, cancellation or denial of boarding,

(ii) if the carrier cannot provide a confirmed reservation that complies with subparagraph (i),

(A) a confirmed reservation for a flight that is operated by any carrier and is travelling on any reasonable air route from the airport at which

Remboursement d'un service additionnel

(4) Le transporteur rembourse le passager de tout service additionnel acheté en lien avec son titre de transport initial dans les cas suivants :

a) le passager n'a pas reçu ce service lors du vol alternatif;

b) le passager a payé de nouveau pour ce service.

Classe de service supérieure

(5) Si les arrangements de voyage alternatifs prévoient que le passager voyage dans une classe de service supérieure à celle prévue dans le titre de transport initial, le transporteur ne peut exiger le versement d'un supplément.

Classe de service inférieure

(6) Si les arrangements de voyage alternatifs prévoient que le passager voyage dans une classe de service inférieure à celle prévue dans le titre de transport initial, le transporteur rembourse la portion applicable du titre de transport.

Moyen utilisé pour le remboursement

(7) Les remboursements prévus au présent article sont versés, selon le mode de paiement initial à la personne qui a acheté le titre de transport ou le service additionnel.

Arrangements alternatifs — situation indépendante de la volonté du transporteur

18 (1) Si les alinéas 10(3)b) ou c) s'appliquent au transporteur, celui-ci fournit aux passagers, sans frais supplémentaires, les arrangements de voyage alternatifs ci-après pour que les passagers puissent compléter l'itinéraire prévu dès que possible :

a) dans le cas d'un gros transporteur :

(i) une réservation confirmée pour le prochain vol disponible exploité par lui, ou par un transporteur avec lequel il a une entente commerciale, suivant toute route aérienne raisonnable à partir de l'aéroport où se trouve le passager vers la destination indiquée sur le titre de transport initial du passager et dont le départ aura lieu dans les quarante-huit heures suivant la fin de l'évènement ayant causé le retard ou l'annulation de vol ou le refus d'embarquement,

(ii) s'il ne peut fournir une réservation confirmée visée au sous-alinéa (i) :

the passenger is located, or another airport that is within a reasonable distance of that airport, to the destination that is indicated on the passenger's original ticket, and

(B) if the new departure is from an airport other than the one at which the passenger is located, transportation to that other airport; and

(b) in the case of a small carrier, a confirmed reservation for the next available flight that is operated by the original carrier, or a carrier with which the original carrier has a commercial agreement, and is travelling on any reasonable air route from the same airport to the destination that is indicated on the passenger's original ticket.

Comparable services

(2) To the extent possible, the alternate travel arrangements must provide services that are comparable to those of the original ticket.

Higher class of service

(3) If the alternate travel arrangements provide for a higher class of service than the original ticket, the carrier must not request supplementary payment.

Compensation for delay or cancellation

19 (1) If paragraph 12(2)(d) or (3)(d) applies to a carrier, it must provide the following minimum compensation:

(a) in the case of a large carrier,

(i) $400, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by three hours or more, but less than six hours,

(ii) $700, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by six hours or more, but less than nine hours, or

(iii) $1,000, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by nine hours or more; and

(b) in the case of a small carrier,

(A) une réservation confirmée pour un vol exploité par tout transporteur, suivant toute route aérienne raisonnable à partir de l'aéroport où se situe le passager, ou d'un aéroport se trouvant à une distance raisonnable de celui-ci, vers la destination indiquée sur le titre de transport initial du passager,

(B) si le départ s'effectue dans un aéroport autre que celui où se trouve le passager, le transport entre les aéroports;

b) dans le cas d'un petit transporteur, une réservation confirmée pour le prochain vol disponible exploité par lui, ou par un transporteur avec lequel il a une entente commerciale, pour toute route aérienne raisonnable à partir de l'aéroport où se trouve le passager, vers la destination indiquée sur le titre de transport initial du passager.

Services comparables

(2) Dans la mesure du possible, les vols faisant partie des arrangements de voyage alternatifs offrent des services comparables à ceux prévus dans le titre de transport initial.

Classe de service supérieure

(3) Si les arrangements de voyage alternatifs prévoient que le passager voyage dans une classe de service supérieure à celle prévue dans le titre de transport initial, le transporteur ne peut exiger le versement d'un supplément.

Indemnité pour retard ou annulation de vol

19 (1) Si les alinéas 12(2)d) ou (3)d) s'appliquent au transporteur, celui-ci verse l'indemnité minimale suivante :

a) dans le cas d'un gros transporteur :

(i) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardée de trois heures ou plus, mais de moins de six heures, 400 $,

(ii) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport est retardée de six heures ou plus, mais de moins de neuf heures, 700 $,

(iii) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardée de neuf heures ou plus, 1000 $;

b) dans le cas d'un petit transporteur :

(i) $125, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by three hours or more, but less than six hours,

(ii) $250, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by six hours or more, but less than nine hours, or

(iii) $500, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by nine hours or more.

Compensation in case of refund

(2) If paragraph 12(2)(c) or (3)(c) applies to a carrier and the passenger's ticket is refunded in accordance with subsection 17(2), the carrier must provide a minimum compensation of

(a) $400, in the case of a large carrier; and

(b) $125, in the case of a small carrier.

Deadline to file request

(3) To receive the minimum compensation referred to in paragraph (1) or (2), a passenger must file a request for compensation with the carrier before the first anniversary of the day on which the flight delay or flight cancellation occurred.

Deadline to respond

(4) The carrier must, within 30 days after the day on which it receives the request, provide the compensation or an explanation as to why compensation is not payable.

Compensation for denial of boarding

20 (1) If paragraph 12(4)(d) applies to a carrier, it must provide the following minimum compensation:

(a) $900, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by less than six hours;

(b) $1,800, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by six hours or more, but less than nine hours; and

(c) $2,400, if the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on the original ticket is delayed by nine hours or more.

(i) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardée de trois heures ou plus mais de moins de six heures, 125 $,

(ii) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardée de six heures ou plus mais de moins de neuf heures, 250 $,

(iii) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardée de neuf heures ou plus, 500 $.

Indemnité en cas de remboursement

(2) Si les alinéas 12(2)c) ou (3)c) s'appliquent au transporteur et que le titre de transport est remboursé au titre du paragraphe 17(2), le transporteur verse l'indemnité minimale suivante :

a) dans le cas d'un gros transporteur, 400 $;

b) dans le cas d'un petit transporteur, 125 $.

Délai pour déposer une demande d'indemnité

(3) Pour obtenir l'indemnité minimale prévue aux paragraphes (1) ou (2), le passager dépose une demande auprès du transporteur avant le premier anniversaire du retard ou de l'annulation.

Délai pour répondre

(4) Le transporteur dispose de trente jours, après la date de la réception de la demande, pour verser l'indemnité au passager ou lui fournir les motifs de son refus de la verser.

Indemnité pour refus d'embarquement

20 (1) Si l'alinéa 12(4)d) s'applique au transporteur, il verse l'indemnité minimale suivante :

a) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardée de moins de six heures, 900 $;

b) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardé de six heures ou plus, mais de moins de neuf heures, 1800 $;

c) si l'heure d'arrivée du vol du passager à la destination indiquée sur le titre de transport initial est retardée de neuf heures ou plus, 2 400 $.

Payment

(2) The carrier must provide the compensation to the passenger as soon as it is operationally feasible, but not later than 48 hours after the time of the denial of boarding.

Estimated arrival time

(3) If the compensation is paid before the arrival of the flight reserved as part of alternate travel arrangements at the destination that is indicated on their ticket, that compensation is determined based on the flight's expected arrival.

Written confirmation

(4) If it is not possible to provide the compensation before the boarding time of the flight reserved as part of alternate travel arrangements, the carrier must provide the passenger with a written confirmation of the amount of the compensation that is owed.

Adjustment

(5) If the arrival of the passenger's flight at the destination that is indicated on their original ticket is after the time it was expected to arrive when the compensation was paid or confirmed in writing and the amount that was paid or confirmed no longer reflects the amount due in accordance with subsection (1), the carrier must adjust the amount of the compensation accordingly.

Compensation for inconvenience

21 A carrier who is required to provide compensation must do so in the form of money, unless

(a) it offers compensation in another form that has a greater monetary value than the minimum monetary value of the compensation that is required under these Regulations;

(b) the passenger has been informed in writing of the monetary value of the other form of compensation;

(c) the other form of compensation does not expire; and

(d) the passenger confirms in writing that they have been informed of their right to receive monetary compensation and have chosen the other form of compensation.

Paiement

(2) Le transporteur verse l'indemnité aux passagers aussitôt qu'il le peut sur le plan opérationnel, mais au plus tard quarante-huit heures après le refus d'embarquement.

Heure d'arrivée prévue

(3) Si l'indemnité est versée avant que le vol faisant partie des arrangements de voyage alternatifs n'arrive à la destination indiquée sur le titre de transport initial, elle est calculée en fonction de l'heure d'arrivée prévue.

Confirmation écrite

(4) Si le transporteur ne peut verser l'indemnité avant l'heure d'embarquement du vol faisant partie des arrangements de voyage alternatifs fournis, il donne au passager une confirmation écrite du montant de cette indemnité.

Ajustement

(5) Si le vol d'un passager arrive à la destination indiquée sur le titre de transport initial après l'heure prévue, et que le montant de l'indemnité qui a été versée, ou confirmée par écrit, ne reflète pas l'indemnité due aux termes du paragraphe (1), le transporteur ajuste le montant de l'indemnité en conséquence.

Indemnités pour inconvénients

21 Le transporteur tenu de verser une indemnité verse celle-ci en argent sauf si, à la fois :

a) il offre une indemnité, autre que monétaire, dont la valeur est supérieure au montant de l'indemnité minimale prévue par le présent règlement;

b) le passager a été informé par écrit de la valeur de l'indemnité sous l'autre forme;

c) l'indemnité sous l'autre forme n'a pas de date d'expiration;

d) le passager a confirmé par écrit qu'il a été informé de son droit à une indemnité en argent, mais qu'il préfère recevoir l'indemnité sous l'autre forme.

Assignment of Seats to Children under the Age of 14 Years

Assigning seats

22 (1) In order to facilitate the assignment of a seat to a child who is under the age of 14 years in close proximity to a parent, guardian or tutor in accordance with subsection (2), a carrier must, at no additional charge

(a) assign a seat before check-in to the child that is in close proximity to their parent, guardian or tutor; or

(b) if the carrier does not assign seats in accordance with paragraph (a), do the following:

(i) advise passengers before check-in that the carrier will facilitate seat assignment of children in close proximity to a parent, guardian or tutor at no additional charge at the time of check-in or at the boarding gate,

(ii) assign seats at the time of check-in, if possible,

(iii) if it is not possible to assign seats at the time of check-in, ask for volunteers to change seats at the time of boarding, and

(iv) if it is not possible to assign seats at the time of check-in and no passenger has volunteered to change seats at the time of boarding, ask again for volunteers to change seats before take-off.

Proximity to adult's seat

(2) The carrier must facilitate the assignment of a seat to a child who is under the age of 14 years by offering, at no additional charge,

(a) in the case of a child who is four years of age or younger, a seat that is adjacent to their parent, guardian or tutor's seat;

(b) in the case of a child who is 5 to 11 years of age, a seat that is in the same row as their parent, guardian or tutor's seat, and that is separated from that parent, guardian or tutor's seat by no more than one seat; and

(c) in the case of a child who is 12 or 13 years of age, a seat that is in a row that is separated from the row of their parent, guardian or tutor's seat by no more than one row.

Attribution de sièges aux enfants de moins de quatorze ans

Attribution de sièges

22 (1) Pour faciliter l'attribution aux enfants de moins de quatorze ans d'un siège à proximité du siège d'un parent ou d'un tuteur conformément au paragraphe (2), le transporteur, sans frais supplémentaires :

a) attribue à un enfant de moins de quatorze ans, avant l'enregistrement, un siège à proximité du siège d'un parent ou d'un tuteur;

b) lorsqu'il n'attribue pas de sièges conformément à l'alinéa a), prend les mesures suivantes :

(i) il avise les passagers, avant l'enregistrement, qu'il facilitera l'attribution aux enfants de sièges à proximité du siège d'un parent ou d'un tuteur sans frais supplémentaires au moment de l'enregistrement ou à la porte d'embarquement,

(ii) il attribue les sièges au moment de l'enregistrement, si possible,

(iii) si l'attribution des sièges au moment de l'enregistrement est impossible, il demande si quelqu'un se porte volontaire pour changer de siège au moment de l'embarquement,

(iv) si aucun passager ne se porte volontaire pour changer de siège au moment de l'embarquement, il demande de nouveau si quelqu'un se porte volontaire pour changer de siège avant le décollage.

Proximité du siège d'un adulte

(2) Le transporteur facilite l'attribution des sièges aux enfants de moins de quatorze ans, sans frais supplémentaires, de la façon suivante :

a) il attribue aux enfants de quatre ans et moins un siège adjacent au siège d'un parent ou d'un tuteur;

b) il attribue aux enfants de cinq à onze ans un siège situé à au plus un siège de celui de leur parent ou tuteur dans la même rangée;

c) il attribue aux enfants de douze et treize ans un siège dans une rangée située à au plus une rangée du siège de leur parent ou tuteur.

Difference in price

(3) If a passenger is assigned a seat in accordance with subsection (2) that is in a lower class of service than their ticket provides, the carrier must reimburse the price difference between the classes of service, but if the passenger chooses a seat that is in a higher class of service than their ticket provides, the carrier may request supplementary payment representing the price difference between the classes of service.

