



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 2, Part 2

2019, Vol. 2, 2^e fascicule

Cited as [2019] 2 F.C.R., {³³³⁻⁵⁶⁸
D-5-D-10

Renvoi [2019] 2 R.C.F., {³³³⁻⁵⁶⁸
F-7-F-13

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2019.

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

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2019.

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

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

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

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	333–568
Digests	D-5–D-10

Begum v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 488

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s application for judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appellant’s appeal of immigration officer’s decision denying her request to sponsor her family members—Appellant, Canadian citizen, suffering from depression, posttraumatic stress disorder due to separation from parents, siblings living in Bangladesh—Submitting application to sponsor family in 2008—Visa officer refusing application in 2011 on basis appellant not meeting minimum necessary income (MNI) requirement—*Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 133(1)(j) setting out MNI requirements—New version of s. 133(1)(j) in effect when appellant filing appeal of officer’s decision— IAD finding, *inter alia*, no special relief warranted, appellant not suffering specific hardship from dismissal of appeal— Denying appellant’s claims under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), ss. 15, 7—Federal Court confirming decision to apply amended provisions of Regulations, s. 133— Concluding appellant’s Charter rights not infringed—Whether IAD should have retroactively applied amended version of Regulations, ss. 133(1)(j), 134 to case where appellant’s notice of appeal to IAD filed before amended version of Regulations coming into force; whether Regulations, s. 133(1)(j) violating Charter, ss. 15, 7;—Whether original or

Continued on next page

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

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

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

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	333–568
Fiches analytiques	F-7–F-13

Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.) 488

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Appel d’une décision rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l’appelante visant la décision de la Section d’appel de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada (la SAI), laquelle a rejeté l’appel interjeté par l’appelante contre la décision d’un agent d’immigration de refuser sa demande de parrainage à l’égard des membres de sa famille—L’appelante, une citoyenne canadienne, souffrait de dépression et de syndrome de stress post-traumatique attribuables à la séparation d’avec ses parents et ses frères et sœurs qui vivent au Bangladesh—En 2008, elle a présenté une demande de parrainage à l’égard de sa famille—Un agent des visas a rejeté la demande en 2011 au motif que l’appelante ne satisfaisait pas à l’exigence relative au revenu vital minimum (RVM)—L’art. 133(1)j) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) énonce les exigences relatives au RVM—Au moment où l’appelante a interjeté appel de la décision de l’agent, la nouvelle version de l’art. 133(1)(j) était en vigueur—La SAI a conclu notamment que la prise de mesures spéciales n’était pas justifiée et que l’appelante ne subirait pas de difficultés particulières en raison du rejet de son appel—Elle a rejeté l’argument de l’appelante fondé sur les art. 15 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte)—La Cour fédérale a confirmé la décision d’appliquer les dispositions modifiées de l’art. 133

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

amended version of s. 133(1)(j) applying in present case did not matter—Appellant not meeting MNI requirement under either version—Appellant’s argument that right to procedural fairness breached not different whether pre-2014 or post-2014 version applying—Appellant not prevented from making case forcefully, compellingly—IAD not erring in assessing evidence in support of appellant’s s. 15 challenge—Rights protected by s. 7 not infringed by Regulations, s. 133(1)(j)—Appeal dismissed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Appellant, Canadian citizen, suffering from depression, posttraumatic stress disorder due to separation from parents, siblings living in Bangladesh—Submitting application to sponsor family in 2008—Visa officer refusing application on basis appellant not meeting minimum necessary income (MNI) requirement—*Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 133(1)(j) setting out MNI requirements—IAD finding, *inter alia*, no special relief warranted, appellant not suffering specific hardship from dismissal of appeal—Denying appellant’s claims under Charter, s. 15—Federal Court concluding appellant’s Charter rights not infringed—Whether Regulations, s. 133(1)(j) violating s. 15—IAD not erring in assessing evidence in support of appellant’s s. 15 challenge—Not satisfied causal connection present between denial of appellant’s sponsorship for MNI reasons, intersectional grounds raised by appellant—Not operating under misconception that identification of comparator group essential prerequisite to establish distinction—Claim rejected because appellant could not demonstrate exclusion from sponsorship caused by distinction based on asserted grounds—Impugned provision having to differentially impact individual or group involved—Appellant’s submissions falling short in that respect—Open to Federal Court to conclude that statistical evidence produced by appellant not establishing adverse effect.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