Baggage

Lost or damaged baggage

23 (1) If a carrier admits to the loss of baggage, or if baggage is lost for more than 21 days or is damaged, the carrier must provide compensation equal to or greater than the sum of

(a) the fees paid for that baggage,

(b) in cases where the *Carriage by Air Act* applies, the compensation payable in accordance with that Act, and

(c) in cases where the *Carriage by Air Act* does not apply, the amount that would be payable by the carrier in accordance with the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air set out in Schedule VI to that Act, if the carrier were conducting international carriage of baggage within the meaning of paragraph 1 of Article 1 of that Convention.

Temporary loss

(2) If baggage is lost for 21 days or less, the carrier must provide compensation equal to or greater than the sum of

(a) the fees paid for that baggage,

(b) in cases where the *Carriage by Air Act* applies, the compensation payable in accordance with that Act, and

(c) in cases where the *Carriage by Air Act* does not apply, the amount that would be payable by the carrier for delay in the carriage of baggage in accordance with the Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air set out in Schedule VI to that Act, if the carrier were conducting international carriage of baggage within the meaning of paragraph 1 of Article 1 of that Convention.

Différence de prix

(3) Lorsqu'un passager se voit attribuer un siège conformément au paragraphe (2) et que ce siège est dans une classe de service inférieure à celle prévue par son titre de transport, le transporteur rembourse la différence de prix entre les classes de service. Toutefois, si le passager choisit un siège dans une classe de service supérieure à celle prévue dans son titre de transport, le transporteur peut exiger un supplément représentant la différence de prix entre les classes de service.

Bagages

Bagage perdu ou endommagé

23 (1) Si le transporteur admet la perte d'un bagage ou si le bagage est perdu pendant plus de vingt et un jours ou est endommagé, le transporteur verse une indemnité égale ou supérieure à la somme de ce qui suit :

a) les frais payés pour le bagage;

b) dans le cas où la *Loi sur le transport aérien* s'applique, le montant de l'indemnité payable conformément à cette loi;

c) dans le cas où la *Loi sur le transport aérien* ne s'applique pas, la somme qui serait payable conformément à la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international figurant à l'annexe VI de cette loi, si le transporteur aérien procédait au transport international de bagages au sens du paragraphe 1 de l'article 1 de cette convention.

Perte temporaire

(2) Si le bagage est perdu pendant vingt et un jours ou moins, le transporteur verse une indemnité égale ou supérieure à la somme de ce qui suit :

a) les frais payés pour le bagage;

b) dans le cas où la *Loi sur le transport aérien* s'applique, le montant de l'indemnité payable conformément à cette loi;

c) dans le cas où la *Loi sur le transport aérien* ne s'applique pas, la somme qui serait payable conformément à la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international figurant à l'annexe VI de cette loi, si le transporteur aérien procédait au transport international de bagages au sens du paragraphe 1 de l'article 1 de cette convention.

Musical instruments

24 (1) A carrier must establish terms and conditions with regard to

(a) musical instruments that may be carried in the cabin or that must be checked, including

(i) restrictions with respect to size and weight,

(ii) restrictions with respect to quantity, and

(iii) the use of stowage space in the cabin;

(b) fees for transporting instruments; and

(c) passenger options if, because a flight will occur on a different aircraft than expected, there is insufficient stowage space in the cabin.

Obligation to carry

(2) A carrier must accept musical instruments as checked or carry-on baggage, unless accepting an instrument is contrary to general terms and conditions in the carrier's tariff with respect to the weight or dimension of baggage or to safety.

Advertising

Definitions

25 The following definitions apply in this section and sections 27 to 31.

air transportation charge means, in relation to an air service, every fee or charge that must be paid upon the purchase of the air service, including the charge for the costs to the carrier of providing the service, but excluding any third party charge. (*frais du transport aérien*)

third party charge means, in relation to an air service or an optional incidental service, any tax or prescribed fee or charge established by a government, public or airport authority or agent or mandatary of a government or public or airport authority, that upon the purchase of the service is collected by the carrier or other seller of the service on behalf of the government, public or airport authority or the agent or mandatary for remittance to it. (*somme perçue pour un tiers*)

total price means

(a) in relation to an air service, the total of the air transportation charges and third party charges that must be paid to obtain the service; and

Instruments de musique

24 (1) Le transporteur élabore les modalités concernant :

a) le transport d'instruments de musique en cabine ou à titre de bagages enregistrés, notamment :

(i) les restrictions relatives à la taille et au poids,

(ii) les restrictions relatives au nombre,

(iii) l'utilisation des espaces de rangement en cabine;

b) les frais pour le transport d'instruments;

c) les options s'offrant au passager si, en raison d'un changement d'aéronef, l'espace de rangement en cabine sera insuffisant pour l'instrument.

Obligation de transport

(2) Le transporteur accepte les instruments de musique à titre de bagages enregistrés ou bagages de cabine, à moins que cela soit contraire aux conditions du tarif du transporteur relativement au poids ou aux dimensions des bagages ou à la sécurité.

Publicité

Définitions

25 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 27 à 31.

frais du transport aérien S'entend, à l'égard d'un service aérien, de tout frais ou droit qui doit être payé lors de l'achat du service, y compris les coûts supportés par le transporteur pour la fourniture du service, mais à l'exclusion des sommes perçues pour un tiers. (*air transportation charge*)

prix total S'entend :

a) à l'égard d'un service aérien, de la somme des frais du transport aérien et des sommes perçues pour un tiers à payer pour ce service;

b) à l'égard d'un service optionnel connexe, de la somme totale à payer pour ce service, y compris les sommes perçues pour un tiers. (*total price*)

somme perçue pour un tiers S'entend, à l'égard d'un service aérien ou d'un service optionnel connexe, d'une taxe, de frais ou d'un droit établis par un gouvernement, une autorité publique, une autorité aéroportuaire ou un mandataire de ceux-ci et qui est, lors de l'achat du

(b) in relation to an optional incidental service, the total of the amount that must be paid to obtain the service, including all third party charges. (*prix total*)

(b) à l'égard d'un service accessoire facultatif, le total des montants à payer pour obtenir le service, y compris tous les frais de tiers. (*prix total*)

Subsection 86.1(2) of the Act

26 For the purposes of subsection 86.1(2) of the Act and sections 25 to 31, a prescribed fee or charge is one that is fixed on a per person or *ad valorem* basis.

Paragraphe 86.1(2) de la Loi

26 Pour l'application du paragraphe 86.1(2) de la Loi et des articles 25 à 31, les frais et droits visés sont ceux établis par personne ou proportionnellement à une valeur de référence.

Application

27 (1) Subject to subsection (2), sections 28 to 31 apply to advertising in all media of prices for air services within, or originating in, Canada.

Application

27 (1) Sous réserve du paragraphe (2), les articles 28 à 31 s'appliquent à toute publicité dans les médias relative aux prix de services aériens au Canada ou dont le point de départ est au Canada.

Exception

(2) Sections 28 to 31 do not apply to an advertisement that relates to

(a) an air cargo service;

(b) a package travel service that includes an air service and any accommodation, surface transportation or entertainment activity that is not incidental to the air service; or

(c) a price that is not offered to the general public and is fixed through negotiation.

Exception

(2) Les articles 28 à 31 ne s'appliquent pas à la publicité relative :

a) à un service aérien de transport de marchandises;

b) à un forfait de voyage qui inclut le service aérien et tout hébergement, transport terrestre ou autre activité qui n'est pas liée au service aérien;

c) à un prix qui n'est pas offert au grand public et qui est fixé par voie de négociations.

Medium to advertise

(3) Sections 28 to 31 do not apply to a person who provides another person with a medium to advertise the price of an air service.

Support médiatique

(3) Les articles 28 à 31 ne s'appliquent pas à la personne qui fournit un support médiatique à une autre personne que celle-ci pour annonce le prix d'un service aérien.

Information in advertisement

28 (1) A person who advertises the price of an air service must include the following information in the advertisement:

(a) the total price that must be paid to the advertiser to obtain the air service, expressed in Canadian dollars and, if it is also expressed in another currency, the name of that currency;

(b) the point of origin and point of destination of the service and whether the service is one-way or round-trip;

(c) any limitation on the period during which the advertised price will be offered and any limitation on the period for which the service will be provided at that price;

Renseignements dans la publicité

28 (1) La personne qui annonce le prix d'un service aérien dans une publicité y inclut les renseignements suivants :

a) le prix total à payer à l'annonceur pour le service, en dollars canadiens, et, si le prix total est également indiqué dans une autre devise, la devise en cause;

b) le point de départ et le point d'arrivée du service et s'il s'agit d'un aller simple ou d'un aller-retour;

c) toute restriction quant à la période pendant laquelle le prix annoncé sera offert et toute restriction quant à la période pour laquelle le service sera disponible à ce prix;

d) le nom et le montant de chacun des frais, droits et taxes qui constituent des sommes perçues pour un tiers pour ce service;

(d) the name and amount of each tax, fee or charge relating to the air service that is a third party charge;

(e) each optional incidental service offered for which a fee or charge is payable and its total price or range of total prices; and

(f) any published tax, fee or charge that is not collected by the advertiser but must be paid at the point of origin or departure by the person to whom the service is provided.

Third party charges

(2) A person who advertises the price of an air service must set out all third party charges under the heading "Taxes, Fees and Charges" unless that information is only provided orally.

Air transportation charges

(3) A person who makes a reference to an air transportation charge in an advertisement must set the charge out under the heading "Air Transportation Charges" unless that information is only provided orally.

One direction of round-trip service

(4) A person who advertises the price of one direction of a round-trip air service is exempt from the application of paragraph (1)(a) if the following conditions are met:

(a) the advertised price is equal to 50% of the total price that must be paid to the advertiser to obtain the service;

(b) it is clearly indicated that the advertised price relates to only one direction of the service and applies only if both directions are purchased; and

(c) the advertised price is expressed in Canadian dollars and, if it is also expressed in another currency, the name of that other currency is specified.

Readily obtainable information

(5) A person is exempt from the requirement to provide the information referred to in paragraphs (1)(d) to (f) in their advertisement if the following conditions are met:

(a) the advertisement is not interactive; and

(b) the advertisement mentions a location that is readily accessible where all the information referred to in subsection (1) can be readily obtained.

e) les services optionnels connexes offerts pour lesquels des frais ou des droits sont à payer, ainsi que leur prix total ou leur échelle de prix total;

f) les frais, droits ou taxes publiés qui ne sont pas perçus par lui, mais qui doivent être payés au point de départ ou d'arrivée du service par la personne à qui celui-ci est fourni.

Tiers

(2) La personne qui annonce le prix d'un service aérien dans une publicité doit y indiquer les sommes perçues pour un tiers pour ce service sous le titre « Taxes, frais et droits », à moins que ces sommes ne soient annoncées qu'oralement.

Frais du transport aérien

(3) La personne qui fait mention des frais du transport aérien dans une publicité indique sous le titre « Frais du transport aérien », à moins que ces frais du transport ne soient annoncés qu'oralement.

Aller simple d'un service aller-retour

(4) La personne qui annonce dans sa publicité le prix pour un aller simple d'un service aller-retour est exemptée de l'application de l'alinéa (1)a) si les conditions suivantes sont remplies :

a) le prix annoncé correspond à cinquante pour cent du prix total à payer à l'annonceur pour le service;

b) il est clairement indiqué que le prix annoncé n'est que pour un aller simple et qu'il ne s'applique qu'à l'achat d'un aller-retour;

c) le prix annoncé est en dollars canadiens et, s'il est également indiqué dans une autre devise, la devise est précisée.

Renseignements disponibles

(5) La personne est exemptée d'inclure dans sa publicité les renseignements visés aux alinéas (1)d) à f) si les conditions suivantes sont remplies :

a) la publicité n'est pas interactive;

b) la publicité renvoie à un endroit facilement accessible où tous les renseignements visés au paragraphe (1) peuvent être facilement obtenus.

Total price readily determinable

29 A person must not provide information in an advertisement in a manner that could interfere with the ability of anyone to readily determine the total price that must be paid for an air service or for any optional incidental service.

Distinction — tax and charges

30 A person must not set out an air transportation charge in an advertisement as if it were a third party charge or use the term "tax" in an advertisement to describe an air transportation charge.

Name of third party charge

31 A person must not refer to a third party charge in an advertisement by a name other than the name under which it was established.

Administrative Monetary Penalties

Designation

32 The provisions, requirements and conditions set out in column 1 of the schedule are designated for the purposes of subsection 177(1) of the Act.

Maximum amount payable

33 The maximum amount payable in respect of a contravention of a provision, requirement or condition set out in column 1 of the schedule is the amount

(a) in respect of a corporation, set out in column 2; and

(b) in respect of an individual, set out in column 3.

Transitional Provisions

Subsection 2(1)

34 (1) Subsections 2(1) and (2) do not apply in respect of section 22 before December 15, 2019.

Delay and cancellation

(2) Subsections 2(1) and (2), paragraphs 10(3)(b) and (c), 11(3)(b) and (c) and (4)(b) and (c), 12(2)(b) to (d) and (3)(b) to (d) and 13(1)(b) to (d) and sections 17 and 18 do not apply in respect of a delay or cancellation of a flight before December 15, 2019.

Prix total à déterminer aisément

29 Il est interdit de présenter des renseignements dans une publicité d'une manière qui pourrait nuire à la capacité de toute personne à déterminer aisément le prix total à payer pour un service aérien ou pour les services optionnels connexes.

Terminologie — taxe et frais

30 Il est interdit de présenter dans une publicité des frais du transport aérien comme étant une somme perçue pour un tiers ou d'y utiliser le terme « taxe » pour désigner de tels frais.