du Règlement—Elle a conclu qu’il n’avait pas été contrevenu aux droits de l’appelante garantis par la Charte—Il s’agissait de savoir si la SAI aurait dû appliquer la version modifiée des art. 133(1)jj) et 134 du Règlement de manière rétroactive à une affaire dans le cadre de laquelle l’avis d’appel de la demanderesse a été déposé auprès de la SAI avant l’entrée en vigueur de la version modifiée du Règlement; et si l’art. 133(1)jj) du Règlement contrevient aux art. 15 et 7 de la Charte—En l’espèce, il importait peu que l’on applique la version originale ou la version modifiée de l’art. 133(1)jj)—L’appelante ne satisfaisait pas à l’exigence relative au RVM dans l’une ou l’autre version—La thèse de l’appelante selon laquelle on a manqué à son droit à l’équité procédurale n’aurait pas différé si l’on avait appliqué l’une ou l’autre version (antérieure à 2014 ou postérieure à 2014)—L’on n’a pas empêché l’appelante de faire valoir son point de vue de façon vigoureuse et convaincante—La SAI n’a pas commis d’erreur en évaluant la preuve produite à l’appui de la contestation de l’appelante fondée sur l’art. 15—L’art. 133(1)jj) du Règlement n’a contrevenu à aucun droit protégé par l’art. 7—Appel rejeté.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—L’appelante, une citoyenne canadienne, souffrait de dépression et de syndrome de stress post-traumatique attribuables à la séparation d’avec ses parents et ses frères et sœurs qui vivent au Bangladesh—En 2008, elle a présenté une demande de parrainage à l’égard de sa famille—Un agent des visas a rejeté la demande au motif que l’appelante ne satisfaisait pas à l’exigence relative au revenu vital minimum (RVM)—L’art. 133(1)jj) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) énonce les exigences relatives au RVM—La SAI a conclu notamment que la prise de mesures spéciales n’était pas justifiée et que l’appelante ne subirait pas de difficultés particulières en raison du rejet de son appel—Elle a rejeté l’argument de l’appelante fondé sur l’art. 15 de la Charte—La Cour fédérale a conclu qu’il n’avait pas été contrevenu aux droits de l’appelante garantis par la Charte—Il s’agissait de savoir si l’art. 133(1)jj) du Règlement contrevient à l’art. 15—La SAI n’a pas commis d’erreur en évaluant la preuve produite à l’appui de la contestation de l’appelante fondée sur l’art. 15—Elle n’était pas convaincue qu’il existait un lien de cause à effet entre le rejet de la demande de parrainage de l’appelante en raison de l’exigence relative au RVM et les motifs intersectionnels qu’elle a invoqués—La SAI n’a pas fondé sa décision sur le principe erroné selon lequel la définition d’un groupe de comparaison est une condition essentielle à l’établissement de l’existence d’une distinction—La demande de l’appelante a été rejetée parce que celle-ci ne pouvait pas démontrer qu’on l’empêchait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Appellant, Canadian citizen, suffering from depression, posttraumatic stress disorder due to separation from parents, siblings living in Bangladesh—Submitting application to sponsor family in 2008—Visa officer refusing application on basis appellant not meeting minimum necessary income (MNI) requirement—*Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 133(1)(j) setting out MNI requirements—IAD finding, *inter alia*, no special relief warranted, appellant not suffering specific hardship from dismissal of appeal—Denying appellant’s claims under Charter, s. 7—Federal Court concluding appellant’s Charter rights not infringed—Whether Regulations, s. 133(1)(j) violating s. 7—Rights protected by s. 7 not infringed by Regulations, s. 133(1)(j)—Right to liberty not unlimited—Only “fundamentally or inherently personal” choices falling within ambit of right to liberty—Right to bring parents, siblings to Canada not so intertwined with “intrinsic value of human life”, “inherent dignity of every human being”—Parliament having right to adopt immigration policy, conditions under which non-citizens permitted to enter, remain in Canada—Courts consistently declining to recognize right to family unity or reunification under s. 7—For right to security to come into play, claimant having to establish serious interference from state —Separation of appellant from family personal choice, not government action.