Nom du tiers

31 Il est interdit de désigner dans une publicité une somme perçue pour un tiers sous un nom autre que celui sous lequel elle a été établie.

Sanctions administratives pécuniaires

Désignation

32 Pour l'application du paragraphe 177(1) de la Loi, les dispositions, les obligations et les conditions mentionnées à la colonne 1 de l'annexe sont des textes désignés.

Montant maximal de la sanction

33 Le montant maximal de la sanction pour une contravention d'un texte désignées visé à la colonne 1 de l'annexe, est prévu :

a) dans le cas d'une personne morale, à la colonne 2;

b) dans le cas d'une personne physique, à la colonne 3.

Dispositions transitoires

Paragraphe 2(1)

34 (1) Les paragraphes 2(1) et (2) ne s'appliquent pas à l'article 22 avant le 15 décembre 2019.

Retard et annulation de vol

(2) Les paragraphes 2(1) et (2), les alinéas 10(3)b) et c), 11(3)b) et c), 11(4)b) et c), 12(2)b) à d), 12(3)b) à d), 13(1)b) à d) et les articles 17 et 18 ne s'appliquent pas au retard ou à l'annulation de vol d'un vol avant le 15 décembre 2019.

Amendments to these Regulations

35 [Amendments]

36 [Amendments]

Consequential Amendments

Air Transportation Regulations

37 [Amendments]

38 [Amendments]

39 [Amendments]

40 [Amendments]

41 [Amendments]

42 [Amendments]

43 [Amendments]

Canadian Transportation Agency Designated Provisions Regulations

44 [Amendments]

45 [Amendments]

Coming into Force

July 15, 2019

46 (1) Subject to subsections (2) and (3), these Regulations come into force on July 15, 2019.

December 15, 2019

(2) Sections 14, 19, 22, 35 and 36 come into force on December 15, 2019.

Schedule

(3) Items 28 to 30, 54 to 62 and 70 to 72 of the schedule come into force on December 15, 2019.

Modifications au présent règlement

35 [Modifications]

36 [Modifications]

Modifications corrélatives

Règlement sur les transports aériens

37 [Modifications]

38 [Modifications]

39 [Modifications]

40 [Modifications]

41 [Modifications]

42 [Modifications]

43 [Modifications]

Règlement sur les textes désignés (Office des transports du Canada)

44 [Modifications]

45 [Modifications]

Entrée en vigueur

15 juillet 2019

46 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), le présent règlement entre en vigueur le 15 juillet 2019.

15 décembre 2019

(2) Les articles 14, 19, 22, 35 et 36 entrent en vigueur le 15 décembre 2019.

Annexe

(3) Les articles 28 à 30, 54 à 62 et 70 à 72 de l'annexe entrent en vigueur le 15 décembre 2019.

SCHEDULE

(Sections 32 and 33)

Administrative Monetary Penalties

Item	Column 1 Provision, Requirement or Condition	Column 2 Maximum Amount Payable — Corporation ($)	Column 3 Maximum Amount Payable — Individual ($)
1	Subsection 4(2)	25,000	5,000
2	Paragraph 5(1)(a)	25,000	5,000
3	Paragraph 5(1)(b)	25,000	5,000
4	Paragraph 5(1)(c)	25,000	5,000
5	Subsection 5(2)	25,000	5,000
6	Subsection 5(3)	25,000	5,000
7	Subsection 5(5)	25,000	5,000
8	Subsection 5(6)	25,000	5,000
9	Section 6	25,000	5,000
10	Subsection 7(1)	25,000	5,000
11	Subsection 7(2)	25,000	5,000
12	Paragraph 8(1)(a)	25,000	5,000
13	Paragraph 8(1)(b)	25,000	5,000
14	Paragraph 8(1)(c)	25,000	5,000
15	Paragraph 8(1)(d)	25,000	5,000
16	Subsection 8(2)	25,000	5,000
17	Paragraph 9(1)(a)	25,000	5,000
18	Paragraph 9(1)(b)	25,000	5,000
19	Subsection 9(3)	25,000	5,000
20	Paragraph 13(1)(a)	25,000	5,000
21	Paragraph 13(1)(b)	25,000	5,000
22	Paragraph 13(1)(c)	25,000	5,000
23	Paragraph 13(1)(d)	25,000	5,000
24	Subsection 13(2)	25,000	5,000
25	Subsection 13(3)	25,000	5,000

ANNEXE

(articles 32 et 33)

Sanctions administratives pécuniaires

Article	Colonne 1 Texte désigné	Colonne 2 Montant maximal de la sanction — Personne morale ($)	Colonne 3 Montant maximal de la sanction — Personne physique ($)
1	Paragraphe 4(2)	25 000	5 000
2	Alinéa 5(1)a)	25 000	5 000
3	Alinéa 5(1)b)	25 000	5 000
4	Alinéa 5(1)c)	25 000	5 000
5	Paragraphe 5(2)	25,000	5,000
6	Paragraphe 5(3)	25 000	5 000
7	Paragraphe 5(5)	25 000	5 000
8	Paragraphe 5(6)	25 000	5 000
9	Article 6	25 000	5 000
10	Paragraphe 7(1)	25 000	5 000
11	Paragraphe 7(2)	25 000	5 000
12	Alinéa 8(1)a)	25 000	5 000
13	Alinéa 8(1)b)	25 000	5 000
14	Alinéa 8(1)c)	25 000	5 000
15	Alinéa 8(1)d)	25 000	5 000
16	Paragraphe 8(2)	25 000	5 000
17	Alinéa 9(1)a)	25 000	5 000
18	Alinéa 9(1)b)	25 000	5 000
19	Paragraphe 9(3)	25 000	5 000
20	Alinéa 13(1)a)	25 000	5 000
21	Alinéa 13(1)b)	25 000	5 000
22	Alinéa 13(1)c)	25 000	5 000
23	Alinéa 13(1)d)	25 000	5 000
24	Paragraphe 13(2)	25 000	5 000
25	Paragraphe 13(3)	25 000	5 000

Item	Column 1 Provision, Requirement or Condition	Column 2 Maximum Amount Payable — Corporation ($)	Column 3 Maximum Amount Payable — Individual ($)
26	Subsection 13(4)	25,000	5,000
27	Subsection 13(5)	25,000	5,000
28	Paragraph 14(1)(a)	25,000	5,000
29	Paragraph 14(1)(b)	25,000	5,000
30	Subsection 14(2)	25,000	5,000
31	Subsection 15(1)	25,000	5,000
32	Subsection 15(2)	25,000	5,000
33	Subsection 15(3)	25,000	5,000
34	Subsection 15(4)	25,000	5,000
35	Paragraph 16(1)(a)	25,000	5,000
36	Paragraph 16(1)(b)	25,000	5,000
37	Subsection 16(2)	25,000	5,000
38	Subparagraph 17(1)(a)(i)	25,000	5,000
39	Subparagraph 17(1)(a)(ii)	25,000	5,000
40	Subparagraph 17(1)(a)(iii)	25,000	5,000
41	Paragraph 17(1)(b)	25,000	5,000
42	Paragraph 17(2)(a)	25,000	5,000
43	Paragraph 17(2)(b)	25,000	5,000
44	Subsection 17(3)	25,000	5,000
45	Subsection 17(4)	25,000	5,000
46	Subsection 17(5)	25,000	5,000
47	Subsection 17(6)	25,000	5,000
48	Subsection 17(7)	25,000	5,000
49	Subparagraph 18(1)(a)(i)	25,000	5,000
50	Subparagraph 18(1)(a)(ii)	25,000	5,000
51	Paragraph 18(1)(b)	25,000	5,000
52	Subsection 18(2)	25,000	5,000
53	Subsection 18(3)	25,000	5,000
54	Subparagraph 19(1)(a)(i)	25,000	5,000
55	Subparagraph 19(1)(a)(ii)	25,000	5,000

Article	Colonne 1 Texte désigné	Colonne 2 Montant maximal de la sanction — Personne morale ($)	Colonne 3 Montant maximal de la sanction — Personne physique ($)
26	Paragraphe 13(4)	25 000	5 000
27	Paragraphe 13(5)	25 000	5 000
28	Alinéa 14(1)a)	25 000	5 000
29	Alinéa 14(1)b)	25 000	5 000
30	Paragraphe 14(2)	25 000	5 000
31	Paragraphe 15(1)	25 000	5 000
32	Paragraphe 15(2)	25 000	5 000
33.	Paragraphe 15(3)	25 000	5 000
34	Paragraphe 15(4)	25 000	5 000
35	Alinéa 16(1)a)	25 000	5 000
36	Alinéa 16(1)b)	25 000	5 000
37	Paragraphe 16(2)	25 000	5 000
38	Sous-alinéa 17(1)a)(i)	25 000	5 000
39	Sous-alinéa 17(1)a)(ii)	25 000	5 000
40	Sous-alinéa 17(1)a)(iii)	25 000	5 000
41	Alinéa 17(1)b)	25 000	5 000
42	Alinéa 17(2)a)	25 000	5 000
43	Alinéa 17(2)b)	25 000	5 000
44	Paragraphe 17(3)	25 000	5 000
45	Paragraphe17(4)	25 000	5 000
46	Paragraphe 17(5)	25 000	5 000
47	Paragraphe 17(6)	25 000	5 000
48	Paragraphe 17(7)	25 000	5 000
49	Sous-alinéa 18(1)a)(i)	25 000	5 000
50	Sous-alinéa 18(1)a)(ii)	25 000	5 000
51	Alinéa 18(1)b)	25 000	5 000
52	Paragraphe 18(2)	25 000	5 000
53	Paragraphe 18(3)	25 000	5 000
54	Sous-alinéa 19(1)a)(i)	25 000	5 000
55	Sous-alinéa 19(1)a)(ii)	25 000	5 000

Item	Column 1 Provision, Requirement or Condition	Column 2 Maximum Amount Payable — Corporation ($)	Column 3 Maximum Amount Payable — Individual ($)
56	Subparagraph 19(1)(a)(iii)	25,000	5,000
57	Subparagraph 19(1)(b)(i)	25,000	5,000
58	Subparagraph 19(1)(b)(ii)	25,000	5,000
59	Subparagraph 19(1)(b)(iii)	25,000	5,000
60	Paragraph 19(2)(a)	25,000	5,000
61	Paragraph 19(2)(b)	25,000	5,000
62	Subsection 19(4)	25,000	5,000
63	Paragraph 20(1)(a)	25,000	5,000
64	Paragraph 20(1)(b)	25,000	5,000
65	Paragraph 20(1)(c)	25,000	5,000
66	Subsection 20(2)	25,000	5,000
67	Subsection 20(4)	25,000	5,000
68	Subsection 20(5)	25,000	5,000
69	Section 21	25,000	5,000
70	Subsection 22(1)	25,000	5,000
71	Subsection 22(2)	25,000	5,000
72	Subsection 22(3)	25,000	5,000
73	Subsection 23(1)	25,000	5,000
74	Subsection 23(2)	25,000	5,000
75	Paragraph 24(1)(a)	25,000	5,000
76	Paragraph 24(1)(b)	25,000	5,000
77	Paragraph 24(1)(c)	25,000	5,000
78	Subsection 24(2)	25,000	5,000
79	Paragraph 28(1)(a)	25,000	5,000
80	Paragraph 28(1)(b)	25,000	5,000
81	Paragraph 28(1)(c)	25,000	5,000
82	Paragraph 28(1)(d)	5,000	1,000
83	Paragraph 28(1)(e)	5,000	1,000
84	Paragraph 28(1)(f)	5,000	1,000
85	Subsection 28(2)	5,000	1,000

Article	Colonne 1 Texte désigné	Colonne 2 Montant maximal de la sanction — Personne morale ($)	Colonne 3 Montant maximal de la sanction — Personne physique ($)
56	Sous-alinéa 19(1)a)(iii)	25 000	5 000
57	Sous-alinéa 19(1)b)(i)	25 000	5 000
58	Sous-alinéa 19(1)b)(ii)	25 000	5 000
59	Sous-alinéa 19(1)b)(iii)	25 000	5 000
60	Alinéa 19(2)a)	25 000	5 000
61	Alinéa 19(2)b)	25 000	5 000
62	Paragraphe 19(4)	25 000	5 000
63	Alinéa 20(1)a)	25 000	5 000
64	Alinéa 20(1)b)	25 000	5 000
65	Alinéa 20(1)c)	25 000	5 000
66	Paragraphe 20(2)	25 000	5 000
67	Paragraphe 20(4)	25 000	5 000
68	Paragraphe 20(5)	25 000	5 000
69	Article 21	25 000	5 000
70	Paragraphe 22(1)	25 000	5 000
71	Paragraphe 22(2)	25 000	5 000
72	Paragraphe 22(3)	25 000	5 000
73	Paragraphe 23(1)	25 000	5 000
74	Paragraphe 23(2)	25 000	5 000
75	Alinéa 24(1)a)	25 000	5 000
76	Alinéa 24(1)b)	25 000	5 000
77	Alinéa 24(1)c)	25 000	5 000
78	Paragraphe 24(2)	25 000	5 000
79	Alinéa 28(1)a)	25 000	5 000
80	Alinéa 28(1)b)	25 000	5 000
81	Alinéa 28(1)c)	25 000	5 000
82	Alinéa 28(1)d)	5 000	1 000
83	Alinéa 28(1)e)	5 000	1 000
84	Alinéa 28(1)f)	5 000	1 000
85	Paragraphe 28(2)	5 000	1 000

Item	Column 1 Provision, Requirement or Condition	Column 2 Maximum Amount Payable — Corporation ($)	Column 3 Maximum Amount Payable — Individual ($)
86	Subsection 28(3)	5,000	1,000
87	Section 29	5,000	1,000
88	Section 30	5,000	1,000
89	Section 31	5,000	1,000

Article	Colonne 1 Texte désigné	Colonne 2 Montant maximal de la sanction — Personne morale ($)	Colonne 3 Montant maximal de la sanction — Personne physique ($)
86	Paragraphe 28(3)	5 000	1 000
87	Article 29	5 000	1 000
88	Article 30	5 000	1 000
89	Article 31	5 000	1 000

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html for the Federal Court of Appeal and at http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html for the Federal Court.

**** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.***

Editor's note: These digests were originally published in the 2022 volume year. They are being republished here in an effort to maintain historical accuracy by publishing digests and decisions from a given year in the volume for that year.

ANTI-DUMPING

Judicial review of notice of final determination (Final Determination) of President of Canada Border Services Agency (CBSA) issued in January 2021 — CBSA issuing public statement of reasons for Final Determination (DONP 2020 IN) (Statement of Reasons), in which it explained that CBSA terminated dumping, subsidizing investigations in respect of certain decorative, other non-structural plywood originating in or exported from People's Republic of China — Dumping investigation terminated against certain of the respondents (Zero-Rated respondents) — Subject goods exported by Zero-Rated respondents representing fraction of volume of decorative, other non-structural plywood imported into Canada by Chinese exporters investigated by CBSA — CBSA identified 765 potential Chinese exporters/producers of subject goods based on CBSA import documentation, information provided by applicants — Applicants arguing that CBSA departed from rule of law because margins of dumping calculations not before President — Stating that CBSA's failure to provide these calculations giving rise to breach of procedural fairness pursuant to *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (SIMA), s. 96.1(2)(b) or to reviewable error pursuant to s. 96.1(2)(d) — Also contending that CBSA's termination of dumping investigation with respect to respondents unreasonable because it resulted from CBSA's failure to find that particular market situation (PMS) existed in respect of goods of respondents or in respect of goods of People's Republic of China — Respondent Attorney General of Canada positing, *inter alia*, no breach of procedural fairness, not necessary for President to review CBSA's actual calculations — President found that PMS did not exist, determined normal values of goods for Zero-Rated respondents pursuant to SIMA, s. 29(1) with respect to all goods exported where no information was supplied in respect of cost of production — Applicants seeking judicial review on grounds pertaining to President's approach to determining whether PMS existed in context of its dumping investigations — Advancing four main reasons why unreasonable for President to decide that PMS did not exist in decorative plywood industry in China : (1) CBSA limited "government support programs" to "countervailable subsidies"; (2) CBSA ignored non-cooperating exporters' amounts of subsidy when assessing "government support programs"; (3) CBSA erroneously found log prices in China not distorted; (4) CBSA did not examine cumulative effect of factors — Issues whether failure on part of President to include calculations in Statement of Reasons giving rise to breach of procedural fairness; whether failure on part of CBSA to provide calculations to President or to include calculations in Statement of Reasons rendering Final Determination unreasonable; whether reasonable for President to conclude that PMS did not exist — No breach of procedural fairness herein — Final Determination having to be read with Statement of Reasons, confidential Dumping Memorandum — In present application, calculations not part of record, not before decision maker, not provided to applicants — Duty of procedural fairness owed to applicants set at low threshold, given access they have to exporters' information, strict statutory timelines imposed on President to conclude dumping investigations — Applicants not allowed to rely on calculations in support of application for judicial review — Court can only look at evidence that was before decision maker — Calculations not part of record, not before President — Final Determination based on internally coherent, rational chain of analysis, justified in relation to facts and law constraining President — Absence of calculations in Statement of Reasons not rendering decision inadequate or unintelligible — In most administrative tribunals, calculations or details of investigation not before decision maker — What is before decision maker usually report summarizing factual findings, methodology used to investigate or determine issue, reach conclusion — This exactly what was done here — Not unreasonable for President to rely on memoranda prepared by officers within CBSA, without need to see detailed

ANTI-DUMPING—Concluded

calculations — Nothing in SIMA requiring President to have calculations when making preliminary, final determinations — However, nothing preventing President from requesting access to such calculations — Here, President's discretion not exercised in arbitrary way — President of CBSA not failing to provide adequate, intelligible reasons — Inclusion of spreadsheets with extensive data inviting "line-by-line treasure hunt for error", reweighing of evidence — Not unreasonable for President to form opinion that PMS did not exist in respect of goods of Zero-Rated respondents — Reasonable for President, in context of determining whether PMS might exist, to have limited his analysis of government support programs to countervailable subsidies — President's analysis not limiting remedial effect of PMS provisions — Reasonable for CBSA to interpret terms "government support programs" in manner consistent with way subsidies treated under SIMA — President considered all information contained in record on government support programs — Although SIMA, s. 30.4(3) (which prohibits CBSA from considering non-actionable subsidies when assessing amount of subsidy) not directly applicable to PMS determination, reasonable for President to follow same methodology, restrictions when assessing government support programs — Even though majority of Chinese plywood producers assigned amount of subsidy by ministerial specification, reasonable for President to conclude that sole existence of those subsidies insufficient to form opinion that PMS existed — When amounts of subsidy not reflecting amounts of subsidy actually received, reasonable for CBSA not to take into consideration amounts of subsidy specified for non-cooperating exporters when assessing whether PMS existed in China — SIMA not requiring President to request additional information from applicants — Nothing in SIMA Handbook imposing specific positive obligations on President to gather information, verify submissions — Within President's discretion to request further information — Reasonable for President to consider evidence available on record, not request further information from applicants, exporters or third countries — Applicants not explaining how, why, on evidentiary record, combination of factors supported existence of PMS — President assessed each factor, considered all of available evidence, explained why he did not form opinion that PMS existed in China — Application dismissed.

Canadian Hardwood Plywood and Veneer Association v. Canada (Attorney General) (A-52-21, 2023 FCA 74, juge Rivoalen, J.A., public reasons for judgment dated April 5, 2023, 45 pp. + 29 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-12]

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

Status in Canada

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Judicial review of decision of Refugee Appeal Division (RAD) of Immigration Refugee Board of Canada rejecting applicants' claim for refugee protection on grounds applicants not refugees or persons in need of protection within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), ss. 96, 97 given two viable internal flight alternatives (IFAs) in Mexico — Applicants, citizens of Mexico, took refuge with family member in Mexico City following robbery, act of extortion — After principal applicant left for Canada, family received threatening phone calls — Refugee Protection Division (RPD) rejected applicants' refugee protection claim — RPD concluded significant omissions in principal claimant's evidence, certain hesitations in testimony undermined credibility of family's refugee protection claim — RAD found RPD had erred in concluding principal applicant not credible — However, after analyzing whether viable IFA in Mérida or Mexico City, RAD concluded family's relocation to cities identified as IFAs not unreasonable since evidence, personal circumstances of principal applicant, wife not supporting finding family could not start over, find employment, support themselves in IFAs — Issue whether RAD's IFA findings reasonable — Before dealing with issue, it was necessary to deal with issue of credibility, addressed by both applicants, respondent in respective submissions — RAD not contradicting itself by using non-credible elements from principal applicant's testimony to support own findings about viable IFAs — RAD questioned weight given by RPD to principal applicant's inconsistencies, not credibility of particular elements of testimony — Respondent argued RAD erred in determining inconsistencies raised by RPD not sufficient to taint principal applicant's overall credibility — Respondent submitted, however, despite RAD's error, not appropriate for Court to intervene since rejection of applicants' refugee protection claim only possible outcome here — Respondent's arguments not convincing — According to *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157, RAD must intervene when detecting error by RPD — In *Huruglica*, Federal Court of Appeal not saying detecting error committed by RPD only way for RAD to substitute own decision for decision of RPD; rather, Federal Court of Appeal confirming RAD's duty to intervene as soon as error by RPD detected — RAD not ordinary appeal body since must act in accordance with correctness standard, requiring RAD to intervene at slightest error, unlike regular appeal body, intervening only in accordance with more stringent appeal standard — In same vein, for IRPA, s. 111(2) to make sense, one must understand provision as meaning Parliament intended to restrict RAD's jurisdiction only when RAD wants to refer matter to

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

RPD for re-determination — Otherwise, Parliament would have mentioned in IRPA, s. 111 error required in all cases, not only when case referred to RPD for re-determination — IRPA, s. 111(1) "does not preclude the RAD from substituting its determination of a claim for that of the RPD on a ground that the RPD did not address" — RAD must show deference when intervening on claimant's credibility — In fact, RAD never questioned assessment of applicants' credibility or value of oral testimony — RAD simply pointed out inconsistencies raised by RPD alone could not lead to negative conclusion about applicants' overall credibility, provide basis for rejecting claim —RAD's reliance on RPD's findings regarding inconsistencies raised by RPD also militating in favour of reasonableness of RAD's decision — RAD validated RPD's findings of fact regarding credibility, but decided to weigh findings differently in relation to applicants' overall credibility — RAD's conclusion on applicants' credibility having no fundament flaws — Rather, situation where alleged flaws or shortcomings "superficial or peripheral to the merits of the decision" not warranting Court's intervention — Brevity of reasons for RAD's decision on issue of credibility not sufficient to render decision unreasonable — Regarding existence of viable IFAs, RAD expressly took into account applicants' particular situation, analyzed applicants' claims, fears — In view of evidence before RAD, RAD entitled to conclude applicants failed to demonstrate agents of persecution would have motivation, interest to pursue applicants in Mérida or Mexico City — Ultimately, applicants' arguments expression of disagreement with RAD's assessment of evidence — Applicants raised no serious shortcomings in decision; in such situation, Court must show deference to RAD's conclusions — Application dismissed.

Rodriguez Sanchez v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-2165-22, 2023 FC 426, Gascon J., reasons for judgment dated March 28, 2023, 24 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-13]

CUSTOMS AND EXCISE

Excise Tax Act

Appeal from Tax Court of Canada decision (2021 TCC 25) determining respondent entitled to deduct input tax credits (ITCs) incurred with respect to orthodontic appliances provided to patients — Issue whether provision of orthodontic appliances separate supply for purposes of Act (eligible for ITCs) or component of supply of orthodontic services (not eligible for ITCs) — Appellant submitting appliances, services are single supply of orthodontic services as previously determined in *Dr. Brian Hurd Dentistry Professional Corporation v. The Queen*, 2017 TCC 142 — In *Hurd*, Tax Court had applied *O.A. Brown Ltd. v. Canada*, [1995] G.S.T.C. 40 (T.C.C.) to come to that conclusion — Tax Court in present matter not adopting this line of reasoning, instead undertaking textual, contextual and purposive interpretation of relevant provisions of Act, concluding orthodontic appliances, orthodontic services clearly intended by Parliament to be separate supplies — Before Tax Court, appellant argued appliances, services intertwined, single supply of orthodontic service — Whether Tax Court erred in concluding *O.A. Brown* test not applicable — Supply of orthodontic appliance listed in Act, Sch. VI, thus qualifying supply for zero-rating by virtue of definition of "zero-rated supply" in Act, s. 123(1) — Supply of orthodontic service included in Act, Sch. V, thus qualifying supply as exempt under definition of "exempt supply" in Act, s. 123(1) — Respondent entitled to recover ITCs with respect to zero-rated supplies but not exempt supplies — While courts routinely apply *O.A. Brown*, Parliament's intent must override *O.A. Brown* where legislative intent clear, as it is in this case — In the case of a supply of orthodontic appliances and orthodontic services, which are typically supplied together, the fact that one has zero-rated status and the other has exempt status strongly suggests that this was intentional and that a supply of an orthodontic appliance is intended to be zero-rated even when accompanied by orthodontic services — Here, Tax Court undertook detailed textual, contextual and purposive interpretation of provisions at issue, concluded that Parliament intended that provision of orthodontic appliance is separate zero-rated supply, thus eliminating any need to apply *O.A. Brown* test — Tax Court did not err in so finding — Appeal dismissed.

Canada v. Dr. Kevin L. Davis Dentistry Professional Corporation (A-117-21, 2023 FCA 76, Woods J.A., reasons for judgment dated April 12, 2023, 15 pp + 3 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-14]

INCOME TAX

Computation of tax

Canadian Film or Video Production Tax Credit

Judicial review of respondent's refusal to issue certificates entitling holders to Canadian Film or Video Production Tax Credit (tax credit) for three productions on ground productions constituting "advertising", a genre excluded from tax credit by *Income*

INCOME TAX—Continued

Tax Regulations, C.R.C., c. 945 (Regulations) — Applicants related corporations, incorporated solely for purpose of television productions in question — Credit granted for Canadian workers hired to work on Canadian television productions — Access to tax credit limited by definition of "film or video production" found under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 125.4(1) providing certain types of productions, listed in Regulations, s. 1106(1), not eligible — Respondent determining eligibility for tax credit on basis of information provided by producer, recommendation made by Canadian Audio-Visual Certification Office (CAVCO) — In 2014, 2016, CAVCO notifying applicants television series *Croisières de rêves*, *Soleil tout inclus* constituting excluded advertising, earlier certificates issued in error — Applicants notified all future productions based on same concept excluded — In 2017, respondent publishing new advertising definition in guidelines — Productions "where more than 15 percent of the running time consists of: extolling the virtues of one or more products, services, events, organizations or businesses" considered advertising — In Advance Notice of Denial, CAVCO indicating content of episodes submitted with applications to CAVCO in nature of infomercial centering on promotion of various hotels, tourist destinations — CAVCO inviting applicants to provide any new information likely to influence CAVCO's assessment of file, which applicants did — In 2018, respondent forwarding Notice of Denial to applicants regarding three applications under review — Respondent of view productions in nature of infomercial centering on promotion of various cruises, sun destinations, tourist activities — Whether respondent erred in interpretation of Regulations, s. 1106(1), whether respondent breached duty of procedural fairness in processing applications — Respondent's decision unreasonable, not falling within range of outcomes defensible in respect of facts, especially with regard to Act, Regulations — *Canada (Attorney General) v. Zone3-XXXVI Inc.*, 2016 FCA 242 (*Zone 3 FCA*), *Serdy Vidéo II Inc. v. Canada (Heritage)*, 2018 FC 413 particularly relevant in present case — Respondent's role under Regulations, s. 1106(1) not to characterize production, but to ensure production not in excluded category — In using 15 percent threshold, respondent doing exact thing not within Court's jurisdiction to do according to Federal Court of Appeal in *Zone 3 FCA* — CAVCO's desire to expand scope of "advertising" exclusion set out in Regulations in era of traditional television advertising losing out to, *inter alia*, advertising placements, understandable — However, decision up to Parliament, not Minister — Application allowed.