Bell Canada v. 7262591 Canada Ltd. (F.C.A.) 414

Broadcasting—Appeal under *Broadcasting Act*, s. 31 from two decisions made by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC)—In 2015, CRTC imposing policy to govern affiliation agreements between programming undertakings (PUs), broadcasting distribution

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de parrainer ses parents en raison d’une distinction fondée sur les motifs qu’elle a invoqués—La disposition contestée devait avoir un effet différent sur la personne ou le groupe en cause—À cet égard, les observations de l’appelante étaient insuffisantes—La Cour fédérale pouvait conclure que la preuve statistique produite par l’appelante n’établissait pas l’existence d’un effet préjudiciable.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—L’appelante, une citoyenne canadienne, souffrait de dépression et de syndrome de stress post-traumatique attribuables à la séparation d’avec ses parents et ses frères et sœurs qui vivent au Bangladesh—En 2008, elle a présenté une demande de parrainage à l’égard de sa famille—Un agent des visas a rejeté la demande au motif que l’appelante ne satisfaisait pas à l’exigence relative au revenu vital minimum (RVM)—L’art. 133(1)j) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) énonce les exigences relatives au RVM—La SAI a conclu notamment que la prise de mesures spéciales n’était pas justifiée et que l’appelante ne subirait pas de difficultés particulières en raison du rejet de son appel—Elle a rejeté l’argument de l’appelante fondé sur l’art. 7 de la Charte—La Cour fédérale a conclu qu’il n’avait pas été contrevenu aux droits de l’appelante garantis par la Charte—Il s’agissait de savoir si l’art. 133(1)j) du Règlement contrevient à l’art. 7—L’art. 133(1)j) du Règlement ne contrevient pas aux droits garantis par l’art. 7—Le droit à la liberté n’est pas illimité—Seuls les choix « fondamentalement ou [...] essentiellement personnels » sont visés par le droit à la liberté—Le droit revendiqué par l’appelante de faire venir vivre ses parents et ses frères et sœurs au Canada ne s’entrelaçait pas à ce point avec la « valeur intrinsèque de la vie humaine » et « la dignité inhérente de tout être humain »—Le législateur a le droit d’adopter une politique d’immigration et de préciser les conditions dans lesquelles les non-citoyens pourront entrer et demeurer au Canada—Les tribunaux ont systématiquement refusé de reconnaître que l’art. 7 protège le droit à l’unité familiale ou au regroupement des familles—Pour faire jouer le droit à la sécurité, le demandeur doit prouver qu’il y a eu ingérence grave de la part de l’État—La séparation de l’appelante d’avec sa famille est le résultat de son propre choix, et non le résultat d’une mesure gouvernementale.

Bell Canada c. 7262591 Canada Ltd. (C.A.F.) 414

Radiodiffusion—Appel interjeté en vertu de l’art. 31 de la *Loi sur la radiodiffusion* à l’encontre de deux décisions rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC)—En 2015, le CRTC a imposé une politique ayant pour but de régir les ententes d’affiliation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

undertakings (BDUs)—CRTC implementing policy through two decisions: Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 (the 2015 Wholesale Code or Code), Distribution of the programming of licensed programming undertakings by broadcasting distribution undertakings, *Broadcasting Order* 2015-439 (Order)—2015 Wholesale Code establishing certain parameters on negotiation, content of affiliation agreements—Order making 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings—Order issued under *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h)—Appellants asserting that 2015 Wholesale Code not authorized by *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h); that Code violating appellants' copyright interests guaranteed under *Copyright Act*, ss. 3(1)(f), 13(4); therefore, that 2015 Wholesale Code, Order ultra vires CRTC's powers—Main issues: which standard of review applied in present case; whether decision of Supreme Court of Canada in *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168 (Cogeco)* dispositive of issues in this appeal; whether CRTC reasonably concluding having power under *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) to issue Order, by implication, power to enforce 2015 Wholesale Code to extent that terms encompassed by Order—*Per* Woods J.A.: Agreeing with Rennie J.A.'s dissenting reasons, with exception of finding that CRTC reasonably concluding that *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) enabled CRTC to issue 2015 Wholesale Code, Order—Not reasonable to interpret s. 9(1)(h) as granting CRTC general power to regulate terms, conditions of affiliation agreements—Interpretation going far beyond ordinary meaning of language in *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h); not reasonably supported by textual, contextual, purposive interpretation of legislation—Also not reasonable to apply doctrine of necessary implication in present case—General objectives set out in *Broadcasting Act*, s. 5(1) subject to specific powers granted to CRTC in other parts of legislation, which includes s. 9(1)(h)—Therefore, interpretation of *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) reflected in Order unreasonable—Appeal allowed, Rennie J.A. dissenting—*Per* Nadon J.A. (concurring): *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) not allowing CRTC to enact Order so as to give effect to 2015 Wholesale Code—Standard of reasonableness that both Rennie, Woods J.A. applying to whether *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) conferring authority to CRTC to issue Order not agreed upon—Correctness applicable standard on that issue—Parliament, by way of *Broadcasting Act*, s. 31(2) sending unequivocal signal that questions of law or jurisdiction, arising from decisions made by CRTC, to be determined by Federal Court of Appeal, which can only mean on standard of correctness—Parliament's intent regarding s. 9(1)(h) can only be determined by this Court, meaning that it is Court's responsibility to determine whether CRTC's view of *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) is correct view—*Per* Rennie J.A. (dissenting): *Cogeco* not dispositive of whether