9616934 Canada Inc. v. Canada (Heritage) (T-148-19, T-149-19, T-150-19, 2023 FC 432, Gagné A.C.J., reasons for judgment dated April 3, 2023, 25 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-15]

Income Calculation

Deductions

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2021 TCC 23) upholding Minister of National Revenue's decision to deny appellant deduction for withholding taxes — Appellant implemented structure to acquire U.S. corporation UP&UP — More specifically, appellant formed general partnership under laws of Delaware (USGP); USGP incorporated Nova Scotia unlimited liability company (NSULC), USGP and NSULC incorporated limited liability company (LLC) under laws of Delaware; Delaware company (US Holdco) incorporated by appellant; US Holdco acquired shares of Acquisitionco; US Holdco also acquired the shares of Jetco Inc. (corporation incorporated by appellant under laws of Delaware) from appellant, then transferred these shares to Acquisitionco — Funding for acquisition of UP&UP flowed from appellant through structure, including loan from appellant to USGP (Appellant Loan) — Jetco merged with UP&UP, merged company then merged with Acquisitionco to form US Amalco — As result, US Amalco indebted to LLC for US $300 million — Transactions giving rise to appeal herein including interest payments on debt owed to LLC, dividends paid to NSULC, USGP, interest paid to appellant — Appellant included in income interest paid by USGP on Appellant Loan, claimed deduction under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act), s. 20(12) for withholding taxes paid to U.S. Government on this interest — Exception in s. 20(12) providing that "… other than any such tax, or part thereof, that can reasonably be regarded as having been paid by a corporation in respect of income from a share of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation." — T.C.C. found that while words "in respect of" very broad, still necessary to find connection between U.S. taxes paid by appellant, dividend income received by NSULC — Stating that taxpayer cannot claim relief under more than one provision for any foreign taxes paid in relation to particular item of income — Whether appellant entitled to deduction under s. 20(12) for taxes paid to U.S. Government on interest paid by USGP to appellant — In particular, interpretation of exception provided in s. 20(12) at issue — Nothing in context of s. 20(12) militating against deduction therein being available to appellant — First part of s. 20(12) identifying deduction in issue as "the non-business income tax paid by the taxpayer for the year to [a foreign] government" — Second part setting out exception — As result, questions needing to be addressed in this issue are what tax was paid by appellant to U.S. Government; whether reasonable to conclude that this tax was in respect of income from share of capital stock of foreign affiliate of appellant — T.C.C. erred in concluding that wording of s. 20(12) "clearly suggests to consider whether the income from shares received by a corporation other than the taxpayer can

INCOME TAX—Concluded

reasonably be regarded as the one in respect of which the US tax [was] paid by the taxpayer claiming the deduction" — Nothing in language of s. 20(12) explicitly provides that separate existence of two corporations (appellant, NSULC) to be ignored, that income of NSULC to be considered as income of appellant — Text of s. 20(12) insufficient to displace general rule that assets, income of corporation not assets, income of its shareholders — Therefore, no basis to find that s. 20(12) explicitly provides that NSULC's income from its LLC shares should be treated as income of appellant, hence as income on which appellant paid taxes to U.S. Government — Text of s. 20(12) supporting finding that taxes paid by appellant to U.S. Government cannot reasonably be regarded as taxes paid by appellant in respect of income from shares of LLC — Appellant had two sources of income for purposes of Act relevant in this appeal: shares in NSULC (held by USGP), Appellant Loan — T.C.C. conclusion that appellant was claiming both ss. 112(1), 20(12) deductions in respect of same "item" of income unfounded — Income allocated to appellant, which included dividends paid by NSULC to USGP, distinct from interest payments resulting in taxes paid to U.S. Government — Finally, USGP's payment of interest to appellant not payment by appellant to itself — Legal character of amount paid by partnership to partner function of legal obligation being discharged, not economic substance of transaction — Since appellant paid withholding tax to U.S. Government on this interest, appellant entitled to deduction pursuant to s. 20(12) in respect of these taxes — Granting this deduction not amounting to Canada subsidizing U.S. Government nor offending purpose of s. 20(12) — Allowing appellant to benefit from s. 20(12) deduction in line with purpose of this provision — Appeal allowed.

Emergis Inc. v. Canada (A-109-21, 2023 FCA 78, Webb and Goyette JJ.A., reasons for judgment dated April 13, 2023, 18 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-15]

PRACTICE

Related subject: Food and Drugs

Motion by Canadian Health Food Association, Direct Sellers Association of Canada (proposed interveners) for leave to intervene — In underlying appeal, Court considering reasonableness of Minister of Health's decision that appellant contravened *Natural Health Product Regulations*, SOR/2003-196 (Regulations) by selling "natural health product" without product licence — Proposed interveners wanting for Regulations to be interpreted in "reasonable" way, one giving their member companies certainty, predictability, clarity — All intervention decisions of Court expressly or impliedly emphasizing three elements to be considered: (1) usefulness of intervener's participation to what Court has to decide, (2) genuine interest on part of intervener, (3) consideration of interests of justice — *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3 most-recent, leading authority — Pursuant to *Sport Maska*, consideration of interests of justice should be flexible, fact-responsive approach — Proposed interveners relying on *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 90, (1990), 45 C.R.R. 382 (C.A.) — That decision criticized by Federal Court of Appeal — *Sport Maska* suggested that elements of test for intervention in *Rothmans* inapt — In any consideration of motion for leave to intervene, best to start with *Sport Maska* — *Sport Maska* reaffirming threefold elements in test for intervention — First element, usefulness, set out in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 109 — Requiring proposed intervener to show how it will be useful — Key to assessment of usefulness consideration of what actual, real issues are in proceeding — Intervener intending to urge Court to adopt particular interpretation of legislation, impose it on administrative decision maker barking up wrong tree — Court, as reviewing court engaged in reasonableness review, will not develop its own interpretation of Regulations, use it as yardstick to see whether administrative decision maker's interpretation measuring up, nor will it impose its interpretation over that of administrative decision maker — At most, under reasonableness review, Court can coach administrative decision maker on methodology of legislative interpretation, how to go about its task — Whether proposed interveners meeting test for intervention — Proposed interveners not satisfying requirement of usefulness — To extent intended submissions of proposed interveners consistent with Court's task to assess reasonableness, they largely duplicate those of appellants — This finding sufficient to dismiss motion —With respect to third element (interests of justice), underlying appeal began in April 2022 — Proposed interveners announced their intention to intervene in December 2022 — Delay contrary to imperatives of rule 3 that proceeding be conducted "so as to secure the just, most expeditious and least expensive outcome" — Militating against granting leave to intervene — *Obiter* (not directed at proposed interveners, who filed a high quality motion and prosecuted it well): Criticism concerning recent judicial comments about proper limits to intervention misplaced — Interveners admitted into proceedings usually those who have shown understanding of judiciary's proper role — Freestanding policy-making, law-making not for the judiciary — Those who understand proper role of judiciary, show how they can help Court on real issues in a case more likely to be admitted — Motion dismissed.

Le-Vel Brands, LLC v. Canada (Attorney General) (A-92-22, 2023 FCA 66, Stratas J.A., reasons for order dated March 23, 2023, 14 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-16]

PRACTICE—Continued

PLEADINGS

Amendments

Related subject: Copyright

Appeal from Federal Court decision (2021 FC 1239) overturning portion of earlier unreported speaking order (T-900-20, April 7, 2021) by prothonotary (now known as associate judge) — Prothonotary, acting as case management judge, struck out statement of claim of respondent with leave to amend certain claims not relevant to this appeal — Claim in underlying action relating to Multiple Listing Service (MLS) online system operated by respondent — In its claim, respondent sought declaration, *inter alia*, that it was creator, author custodian of MLS — Appellant asserted that claim fell outside Federal Court jurisdiction, that copyright claims disclosed no reasonable cause of action under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221(1)(a), or were otherwise abuse of process within meaning of that rule, that claims related to *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA) disclosed no reasonable cause of action — Prothonotary struck copyright claims, claims under PIPEDA — Stated that respondent had failed to plead that it was owner of copyright or expressly how there had been breach of copyright — Federal Court granted respondent's appeal, overturned Prothonotary's order in respect of copyright claims, granted respondent leave to amend those claims — Appellant submitting, *inter alia*, that Federal Court erred by conducting what was in essence *de novo* review; misapprehended nature of Prothonotary's decision; that ruling in *Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563 (*TREB v. Canada*) disposed of issue of whether respondent possesses copyright in MLS — Main issues whether Federal Court erred in concluding that necessary part of Prothonotary's reasoning involved determination that works at issue in action were same as those at issue in *TREB v. Canada*; that Prothonotary made palpable, overriding error in finding works at issue in action same as those at issue in *TREB v. Canada* — Federal Court not erring in holding that portion of Prothonotary's order at issue in this appeal premised on determination that works at issue in this action same as works at issue in *TREB v. Canada* — Incontrovertible that copyright protecting expression used by author or creator as opposed to facts or ideas — Copyright thus pertaining to works, not to information — Apparent that requisite assessment involving consideration of particular work in question, that originality can only be determined on case-by-case basis — Prothonotary making palpable and overriding error in finding that works at issue in case at bar same as those at issue in *TREB v. Canada*, but not precisely for reasons given by Federal Court — Contrary to what Federal Court indicated in reasons, party may move to strike pleading that it alleges raises issue finally determined in earlier proceeding under either r. 221(1)(a) or 221(1)(f) — Where, as in case at bar, no evidence before Court, Court must assess whether same issues were determined in earlier case by comparing what was decided in earlier case with what is pleaded in statement of claim — Review of reasons in *The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 7, *TREB v. Canada* indicating that works at issue in that case not entirely same as those described by respondent in its statement of claim — Federal Court of Appeal's comments in *TREB v. Canada* made in *obiter*, thus not conclusively determining copyright issue so as to prevent relitigation — Federal Court not erring in mentioning fact that there were interim orders for injunctions, as well as default, consent judgments, issued in which respondent's copyright in MLS system recognized — Having set aside Prothonotary's order to extent it struck out respondent's copyright claim without leave to amend, no need for Federal Court to issue order granting respondent leave to amend its copyright claim — Paragraph 3 of Federal Court's order therefore unnecessary, confusing — Appeal allowed to extent of deleting paragraph 3 of Federal Court's order — Appeal allowed in part.

IMS INCORPORATED v. TORONTO REGIONAL REAL ESTATE BOARD (A-330-21, 2023 FCA 70, Gleason J.A., reasons for judgment dated March 28, 2023, 22 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-17]

PLEADINGS

Motion to Strike

Appeal from Federal Court order (2021 FC 192) striking out appellant's action in damages against respondents because having no reasonable prospect of success, frivolous, vexatious — Appellant, acting on own behalf, brought action in Federal Court against respondents for torts, breaches of various sorts allegedly committed by number of Ontario Crown actors, including Premier of Ontario, federally appointed Superior Court justices — Asserting that respondents liable for financially supporting those provincial Crown, court actors — Alleging that respondents' impugned conduct amounting to, *inter alia*, breach of statutory duties, neglect of duties — Respondents brought motion in writing pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 221(1)(a),(c), 369 seeking order striking statement of claim in its entirety, without leave to amend — Oral hearing convened

PRACTICE—Concluded

for motion by videoconference — When hearing began, appellant had not yet joined videoconference — Hearing proceeding without appellant — Federal Court Judge noticed interruptions during hearing, but did not understand they were appellant's attempts to join videoconference — Concluded that appellant should have been aware of Court's policy that videoconference hearings locked once commenced, that participants expected to join remote hearings 30 minutes prior to hearing — Appellant claiming procedural fairness denied by not being able to make oral submissions at videoconference hearing — Appeal could not succeed — Federal Court did consider fact that appellant did not participate in videoconference hearing but concluded that appellant author of own misfortunes — Situation faced by appellant raising some concerns, given appellant's clear intention to participate in hearing, various attempts to join videoconference — Failure to accommodate appellant during videoconference hearing, despite appellant's clear attempts to join videoconference somewhat troubling — Safe to say that what happened on that day would have been different in an in-person setting — Here, no accommodation given, decision to proceed with only one party present, while other knocking on door, so to speak, concerning — More appropriate course of action would probably have been to suspend hearing to allow appellant to participate — That said, this breach not justifying setting aside of impugned order since outcome of respondents' motion to strike statement of claim inevitable — Futile to remit matter to Federal Court so as to allow appellant to make oral submissions in response to respondents' motion — Statement of claim so deficient in material facts that respondents could not respond to it — Provincial public officials, federally appointed provincial judges cannot engage, by their conduct, liability of Federal Crown — Defects in statement of claim not curable, Federal Court entitled to strike it without leave to amend — Appeal dismissed.

Rebello v. Canada (Justice) (A-93-21, 2023 FCA 67, LeBlanc J.A., reasons for judgment dated March 23, 2023, 11 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-18]

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html pour la Cour d'appel fédérale et http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html pour la Cour fédérale.

**** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.***

Note de l'arrêtiste : Ces fiches analytiques ont été précédemment publiées dans le volume de l'année 2022. Elles sont republiées ici dans le but de maintenir l'exactitude historique en publiant les fiches analytiques et les décisions d'une année donnée dans le volume de cette année-là.

ANTIDUMPING

Contrôle judiciaire de l'avis de décision définitive (la décision définitive) donné en janvier 2021 par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) — L'ASFC a publié la version publique de l'exposé des motifs de la décision définitive (DONP 2020 IN) (l'exposé des motifs), dans lequel il est expliqué que l'ASFC a mis fin aux enquêtes de dumping et de subventionnement relativement à certains contreplaqués décoratifs et autres contreplaqués non structuraux originaires ou exportés de la République populaire de Chine — L'enquête de dumping a été close à l'égard de certaines des défenderesses (les défenderesses dont la marge de dumping est nulle) — Les marchandises en cause exportées par les défenderesses dont la marge de dumping est nulle représentent une fraction du volume des contreplaqués décoratifs et autres contreplaqués non structuraux importés au Canada par les exportateurs chinois visés par l'enquête de l'ASFC — L'ASFC a recensé 765 exportateurs et producteurs chinois potentiels des marchandises en cause en s'appuyant sur les documents d'importation de l'ASFC et sur l'information fournie par les demanderesses — Les demanderesses ont fait valoir que l'ASFC est allée à l'encontre de la primauté du droit en ne présentant pas les calculs des marges de dumping au président — Selon les demanderesses, l'omission de l'ASFC de fournir ces calculs constitue un manquement à l'équité procédurale conformément à l'art. 96.1(2)b) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (la LMSI), ou une erreur susceptible de contrôle conformément à l'art. 96.1(2)d) — Les demanderesses ont soutenu également que la décision de l'ASFC de mettre fin à l'enquête de dumping à l'égard des défenderesses était déraisonnable, parce qu'elle découlait de l'omission de l'ASFC de conclure qu'une situation particulière du marché (SPM) existait au regard des marchandises des défenderesses ou des marchandises de la République populaire de Chine — Le procureur général du Canada, une partie défenderesse, était, entre autres choses, d'avis qu'il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale et qu'il n'était pas nécessaire que le président examine les calculs de l'ASFC — Le président a conclu qu'il n'existait pas de SPM, et il a établi les valeurs normales des marchandises des défenderesses dont la marge de dumping est nulle conformément à l'art. 29(1) pour l'ensemble des marchandises exportées, dans les cas où aucun renseignement sur les coûts de production n'avait été fourni — Les demanderesses ont demandé le contrôle judiciaire de la décision pour des motifs ayant trait à la démarche adoptée par le président pour établir s'il existait une SPM aux fins de ses enquêtes de dumping — Les demanderesses ont fait valoir quatre motifs principaux pour lesquels il était déraisonnable de la part du président de conclure qu'il n'existait pas de SPM dans l'industrie chinoise des contreplaqués décoratifs : 1) l'ASFC a limité les « programmes de soutien gouvernementaux » aux « subventions donnant lieu à une action »; 2) l'ASFC n'a pas tenu compte des montants de subvention liés aux exportateurs n'ayant pas coopéré lorsqu'elle s'est penchée sur les « programmes de soutien gouvernementaux »; 3) l'ASFC a conclu à tort que les prix des billes en Chine n'étaient pas faussés; 4) l'ASFC n'a pas examiné l'effet cumulatif des facteurs — Il s'agissait de déterminer si l'omission par le président d'inclure les calculs dans l'énoncé des motifs donnait lieu à un manquement à l'équité procédurale; si l'omission de la part de l'ASFC de fournir les calculs au président ou de les inclure dans l'énoncé des motifs rendait la décision définitive déraisonnable; et s'il était raisonnable de la part du président de conclure qu'il n'existait pas de SPM — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale en l'espèce — La décision définitive doit être lue en parallèle avec l'énoncé des motifs et avec la version confidentielle du mémoire concernant le dumping — Dans la présente demande, les calculs ne font pas partie du dossier, n'ont pas été remis au décideur et n'ont pas été fournis

ANTIDUMPING—Fin

aux demanderesses — L'obligation d'équité procédurale envers les demanderesses était peu élevée, étant donné que les demanderesses ont accès aux renseignements des exportateurs et vu les délais législatifs stricts dans lesquels le président doit réaliser ses enquêtes de dumping — Les demanderesses ne pouvaient invoquer les calculs pour appuyer une demande de contrôle judiciaire — La Cour peut seulement examiner la preuve dont disposait le décideur — Les calculs ne faisaient pas partie du dossier et n'ont pas été présentés au président — La décision définitive reposait sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et était justifiée au regard des contraintes juridiques auxquelles le président est assujetti — L'absence de calculs dans l'énoncé des motifs n'a pas rendu la décision inadéquate ou inintelligible — Dans la plupart des tribunaux administratifs, les calculs ou les détails de l'enquête ne sont pas soumis au décideur — Le décideur dispose généralement d'un rapport résumant les conclusions de fait et les méthodes retenues pour mener l'enquête ou pour trancher la question et parvenir à une conclusion — Tel était précisément le cas dans cette affaire — Il n'était pas déraisonnable de la part du président de se fonder sur des mémoires produits par les agents de l'ASFC, sans nécessairement consulter les calculs détaillés — Rien dans la LMSI n'exige que le président ait les calculs en main pour rendre ses décisions provisoires et ses décisions définitives — Cela dit, rien n'empêche le président de demander à avoir accès à ces calculs — En l'espèce, le pouvoir discrétionnaire du président n'a pas été exercé de façon arbitraire — Le président de l'ASFC n'a pas omis de fournir des motifs adéquats et intelligibles — L'inclusion de tableurs contenant une abondance de données aurait appelé à une « chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur » et une nouvelle appréciation de la preuve — Il n'était pas déraisonnable de la part du président de se forger l'opinion qu'aucune SPM n'existait relativement aux marchandises des défenderesses dont la marge de dumping est nulle — Il était raisonnable de la part du président de limiter son analyse des programmes de soutien gouvernementaux aux subventions donnant lieu à une action afin de se prononcer sur l'éventuelle existence d'une SPM — L'analyse faite par le président ne restreint pas l'effet correctif des dispositions relatives aux SPM — Il était raisonnable de la part de l'ASFC de faire du terme « programmes de soutien gouvernementaux » une interprétation compatible avec le traitement réservé aux subventions en vertu de la LMSI — Le président a pris en considération l'ensemble des renseignements que contenait le dossier au sujet des programmes de soutien gouvernementaux — Malgré que l'art. 30.4(3) de la LMSI (qui empêche l'ASFC de prendre en considération des subventions ne donnant pas lieu à une action au moment d'évaluer le montant des subventions) ne s'applique pas directement à la décision rendue au sujet de la SPM, il était raisonnable de la part du président d'adopter la même méthode et les mêmes restrictions lorsqu'il évalue les programmes de soutien gouvernementaux — Bien qu'un montant de subvention ait été établi par prescription ministérielle pour la majorité des producteurs chinois de contreplaqués, il était raisonnable de la part du président de conclure que la simple existence de ces subventions ne suffisait pas pour qu'il conclue à l'existence d'une SPM — S'agissant des montants des subventions établis qui ne correspondaient pas à ceux des subventions réellement reçues, il était raisonnable de la part de l'ASFC de ne pas tenir compte des montants de subvention déterminés pour les exportateurs n'ayant pas coopéré, afin d'établir si une SPM existait en Chine — La LMSI n'exigeait pas du président qu'il demande des renseignements supplémentaires aux demanderesses — Le Guide LMSI n'impose pas d'obligations positives particulières exigeant du président qu'il recueille des renseignements et vérifie les observations — Il est à la discrétion du président de demander des renseignements supplémentaires — Il était raisonnable de la part du président de prendre en considération la preuve au dossier et de ne pas demander de renseignements supplémentaires aux demanderesses, aux exportateurs ou à d'autres pays — Les demanderesses n'ont pas expliqué comment, ni pourquoi, au vu du dossier de preuve, la combinaison de facteurs étayait l'existence d'une SPM — Le président a examiné chacun des facteurs et a pris en considération l'ensemble des éléments de preuve déposés et a expliqué pourquoi il n'était pas d'avis qu'une SPM existait en Chine — Demande rejetée.

Association Canadienne du Contreplaqué et des Placages de Bois Dur c. Canada (Procureur général) (A-52-21, 2023 CAF 74, juge Rivoalen, J.A., motifs publics du jugement en date du 5 avril 2023, 45 p. + 29 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-13]

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

Statut au Canada

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada qui a rejeté la demande d'asile des demandeurs au motif qu'ils n'ont pas la qualité de réfugiés ou de personnes à protéger au sens des art. 96 et 97 de la *Loi sur l"immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), car ils disposent de deux possibilités de refuge intérieur (PRI) viables au Mexique — Les demandeurs, citoyens du Mexique, se sont réfugiés chez un membre de leur famille à Mexico suite à un vol avec agression et un acte d'extorsion — Après le départ

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

du demandeur principal au Canada, la famille a reçu des appels de menace — La Section de la protection des réfugiés (SPR) a rejeté la demande d'asile logée par les demandeurs — La SPR a conclu que les importantes omissions dans la preuve du demandeur principal ainsi que certaines hésitations dans son témoignage ont miné la crédibilité de la demande d'asile de la famille — La SAR a conclu que la SPR a erré en concluant que le demandeur principal n'était pas crédible — Toutefois, en procédant à l'analyse d'une PRI viable dans les villes de Mérida ou Mexico, la SAR a conclu que la réinstallation de la famille dans ces villes identifiées en tant que PRI n'était pas déraisonnable, puisque la preuve et les circonstances personnelles du demandeur principal et de son épouse ne permettaient pas de conclure que la famille ne pouvait pas recommencer sa vie, trouver un emploi et subvenir à ses besoins dans les PRI — La question en litige était de savoir si les conclusions de la SAR sur les PRI étaient raisonnables — Avant d'aborder cette question, il importait de traiter de la question de crédibilité, abordée tant par les demandeurs que par le défendeur dans leurs soumissions respectives — La SAR ne s'est pas contredite en utilisant les éléments non crédibles du témoignage du demandeur principal pour étayer ses propres conclusions quant aux PRI viables — C'est le poids accordé par la SPR aux incohérences du demandeur principal que la SAR a remis en doute, et non pas la crédibilité même de certains éléments particuliers de son témoignage — Le défendeur a affirmé que la SAR aurait erré en déterminant que les incohérences soulevées par la SPR n'étaient pas suffisantes pour entacher la crédibilité générale du demandeur principal— Le défendeur a soutenu cependant que, malgré cette erreur de la SAR, il n'était pas indiqué pour la Cour d'intervenir, puisque le rejet de la demande d'asile des demandeurs demeurait la seule issue possible dans le présent dossier — Les arguments avancés par le défendeur n'étaient pas convaincants — Selon l'arrêt *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157, la SAR doit intervenir lorsqu'elle détecte une erreur de la SPR — Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale ne dit pas que c'est là la seule façon pour la SAR de se substituer à la SPR; elle affirme plutôt le devoir d'intervention de la SAR dès que cette dernière décèle une erreur commise par la SPR — La SAR n'est pas une instance d'appel ordinaire puisqu'elle doit agir en fonction de la norme correcte, qui exige qu'elle intervienne dès la moindre erreur, par opposition à une instance d'appel régulière, qui n'intervient qu'en vertu d'une norme d'appel plus contraignante — Dans le même ordre d'idées, pour que l'art. 111(2) de la LIPR ait du sens, il faut en comprendre que le législateur a voulu restreindre la compétence de la SAR uniquement lorsque celle-ci veut renvoyer une affaire à la SPR — Autrement, le législateur aurait mentionné à l'art. 111 de la LIPR qu'une erreur est nécessaire dans tous les cas, et non seulement dans le cas d'un renvoi à la SPR — L'art. 111(1) de la LIPR « n'empêche pas la SAR de substituer sa propre décision sur la demande d'asile à celle de la SPR en se fondant sur un élément que la SPR n'avait pas abordé » — Il est vrai que la SAR doit faire preuve de déférence lorsqu'elle intervient sur la crédibilité du demandeur d'asile — En fait, la SAR n'a jamais remis en question l'évaluation de la crédibilité des demandeurs ni la valeur de leur témoignage de vive voix — Elle a simplement souligné qu'à la lumière des incohérences soulevées par la SPR, celles-ci ne pouvaient pas, à elles seules, entraîner une conclusion négative quant à la crédibilité générale des demandeurs et fonder le rejet de leur demande d'asile — Le fait que la SAR a utilisé les conclusions de la SPR quant aux incohérences que celle-ci a soulevées milite également en faveur du caractère raisonnable de la décision de la SAR — La SAR a plutôt validé les conclusions de fait de la SPR quant à la crédibilité, mais a décidé de leur accorder un poids différent vis-à-vis la crédibilité générale des demandeurs — La conclusion de la SAR quant à la crédibilité des demandeurs ne comportait pas des lacunes fondamentales— Il s'agissait plutôt d'une situation où les lacunes ou insuffisances reprochées peuvent être qualifiées de « superficielles ou accessoires par rapport au fond de la décision », ne justifiant pas l'intervention de la Cour — La brièveté des motifs de la décision de la SAR sur la question de crédibilité ne suffisait pas, à elle seule, pour rendre la décision déraisonnable — En ce qui concerne l'existence des PRI viables, la SAR a expressément tenu compte de la situation particulière des demandeurs, et a analysé ses prétentions et ses craintes — Au vu de la preuve devant elle, la SAR pouvait à bon droit conclure que les demandeurs n'avaient pas démontré que ses agents de persécution auraient la motivation et l'intérêt de les poursuivre à Mérida ou dans la ville de Mexico — Au final, les arguments des demandeurs manifestaient plutôt leur désaccord quant à l'appréciation de la preuve faite par la SAR — Ils n'ont soulevé aucune lacune grave dans la décision et, dans une telle situation, la Cour doit faire preuve de déférence envers les conclusions de la SAR — Demande rejetée.