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

entre les entreprises de programmation (EP) et les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR)—Le CRTC a mis en œuvre cette politique par deux mesures : la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 (le Code sur la vente en gros de 2015 ou le Code) et l'*Ordonnance de radiodiffusion* 2015-439 [Distribution de la programmation des entreprises de programmation autorisées par les entreprises de distribution de radiodiffusion] (l'*Ordonnance*)—Le Code sur la vente en gros de 2015 établissait certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation—L'*Ordonnance* rendait le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des entreprises de distribution de radiodiffusion—L'*Ordonnance* a été rendue aux termes de l'art. 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion*—Les appelantes ont soutenu que le Code sur la vente en gros de 2015 n'était pas autorisé par l'art. 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion*; que le Code était contraire aux droits d'auteur de l'appelante garantis par les art. 3(1)(f) et 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*; par conséquent, que le Code sur la vente en gros de 2015 et l'*Ordonnance* excédaient la compétence du CRTC—Il s'agissait principalement de savoir quelle était la norme de contrôle applicable dans la présente affaire; si la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 (Cogeco)* était déterminante quant aux questions faisant l'objet de l'appel; s'il était raisonnable pour le CRTC de conclure qu'il avait le pouvoir aux termes de l'art. 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* de rendre l'*Ordonnance* et, par voie de conséquence, le pouvoir de faire appliquer le Code sur la vente en gros de 2015 dans la mesure où ses modalités étaient couvertes par l'*Ordonnance*—La juge Woods, J.C.A. : Les motifs de dissidence du juge Rennie, J.C.A., à l'exception de la conclusion selon laquelle il était raisonnable pour le CRTC de conclure que l'art. 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* habilitait le CRTC à prendre le Code sur la vente en gros de 2015 et à rendre l'*Ordonnance*, ont été retenus—Il n'était pas raisonnable d'interpréter l'art. 9(1)(h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation—Cette interprétation allait beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'art. 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion*; elle n'était pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi—Il n'était pas raisonnable non plus de suivre la doctrine de la déduction nécessaire en l'espèce—Les objectifs généraux énoncés à l'art. 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* sont assujettis aux pouvoirs précis conférés au CRTC dans d'autres parties de la loi, ce qui inclut l'art. 9(1)(h)—L'interprétation de l'art. 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui figurait dans l'*Ordonnance* était donc déraisonnable—Appel accueilli, le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Broadcasting Act, s. 9(1)(h) authorizing CRTC to make Code binding—Standard of review to be applied to orders made under *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) previously determined by Federal Court of Appeal as reasonableness—Insofar as conflict between *Copyright Act*, *Broadcasting Act* concerned, applicable standard of review correctness—Appeal pivoting on intention of Parliament, whether Parliament intending, through *Broadcasting Act*, s. 9(1)(h) to give CRTC jurisdiction to enact measures directly affecting PUs—Order, Code not “too great a stretch” from what Parliament intended but directly within its contemplation—As to possible conflict of 2015 Wholesale Code with *Copyright Act*, some provisions of Code constraining how copyright holder may exercise its copyright by limiting some terms, conditions it is allowed to include in affiliation agreement—However, this not violating *Copyright Act*, ss. 3(1)(f) or 13(4).

Fraser v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 541

RCMP—Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ application for judicial review seeking declarations of invalidity in respect of portions of *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* (RCMPSA), *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations* (Regulations), also seeking to have entitlement to pension buy-back rights