Rodriguez Sanchez c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-2165-22, 2023 CF 426, juge Gascon, motifs du jugement en date du 28 mars 2023, 24 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-14]

DOUANES ET ACCISE

Loi sur la taxe d'accise

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a jugé que l'intimée avait droit à des crédits de taxe sur les intrants (CTI) à l'égard d'appareils orthodontiques fournis à des patients (2021 CCI 25) — Il s'agissait de savoir si la fourniture d'appareils orthodontiques est une fourniture distincte aux fins de l'application de la Loi (admissible aux CTI) ou si elle

DOUANES ET ACCISE—Fin

fait partie de la fourniture de services orthodontiques (non admissible aux CTI) — L'appelant a fait valoir que la fourniture des appareils et des services est une fourniture unique de services orthodontiques, comme il a été conclu dans la décision *Dr. Brian Hurd Dentistry Professional Corporation c. La Reine*, 2017 CCI 142 — Dans la décision *Hurd*, la Cour canadienne de l'impôt a appliqué le critère énoncé dans la décision *O.A. Brown Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.I. nº 678 (QL) pour en arriver à cette conclusion — La Cour canadienne de l'impôt n'a pas suivi le même raisonnement en l'espèce; elle a plutôt procédé à une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions applicables de la Loi et a conclu que l'intention du législateur était clairement que la fourniture d'appareils orthodontiques et la fourniture de services orthodontiques soient distinctes — Devant la Cour canadienne de l'impôt, l'appelant a fait valoir que les appareils et les services sont étroitement liés et qu'ils font l'objet d'une fourniture unique de services orthodontiques — Il s'agissait de savoir si la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le critère énoncé dans la décision *O.A. Brown* ne s'appliquait pas — La fourniture d'un appareil orthodontique figure à l'annexe VI de la Loi, de sorte qu'il s'agit d'une « fourniture détaxée » au sens de l'art. 123(1) de la Loi — La fourniture d'un service orthodontique figure à l'annexe V de la Loi, de sorte qu'il s'agit d'une « fourniture exonérée » au sens de l'art. 123(1) de la Loi — L'intimée a droit à des CTI pour les fournitures détaxées, mais pas pour les fournitures exonérées — Bien que les tribunaux appliquent régulièrement la décision *O.A. Brown*, lorsque l'intention du législateur est claire, comme c'est le cas en l'espèce, celle-ci doit l'emporter — Dans le cas d'appareils orthodontiques et de services orthodontiques, qui sont généralement fournis ensemble, le fait qu'il s'agit d'une fourniture détaxée dans un cas et d'une fourniture exonérée dans l'autre cas donne fortement à penser que c'était intentionnel et que la fourniture d'un appareil orthodontique se veut une fourniture détaxée même lorsqu'elle est accompagnée de la fourniture de services orthodontiques — En l'espèce, la Cour canadienne de l'impôt a procédé à une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions en cause et a conclu que l'intention du législateur était que les appareils orthodontiques fassent l'objet d'une fourniture détaxée distincte, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'appliquer le critère énoncé dans la décision *O.A. Brown* — La Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur — Appel rejeté.

Canada c. Dr. Kevin L. Davis Dentistry Professional Corporation (A-117-21, 2023 CAF 76, juge Woods, J.C.A., motifs du jugement en date du 12 avril 2023, 15 p. + 3 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-15]

IMPÔT SUR LE REVENU

Calcul de l'impôt

Crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne

Contrôle judiciaire du refus par le défendeur de délivrer des certificats ouvrant droit au Crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne (crédit d'impôt) à l'égard de trois productions au motif qu'elles constituent « de la publicité », un genre exclu du crédit d'impôt par le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (Règlement) — Les demanderesses sont des sociétés liées, constituées uniquement pour les fins des productions télévisuelles en question — Le crédit est accordé sur la main-d'œuvre canadienne, engagée pour travailler sur des productions télévisuelles canadiennes — L'accès à ce crédit d'impôt est restreint par la définition de « production cinématographique ou magnétoscopique » que l'on retrouve à l'art. 125.4 (1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1 et qui prévoit que certains genres de productions, énumérés à l'art. 1106(1) du Règlement, n'y sont pas admissibles — Le défendeur détermine l'admissibilité au crédit d'impôt sur la base des renseignements fournis par le producteur et de la recommandation formulée par le Bureau de certification des produits audiovisuels canadiens (BCPAC) — En 2014 et en 2016, le BCPAC avait avisé les demanderesses qu'il considère que les séries télévisuelles *Croisières de rêves* et *Soleil tout inclus* constituent de la publicité exclue et que les certificats antérieurs ont été émis par erreur — On a avisé les demanderesses que toutes productions futures répondant au même concept seraient exclues — En 2017, le défendeur a publié une nouvelle définition de publicité dans ses lignes directrices — Une production « dont plus de 15 p. 100 de la durée consiste à : vanter les mérites d'un ou de plusieurs produits, services, événements, organisations ou entreprises » est considérée de la publicité — Dans un Préavis de refus, le BCPAC a indiqué que le contenu des épisodes soumis au BCPAC avec les demandes était de la nature d'une infopublicité centrée autour de la promotion de différents hôtels et destinations touristiques — Le BCPAC a invité les demanderesses à lui transmettre tout nouveau renseignement susceptible d'influencer son évaluation du dossier, ce qu'elles ont fait — En 2018, le défendeur a transmis aux demanderesses son Avis de refus à l'égard des trois demandes sous étude — Il était d'opinion que les productions sont de la nature d'une infopublicité centrée autour de la promotion de différentes croisières, destinations soleil et activités touristiques — Il s'agissait en l'espèce de déterminer si le défendeur a erré dans son interprétation de l'art. 1106(1) du Règlement, et s'il a manqué à son devoir d'équité procédurale dans le traitement de ces demandes — La décision du défendeur était une

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

décision déraisonnable qui ne fait pas partie des issues pouvant se justifier au regard des faits, et surtout au regard de la Loi et du Règlement — L'arrêt *Zone3-XXXVI inc. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 242 (*Zone 3 CAF*), ainsi que la décision *Serdy Vidéo II Inc. c. Canada (Patrimoine)*, 2018 CF 413 ont une pertinence particulière en l'instance — Le rôle qui est confié au défendeur par l'art. 1106(1) du Règlement n'est pas de qualifier une production, mais bien de s'assurer que cette dernière n'entre pas dans une catégorie exclue — En utilisant la barre des 15 pour cent, le défendeur a fait exactement ce que la Cour d'appel fédérale a indiqué dans *Zone 3 CAF* ne pas être du ressort de la Cour — Le désir du BCPAC d'élargir la portée de l'exclusion « publicité » prévue au Règlement dans une ère où la publicité télévisuelle traditionnelle a perdu la cote au profit des placements publicitaires entre autres choses est compréhensible — Toutefois, cette décision appartient au législateur et non au ministre — Demande accueillie.

9616934 Canada Inc. c. Canada (Patrimoine) (T-148-19, T-149-19, T-150-19, 2023 CF 432, juge en chef adjointe Gagné, motifs du jugement en date du 3 avril 2023 [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-16]

Calcul du revenu

Déductions

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2021 CCI 23) confirmant la décision du ministre du Revenu national de refuser à l'appelante la déduction de retenues d'impôt — L'appelante a mis en place une structure pour acquérir la société américaine UP&UP — Plus précisément, l'appelante a constitué une société en nom collectif sous le régime des lois du Delaware (USGP); USGP a constitué une société à responsabilité illimitée en Nouvelle-Écosse (NSULC), USGP et NSULC ont constitué une société à responsabilité limitée (LLC) sous le régime des lois du Delaware; une société du Delaware (US Holdco) a été constituée par l'appelante; US Holdco a acquis des actions d'Acquisitionco; US Holdco a également acquis les actions de Jetco Inc. (société constituée par l'appelante sous le régime des lois du Delaware) auprès de l'appelante, puis a transféré ces actions à Acquisitionco — Le financement de l'acquisition d'UP&UP a été assuré par la structure de l'appelante, y compris le prêt accordé par l'appelante à USGP (prêt de l'appelante) — Jetco a fusionné avec UP&UP, la société fusionnée a ensuite fusionné avec Acquisitionco pour former US Amalco — En conséquence, US Amalco s'est endettée auprès de LLC pour un montant de 300 millions de dollars américains — Les opérations visées par le présent appel sont les paiements d'intérêts sur la dette due à LLC, les dividendes versés à NSULC et à USGP et les intérêts versés à l'appelante — L'appelante a inclus dans son revenu les intérêts payés par USGP sur le prêt de l'appelante et a demandé une déduction en vertu de l'art. 20(12)de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5e suppl.), ch. 1 pour les retenues d'impôt payées au gouvernement américain sur ces intérêts — L'art. 20(12) prévoit l'exception suivante : « ... à l'exclusion de tout ou partie de cet impôt qu'il est raisonnable de considérer comme payé par une société à l'égard du revenu tiré d'une action du capital-actions d'une société étrangère affiliée de la société » — La C.C.I. a conclu que, bien que la formulation « à l'égard du » soit très large, il était nécessaire de trouver un lien entre les impôts américains payés par l'appelante et le revenu des dividendes perçu par NSULC — La C.C.I. a déclaré que le contribuable ne peut pas demander un allègement au titre de plus d'une disposition pour tout impôt étranger payé en relation avec un poste donné de revenu — Il s'agissait de savoir si l'appelante a droit à une déduction en vertu de l'art. 20(12) pour l'impôt payé au gouvernement américain sur les intérêts versés à l'appelante par USGP — Plus particulièrement, il s'agissait d'interpréter l'exception prévue à l'art. 20(12) — Au regard de l'art. 20(12), rien ne semble empêcher l'appelante de bénéficier de la déduction qui y est prévue — La première partie de l'art. 20(12) identifie la déduction en question comme étant « l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise [que le contribuable] a payé pour l'année au gouvernement d'un pays étranger » — La deuxième partie énonce l'exception — Par conséquent, les questions à traiter en l'espèce étaient de savoir quel impôt a été payé par l'appelante au gouvernement américain, et s'il était raisonnable de conclure que cet impôt concernait le revenu tiré d'une action du capital-actions d'une société étrangère affiliée à l'appelante — La C.C.I. a fait erreur en concluant qu'il « ressort clairement du renvoi dans le paragraphe 20(12) […] que l'on doit déterminer si le revenu tiré des actions, reçu par une personne morale autre que le contribuable, peut raisonnablement être considéré comme étant le revenu à l'égard duquel l'impôt des États-Unis a été payé par le contribuable qui demande la déduction — Rien dans le libellé de l'art. 20(12) ne prévoit explicitement que l'existence distincte de deux sociétés (l'appelante et NSULC) devait être ignorée et que le revenu de NSULC devait être considéré comme le revenu de l'appelante — Le texte de l'art. 20(12) ne suffit pas à écarter la règle générale selon laquelle l'actif et le revenu de la société ne sont pas l'actif et le revenu de ses actionnaires — Par conséquent, rien ne permettait de conclure que l'art. 20(12) prévoit explicitement que le revenu de NSULC provenant de ses parts dans LLC devait être traité comme un revenu de l'appelante, et donc comme un revenu sur lequel l'appelante a payé des impôts au gouvernement américain — Le texte de l'art. 20(12) étaye la conclusion selon laquelle les impôts payés par l'appelante au gouvernement américain ne pouvaient raisonnablement être considérés comme des impôts payés par l'appelante au titre du revenu tiré des actions de

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

LLC — L'appelante avait deux sources de revenu aux fins de la Loi pertinente dans le présent appel : les actions dans NSULC (détenues par USGP) et le prêt de l'appelante — La conclusion de la C.C.I. selon laquelle l'appelante demandait les deux déductions prévues aux paragraphes 112(1) et 20(12) respectivement à l'égard du même « poste » de revenu n'était pas fondée — Le revenu attribué à l'appelante, qui comprenait les dividendes versés par NSULC à USGP, était distinct des paiements d'intérêts qui ont donné lieu aux impôts payés au gouvernement américain — Enfin, le paiement d'intérêts par USGP à l'appelante n'était pas un paiement de l'appelante à elle-même — La nature juridique des paiements faits par la société de personnes à l'associé est fonction de l'obligation légale qui est exécutée, et non de la réalité économique de l'opération — Étant donné que l'appelante a payé au gouvernement américain, relativement aux retenues d'impôt, des sommes à l'égard des intérêts, l'appelante a droit à une déduction au titre de l'art. 20(12) pour ces impôts — L'octroi de cette déduction n'équivaut pas, pour le Canada, à subventionner le gouvernement américain et ne va pas à l'encontre du but de l'art. 20(12) — Permettre à l'appelante de bénéficier de la déduction prévue à l'art. 20(12) était conforme au but de cette disposition — Appel accueilli.