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

juge Rennie, J.C.A., dissident—Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : L’art. 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* n’autorise pas le CRTC à émettre l’Ordonnance de manière à donner effet au Code sur la vente en gros de 2015—La norme de la décision raisonnable, que les juges Rennie et Woods, J.C.A. ont appliquée à la question de savoir si l’art. 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* conférerait au CRTC le pouvoir de rendre l’Ordonnance, n’a pas été retenue—La norme applicable était celle de la décision correcte—Le législateur a porté un signal non équivoque, par l’art. 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que les questions de droit ou de compétence qui découlent des décisions du CRTC doivent être tranchées par la Cour d’appel fédérale, ce qui signifie forcément que la norme de la décision correcte doit être suivie—Seule la Cour peut décider de l’intention du législateur relativement à l’art. 9(1)h, ce qui signifie qu’il incombe à la Cour de déterminer si la façon dont le CRTC interprète l’art. 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* est la façon correcte—Le juge Rennie, J.C.A. (dissident) : L’affaire *Cogeco* n’a pas permis de déterminer si l’art. 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* autorisait le CRTC à rendre le Code exécutoire—La Cour d’appel fédérale a déjà décidé que la norme de contrôle à appliquer aux ordonnances rendues en application de l’art. 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* était celle de la décision raisonnable—En ce qui concerne le conflit entre la *Loi sur le droit d’auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion*, la norme de contrôle était celle de la décision correcte—Le nœud de l’appel résidait dans l’intention du législateur et dans la question de savoir s’il était dans son intention, au moyen de l’art. 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*, de donner au CRTC le pouvoir de promulguer des mesures touchant directement les EP—L’Ordonnance et le Code ne constituaient pas « une mesure trop éloignée » de l’intention du législateur, mais ils étaient en fait directement visés par cette intention—En ce qui concerne le conflit possible entre le Code sur la vente en gros de 2015 et la *Loi sur le droit d’auteur*, certaines dispositions du Code restreignaient la manière dont le titulaire du droit d’auteur pouvait exercer son droit d’auteur en limitant certaines des modalités et conditions que le titulaire était autorisé à inclure dans l’entente d’affiliation—Toutefois, cela n’était pas contraire aux art. 3(1)f) ou 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

Fraser c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) . . . 541

GRC—Appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes visant à faire déclarer invalides certaines dispositions de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (LPRGRC) et du *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (Règlement) et à obtenir ce

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

read into RCMPA, Regulations—Appellants, former RCMP members, participating in RCMP’s job sharing policy to work reduced hours in order to care for their children—Appellants’ pension benefits for job-sharing periods calculated in same fashion as pension benefits for other part-time RCMP members—Appellants alleging this pro-rated calculation infringing their equality rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15 because those on leave without pay (such as care and nurturing leave) allowed to buy back pension whereas this option not available in their case—Federal Court holding that appellants working on part-time basis when job-sharing—Concluding that appellants failing to show that impugned provisions in RCMPA, Regulations creating distinction on ground enumerated in s. 15 or on analogous ground, or disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping—Whether Federal Court erring in determining that impugned provisions not infringing Charter, s. 15—Federal Court not erring—However, conflating steps in s. 15 analysis, not squarely grappling with requirements for claim of adverse impact discrimination—Present appeal turning on first step of analysis, i.e. whether impugned law on its face or in its impact creating distinction—RCMPA, Regulations facially neutral, drawing distinctions based on hours regularly worked, whether employee on leave without pay—These distinctions not enumerated or analogous grounds within meaning of s. 15—Case rather involving allegation of adverse impact discrimination—Appellants required to show that impugned provisions of RCMPA, Regulations negatively impacting them in disproportionate way, such impact due to protected or analogous ground—Federal Court correctly reasoning that impugned pension provisions could not be viewed in isolation—Remuneration package provided to job-sharers having to be compared to that provided to members on leave without pay—Without evidence as to relative value of those packages, impossible to conclude that job-sharing adverse to being on leave without pay—Appellants failing to establish that differential treatment based on enumerated or analogous ground —Appellants not denied buy-back rights based on their personal characteristics of being female RCMP members with young children, but rather because electing to job-share as opposed to taking care, nurturing leave—No principle arising from arbitral case law preventing employer from altering employee’s status from full to part-time if employee ceasing to work full-time—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la Cour qu’elle donne à la LPRGRC et au Règlement une interprétation leur permettant de racheter du service ouvrant droit à pension—Les appelantes, d’anciennes membres de la GRC, ont profité de la politique de partage de poste de la GRC pour réduire leurs heures de travail en vue d’assurer les soins de leurs enfants—Les prestations de retraite des appelantes pendant les périodes de partage de poste étaient calculées de la même façon que les prestations de retraite des membres de la GRC qui travaillent à temps partiel—Les appelantes ont soutenu que ce calcul pondéré a violé le droit à l’égalité que leur garantit l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce que les personnes ayant pris un congé non payé (notamment pour s’occuper de leurs enfants) étaient autorisées à racheter le service ouvrant droit à pension alors qu’elles-mêmes étaient privées de cette option—La Cour fédérale a conclu que les appelantes travaillaient à temps partiel lorsqu’elles partageaient leur emploi—Elle a conclu que les appelantes n’avaient pas démontré que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement créent de la discrimination fondée sur un motif énuméré à l’art. 15 ou un motif analogue, ou créent un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application d’un stéréotype—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a fait erreur en décidant que les dispositions en litige ne portaient pas atteinte à l’art. 15 de la Charte—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur—Toutefois, elle a confondu les deux étapes de l’analyse qu’appelle l’art. 15 et elle n’a pas abordé les éléments nécessaires pour démontrer une discrimination par suite d’un effet préjudiciable—Le présent appel a porté sur la première étape de l’analyse, c.-à-d. la question de savoir si la loi en litige crée, a priori ou par ses effets, une distinction—La LPRGRC et le Règlement sont a priori neutres et établissent des distinctions entre les employés selon leur horaire de travail régulier et le fait qu’ils soient ou non en congé non payé—Ces distinctions ne sont pas des motifs énumérés ou analogues pour l’application de l’art. 15—L’affaire mettait plutôt en jeu une prétention de discrimination par suite d’un effet préjudiciable—Les appelantes devaient démontrer que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement avaient eu un effet négatif disproportionné sur elles et que cet effet découlait d’un motif énuméré ou analogue—La Cour fédérale a conclu à juste titre que les dispositions contestées en matière de pension ne devaient pas être examinées isolément—Il fallait comparer le régime de rémunération offert aux personnes qui partagent un poste à celui offert aux membres qui prennent un congé non payé—Sans preuve quant à la valeur relative de ces régimes de rémunération, il était impossible de conclure que le partage de poste est plus défavorable qu’un congé non payé—Les appelantes n’ont pas démontré que le traitement différentiel était fondé sur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Federal Court dismissing appellants’ application for judicial review seeking declarations of invalidity in respect of portions of *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* (RCMPSA), *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations* (Regulations)—Appellants, former RCMP members, participating in RCMP’s job sharing policy to work reduced hours in order to care for their children—Appellants’ pension benefits for job-sharing periods calculated in same fashion as pension benefits for other part-time RCMP members—Appellants alleging this pro-rated calculation infringing their Charter, s. 15 equality rights because those on leave without pay (such as care and nurturing leave) allowed to buy back pension whereas this option not available in their case—Federal Court concluding appellants failing to show that impugned provisions in RCMPSA, Regulations creating distinction on ground enumerated in s. 15 or on analogous ground, or disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping—Whether Federal Court erring in determining that impugned provisions not infringing Charter, s. 15—Federal Court not erring—However, conflating steps in s. 15 analysis, not squarely grappling with requirements for claim of adverse impact discrimination—Present appeal turning on first step of analysis, i.e. whether impugned law on its face or in its impact creating distinction—RCMPSA, Regulations facially neutral, drawing distinction based on hours regularly worked, whether employee on leave without pay—These distinctions not enumerated or analogous grounds within meaning of s. 15—Case rather involving allegation of adverse impact discrimination—Appellants required to show that impugned RCMPSA, Regulations provisions negatively impacting them in disproportionate way, such impact due to protected or analogous ground—Appellants failing to establish that differential treatment based on enumerated or analogous ground—Nexus between grounds recognized under s. 15, any adverse result not established—Any inequality incurred by appellants not based on or arising by reason of appellants’ sex, family or parental status—Appellants not denied buy-back rights based on their personal characteristics