Emergis Inc. c. Canada (A-109-21, 2023 CAF 78, juges Webb et Goyette, J.C.A., motifs du jugement en date du 13 avril 2023, 18 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-17]

PRATIQUE

Sujet connexe : Aliments et Drogues

Requête de l'Association canadienne des aliments de santé et de l'Association de ventes directes du Canada (les intervenantes proposées) visant à obtenir l'autorisation d'intervenir — Dans l'appel sous-jacent, la Cour est appelée à examiner le caractère raisonnable d'une décision rendue par le ministre de la Santé selon laquelle l'appelante a contrevenu au *Règlement sur les produits de santé naturels*, DORS/2003-196 (le Règlement), en vendant un « produit de santé naturel » sans être titulaire d'une licence de mise en marché — Les intervenantes proposées souhaitaient que le Règlement soit interprété de manière « raisonnable », de façon à assurer plus de certitude, de prévisibilité et de clarté à leurs sociétés membres — Toutes les décisions d'intervention de la Cour font ressortir explicitement ou implicitement trois éléments à examiner : 1) l'utilité de la participation de l'intervenant par rapport aux questions que la Cour est appelée à trancher; 2) l'intérêt véritable de l'intervenant; 3) la prise en compte de l'intérêt de la justice — L'arrêt *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 CAF 44, [2016] 4 R.C.F. 3, est le plus récent et fait autorité — Selon l'arrêt *Sport Maska*, l'examen de l'intérêt de la justice devrait se faire avec souplesse et être adapté aux faits — Les intervenantes proposées se sont fondées en grande partie sur l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 90, 1989 CanLII 9432 (C.A.) — Cet arrêt a été critiqué par la Cour d'appel fédérale — L'arrêt *Sport Maska* a indiqué que des éléments du critère d'intervention dans l'arrêt *Rothmans* étaient inexacts — Dans l'examen d'une requête en autorisation d'intervenir, il est préférable de commencer par l'arrêt *Sport Maska* — L'arrêt *Sport Maska* réaffirme les trois éléments du critère d'intervention — Le premier élément, le critère de l'utilité, figure à la règle 109 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Cette règle exige que les intervenants proposés établissent en quoi leur participation pourra être utile — L'évaluation de l'utilité repose sur l'examen des questions véritables et réelles en litige dans l'instance — L'intervenant qui entend inviter la Cour à adopter une interprétation particulière de la loi et à l'imposer au décideur administratif fait fausse route — La Cour, en tant que cour de révision qui procède au contrôle du caractère raisonnable d'une décision, ne donnera pas sa propre interprétation du Règlement, ne s'en servira pas comme critère pour comparer son interprétation à celle du décideur administratif, et n'imposera pas son interprétation au décideur administratif — Tout au plus, lors d'un contrôle du caractère raisonnable d'une décision, la Cour peut encadrer le décideur administratif en lui enseignant la méthode d'interprétation législative et la façon de faire son travail — Il s'agissait de savoir si les intervenantes proposées satisfaisaient au critère d'intervention — Les intervenantes proposées ne satisfaisaient pas au critère de l'utilité — Dans la mesure où les observations des intervenantes proposées étaient compatibles avec le rôle de la Cour, à qui il appartient d'évaluer le caractère raisonnable d'une décision, elles recoupaient largement celles de l'appelante — Cette conclusion était à elle seule suffisante pour rejeter la requête — En ce qui concerne le troisième élément (l'intérêt de la justice), l'appel sous-jacent a été interjeté en avril 2022 — Les intervenantes proposées n'avaient pas annoncé leur intention d'intervenir avant décembre 2022 — Le délai allait à l'encontre des impératifs de la règle 3 selon laquelle l'instance doit être instruite « de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » — Il militait contre l'octroi de l'autorisation d'intervenir — Remarque incidente (qui n'était pas adressée aux intervenantes proposées, qui avaient déposé une requête de grande qualité et qui y avaient bien donné suite) : les critiques concernant les commentaires formulés dernièrement par les tribunaux sur les limites qui encadrent les interventions étaient inappropriées — Les intervenants autorisés à prendre part à aux instances de la Cour sont généralement ceux qui ont démontré leur compréhension du rôle propre à la magistrature — L'élaboration des

PRATIQUE—Suite

politiques et des lois ne relève pas de l'initiative de la magistrature — Les personnes qui comprennent le rôle de la magistrature et qui montrent en quoi elles peuvent aider la Cour à trancher des questions réelles sont plus susceptibles d'être autorisées à intervenir — Requête rejetée.

LE-VEL BRANDS, LLC c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-92-22, 2023 CAF 66, juge Stratas, J.C.A., motifs de l'ordonnance en date du 23 mars 2023, 14 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-19]

ACTES DE PROCÉDURE

Modifications

Sujet connexe : Droit d'auteur

Appel de la décision de la Cour fédérale (2021 FC 1239) annulant une partie d'une ordonnance verbale antérieure (T-900-20, 7 avril 2021), non publiée, rendue par une protonotaire (aujourd'hui connue sous le nom de juge associée) — La protonotaire, agissant en tant que juge chargée de la gestion de l'instance, a radié la déclaration de l'intimée avec autorisation de modifier certaines prétentions non pertinentes pour le présent appel — L'action sous-jacente concernait le système en ligne Multiple Listing Service (MLS) exploité par l'intimée — Par sa réclamation, l'intimée cherchait entre autres choses à obtenir un jugement déclaratoire portant qu'elle était la créatrice, l'auteure et la dépositaire du système MLS — L'appelant a affirmé que cette réclamation ne relevait pas de la compétence de la Cour fédérale, que les prétentions relatives au droit d'auteur ne révélaient aucune cause d'action valable au sens de l'alinéa 221(1)(a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, ou constituaient autrement un abus de procédure au sens de cet alinéa, et que les prétentions relatives à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (LPRPDE) ne révélaient aucune cause d'action valable — La protonotaire a radié les prétentions relatives au droit d'auteur et à la LPRPDE — Elle a déclaré que l'intimée n'avait pas fait valoir qu'elle était titulaire du droit d'auteur ni précisé comment il y avait eu violation de ce droit — La Cour fédérale a accueilli l'appel de l'intimée, a annulé l'ordonnance de la protonotaire en ce qui concerne les prétentions relatives au droit d'auteur et a autorisé l'intimée à modifier ces prétentions — L'appelant a soutenu, entre autres choses, que la Cour fédérale a commis une erreur en procédant à ce qui était essentiellement un nouvel examen; qu'elle a mal compris la décision de la protonotaire; que l'arrêt *Toronto Real Estate Board c. Commissaire de la concurrence*, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563 (*TREB c. Canada*) a tranché la question de savoir si l'intimée possède un droit d'auteur sur le système MLS — Les principales questions étaient de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'un aspect essentiel du raisonnement de la protonotaire consistait à déterminer que les œuvres en cause dans l'action étaient les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada*; que la protonotaire a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les œuvres en cause dans l'action étaient les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada* — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la partie de l'ordonnance de la protonotaire en cause dans le présent appel était fondée sur la conclusion que les œuvres en cause dans la présente action étaient les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada* — Il est incontestable que le droit d'auteur protège l'expression utilisée par l'auteur ou le créateur, par opposition aux faits ou aux idées — Le droit d'auteur concerne donc les œuvres et non les renseignements — Il est évident que pour effectuer l'évaluation requise, il faut examiner l'œuvre en question, que l'originalité ne peut être déterminée qu'au cas par cas — La protonotaire a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les œuvres en cause en l'espèce sont les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada*, mais pas précisément pour les motifs donnés par la Cour fédérale — Contrairement à ce que la Cour fédérale a déclaré dans ses motifs, une partie peut, en vertu des alinéas 221(1)a) ou 221(1)f), demander la radiation d'un acte de procédure qui, selon elle, soulève une question définitivement tranchée dans une procédure antérieure — Lorsque, comme en l'espèce, la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve, elle doit déterminer si les mêmes questions ont été tranchées dans une affaire antérieure en comparant ce qui a été décidé dans l'affaire antérieure avec ce qui est invoqué dans la déclaration — Il ressort de l'examen des motifs de la décision *La commissaire de la concurrence c. The Toronto Real Estate Board*, 2016, Trib. conc. 7, et de l'arrêt *TREB c. Canada* que les œuvres en cause dans cette affaire n'étaient pas tout à fait les mêmes que celles décrites par l'intimée dans sa déclaration — Les commentaires de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *TREB c. Canada* constituaient des remarques incidentes, et ne tranchent donc pas de manière définitive la question du droit d'auteur de manière à empêcher tout nouveau litige — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en mentionnant le fait qu'il y avait des ordonnances provisoires d'injonction ainsi que des jugements par défaut et par consentement dans lesquels le droit d'auteur de l'intimée sur le système MLS a été reconnu — Ayant annulé l'ordonnance de la protonotaire dans la mesure où elle radiait la réclamation relative au droit d'auteur de l'intimée sans autoriser cette dernière à la modifier, il n'était pas nécessaire pour la Cour fédérale de rendre une ordonnance autorisant l'intimée à modifier sa réclamation

PRATIQUE—Fin

relative au droit d'auteur — Le paragraphe 3 de l'ordonnance de la Cour fédérale était donc inutile, et prêtait à confusion — Appel accueilli dans la mesure où le paragraphe 3 de l'ordonnance de la Cour fédérale est supprimé — Appel accueilli en partie.

IMS Incorporated c. Toronto Regional Real Estate Board (A-330-21, 2023 CAF 70, juge Gleason, J.C.A., motifs du jugement en date du 28 mars 2023, 22 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-20]

Actes de procédure

Requête en radiation

Appel à l'encontre de l'ordonnance (2021 CF 192) par laquelle la Cour fédérale a radié l'action en dommages-intérêts de l'appelante contre les intimés parce qu'elle n'avait aucune chance raisonnable d'être accueillie, et qu'elle était frivole et vexatoire — L'appelante, qui agissait pour son propre compte, a intenté une action devant la Cour fédérale contre les intimés pour des fautes et diverses violations prétendument commises par plusieurs représentants de la Couronne de l'Ontario, dont le premier ministre de l'Ontario et des juges de nomination fédérale de la Cour supérieure de justice — Elle a fait valoir que les intimés avaient engagé leur responsabilité parce qu'ils avaient soutenu financièrement ces représentants de la Couronne et ces membres de la Cour supérieure — Elle a allégué que la conduite qu'elle reprochait aux intimés constituait, entre autres, un manquement à des obligations légales et un manquement à des devoirs — Les intimés ont présenté une requête écrite en vertu des alinéas 221(1)a) et c) et de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, afin d'obtenir une ordonnance radiant la déclaration dans son intégralité et sans autorisation de la modifier — Une audience par vidéoconférence a été prévue pour cette requête — Quand l'audience a débuté, l'appelante ne s'était pas encore jointe à la vidéoconférence — L'audience a commencé sans l'appelante — Le juge de la Cour fédérale a remarqué des interruptions survenues au cours de l'audience, mais il n'a pas compris qu'il s'agissait de tentatives que faisait l'appelante pour se joindre à la vidéoconférence — Il a conclu que l'appelante aurait dû savoir que la Cour a pour politique qu'une audience tenue par vidéoconférence est verrouillée une fois qu'elle a débuté et que les participants sont censés s'y connecter à distance 30 minutes avant qu'elle débute — L'appelante a affirmé qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale parce qu'elle n'avait pas pu présenter ses observations orales à l'audience par vidéoconférence — L'appel ne pouvait être accueilli — La Cour fédérale a tenu compte du fait que l'appelante n'avait pas participé à l'audience par vidéoconférence, mais a conclu qu'elle avait été l'artisane de son propre malheur — L'appelante a vécu une situation qui soulevait certaines réserves, compte tenu de son intention manifeste de participer à l'audience et des diverses tentatives qu'elle a faites pour se joindre à la vidéoconférence — Il était plutôt troublant qu'aucune solution n'ait été proposée à l'appelante pendant l'audience par vidéoconférence, malgré ses évidentes tentatives pour se joindre à la vidéoconférence — Il était possible d'affirmer sans risque de se tromper que la situation n'aurait pas été la même si l'audience s'était tenue en personne — En l'espèce, aucune solution n'avait été proposée, et la décision de tenir l'audience en présence d'une seule partie, prise tandis que l'autre partie, pour ainsi dire, cognait à la porte, soulevait des réserves — Il aurait probablement été plus approprié de suspendre l'audience afin de permettre à l'appelante d'y participer — Cela dit, ce manquement ne justifiait pas l'annulation de l'ordonnance contestée, car l'issue de la requête des intimés visant à faire radier la déclaration était inéluctable — Il aurait été inutile de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour permettre à l'appelante de présenter des observations orales en réponse à la requête des intimés — La déclaration comportait si peu de faits substantiels que les intimés ne pouvaient y répondre — Les fonctionnaires provinciaux et les juges de nomination fédérale des cours provinciales ne peuvent engager, par leur conduite, la responsabilité de la Couronne fédérale — La déclaration comportait des vices qui ne pouvaient être corrigés et la Cour fédérale était en droit de la radier sans autorisation de la modifier — Appel rejeté.

Rebello c. Canada (Justice) (A-93-21, 2023 CAF 67, juge LeBlanc, J.C.A., motifs du jugement en date du 23 mars 2023, 11 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-21]

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3

Available on the Internet at the following Web sites:
http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/
http://publications.gc.ca/site/eng/369902/publication.html

Disponible sur Internet aux sites Web suivants :
http://recueil.cmf-fja.gc.ca/fra/
http://publications.gc.ca/site/fra/369902/publication.html