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

un motif énuméré ou analogue—Les appelantes ne se sont pas vu refuser le droit de racheter leur service en raison de leurs caractéristiques personnelles de membres féminines de la GRC mères de jeunes enfants, mais parce qu’elles ont choisi de conclure une entente de partage de poste plutôt que de prendre un congé pour les soins et l’éducation de leurs enfants—Rien dans la jurisprudence arbitrale n’empêche un employeur de faire passer un employé de temps plein à temps partiel si celui-ci cesse de travailler à temps plein—Appel rejeté.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes visant à faire déclarer invalides certaines dispositions de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (LPRGRC) et du *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (Règlement)—Les appelantes, d’anciennes membres de la GRC, ont profité de la politique de partage de poste de la GRC pour réduire leurs heures de travail en vue d’assurer les soins de leurs enfants—Les prestations de retraite des appelantes pendant les périodes de partage de poste étaient calculées de la même façon que les prestations de retraite des membres de la GRC qui travaillent à temps partiel—Les appelantes ont soutenu que ce calcul pondéré a violé le droit à l’égalité que leur garantit l’art. 15 de la Charte parce que les personnes ayant pris un congé non payé (notamment pour s’occuper de leurs enfants) étaient autorisées à racheter le service ouvrant droit à pension alors qu’elles-mêmes étaient privées de cette option—La Cour fédérale a conclu que les appelantes n’avaient pas démontré que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement créent de la discrimination fondée sur un motif énuméré à l’art. 15 ou un motif analogue, ou qu’elles créent un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application d’un stéréotype—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a fait erreur en décidant que les dispositions en litige ne portaient pas atteinte à l’art. 15 de la Charte—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur—Toutefois, elle a confondu les deux étapes de l’analyse qu’appelle l’art. 15 et elle n’a pas abordé les éléments nécessaires pour démontrer une discrimination par suite d’un effet préjudiciable—Le présent appel a porté sur la première étape de l’analyse, c.-à-d. la question de savoir si la loi en litige crée, a priori ou par ses effets, une distinction—La LPRGRC et le Règlement sont a priori neutres et établissent des distinctions entre les employés selon leur horaire de travail régulier et le fait qu’ils soient ou non en congé non payé—Ces distinctions ne sont pas des motifs énumérés ou analogues pour l’application de l’art. 15—L’affaire mettait plutôt en jeu une prétention de discrimination par suite d’un effet préjudiciable—Les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of being female RCMP members with young children, but rather because electing to job-share as opposed to taking care, nurturing leave—Making distinction based on hours worked not discriminatory.

Schmidt v. Canada (Attorney General) **(F.C.A.)** 376

Constitutional Law—Examination of bills and regulations—Applicable standard—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s action for declaratory relief—Appellant seeking declaration concerning meaning of three legislative provisions (examination provisions): two requiring Minister of Justice (Minister) to “ascertain” or “examine” whether proposed legislation is “inconsistent” with *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or *Canadian Bill of Rights*, as case may be (*Canadian Bill of Rights*, s. 3; *Department of Justice Act*, section 4.1); third applying to proposed regulations and requiring Clerk of Privy Council to examine regulations to ensure, in particular, not inconsistent with purposes, provisions of Charter, *Canadian Bill of Rights (Statutory Instruments Act*, s. 3)—In certain circumstances, following examination, report of inconsistency must be made to House of Commons or to regulation-making authorities, as case may be—Respondent submitting that report need be made only when no credible argument can be made that proposed legislation meeting these standards; Federal Court agreeing with respondent—Whether Minister’s interpretation of examination provisions, in particular, threshold at which report of inconsistency must be made, reasonable—Minister’s interpretation of examination provisions reasonable, in fact, correct—Text of *Canadian Bill of Rights*, s. 3, *Department of Justice Act*, s. 4.1 examined—Though French, English versions thereof slightly different, provisions sharing common meaning in that Minister must examine provisions in question, make determination on existing inconsistencies with guaranteed rights, freedoms—Issue having to be determined herein whether statute considered inconsistent with *Canadian*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

appelantes devaient démontrer que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement avaient eu un effet négatif disproportionné sur elles et que cet effet découlait d’un motif énuméré ou analogue—Les appelantes n’ont pas démontré que le traitement différentiel était fondé sur un motif énuméré ou analogue—Le lien nécessaire entre les motifs reconnus au titre de l’art. 15 et un quelconque effet préjudiciable n’a pas été établi—Quelque inégalité de traitement qu’aient pu subir les appelantes n’était pas fondée sur leur sexe et leur situation familiale ou parentale—Les appelantes ne se sont pas vu refuser le droit de racheter leur service en raison de leurs caractéristiques personnelles de membres féminines de la GRC mères de jeunes enfants, mais parce qu’elles ont choisi de conclure une entente de partage de poste plutôt que de prendre un congé pour les soins et l’éducation de leurs enfants—Une distinction fondée sur les heures de travail n’est pas discriminatoire.

Schmidt c. Canada (Procureur général) **(C.A.F.)** 376

Droit constitutionnel—Examen des projets de loi et des règlements—Norme applicable—Appel formé à l’encontre du jugement par lequel la Cour fédérale a rejeté l’action de l’appellant visant à obtenir un jugement déclaratoire—L’appellant a sollicité un jugement déclaratoire à propos de la signification de trois dispositions législatives (portant sur l’examen) : deux de ces dispositions exigent que le ministre de la Justice (ministre) « examine » le projet de loi en vue de rechercher ou de « vérifier » s’il est « incompatible » avec la *Charte canadienne des droits et libertés* ou avec la *Déclaration canadienne des droits*, selon le cas (art. 3 de la *Déclaration canadienne des droits*, art. 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*); la troisième, qui s’applique aux projets de règlement, exige que le greffier du Conseil privé procède à l’examen [d’un projet de règlement], pour s’assurer, notamment, qu’il n’est pas incompatible avec les fins et les dispositions de la Charte et de la *Déclaration canadienne des droits* (art. 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*)—Dans certaines circonstances, à la suite de l’examen, un rapport faisant état d’une incompatibilité doit être présenté à la Chambre des communes ou aux autorités réglementaires, selon le cas—L’intimé a fait valoir que l’obligation de faire rapport s’impose uniquement lorsqu’aucun argument crédible ne permet d’établir la compatibilité du projet de loi avec les normes en question; la Cour fédérale a donné raison à l’intimé—Il s’agissait de savoir si la façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l’examen, notamment le seuil à partir duquel un rapport faisant état d’une incompatibilité doit être présenté, était raisonnable—La façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l’examen était raisonnable et, en fait, elle était correcte—

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Bill of Rights, Charter when statute “more-likely-than-not inconsistent” or whether statute inconsistent if no “credible argument” can be made that statute is consistent—Appellant’s submission that Minister must satisfy herself that proposed legislation is more-likely-than-not inconsistent contrary to text of provisions—Context, purpose of examination provisions reviewed—No part of formal job of Minister of Justice, respondent to give legal advice to Parliament regarding whether proposed legislation constitutional—In conclusion, examination provisions requiring Minister to report whenever no credible argument supporting constitutionality of proposed legislation—Minister’s view of what examination provisions requiring acceptable, defensible, correct—Therefore, “credible argument” examination standard used by Department of Justice in review of legislation under *Canadian Bill of Rights*, s. 3, *Department of Justice Act*, s. 4.1, *Statutory Instruments Act*, s. 3 reasonable reading of what legislation requiring—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—*Canadian Bill of Rights*, s. 3, *Department of Justice Act*, s. 4.1, *Statutory Instruments Act*, s. 3 (examination provisions) requiring Minister of Justice, Clerk of Privy Council to examine whether proposed legislation, regulations “inconsistent” with *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or *Canadian Bill of Rights*—Whether Minister of Justice’s interpretation of examination provisions, in particular, threshold at which report of inconsistency must be made, reasonable—When reviewing courts review administrative decision-makers’ interpretations of legislative provisions, they must take care not to interpret legislative provisions in definitive way, then use definitive interpretation as yardstick to measure what administrator has done—Minister’s interpretation of examination provisions reasonable, in fact, correct—Text of *Canadian Bill of Rights*, s. 3, *Department of Justice Act*, s. 4.1 examined—Though French, English versions slightly different, sharing common meaning—Taken together, key words asking Minister of Justice to examine provisions in question, make determination on existing inconsistencies with guaranteed

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Le texte de l’art. 3 de la *Déclaration canadienne des droits* et de l’art. 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* a été examiné—Bien que les versions française et anglaise soient légèrement différentes, elles ont un sens commun, car elles exigent que la ministre examine les dispositions en question et prenne une décision sur des incompatibilités avec les droits et les libertés garantis—Il a fallu déterminer dans la présente affaire si une loi est incompatible avec la *Déclaration canadienne des droits* et la Charte lorsqu’elle est « selon toute vraisemblance, incompatible », ou si elle est incompatible lorsqu’aucun « argument crédible » ne permet d’établir la compatibilité—L’argument de l’appelant selon lequel la ministre doit s’assurer que le projet de loi est, selon toute vraisemblance, incompatible, était contraire au texte des dispositions—Le contexte et l’objet des dispositions relatives à l’examen a été examiné—Il n’appartient pas à la ministre de la Justice ni à l’intimé de donner des conseils juridiques au législateur sur la question de savoir si les projets de loi sont constitutionnels ou non—En conclusion, les dispositions relatives à l’examen obligent la ministre à faire rapport lorsqu’aucun argument crédible n’est établi à l’appui de la constitutionnalité d’un projet de loi—Le point de vue de la ministre sur ce que les dispositions relatives à l’examen exigent était acceptable, justifiable et correct—Par conséquent, la norme de l’« argument crédible » appliquée par le ministère de la Justice dans son examen de la loi conformément à l’art. 3 de la *Déclaration canadienne des droits*, à l’art. 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* et à l’art. 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*, était une interprétation raisonnable des exigences de cette législation—Appel rejeté.

Interprétation des lois—L’art. 3 de la *Déclaration canadienne des droits*, l’art. 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* et l’art. 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* (portant sur l’examen) exigent que le ministre de la Justice et le greffier du Conseil privé examinent un projet de loi ou un projet de règlement pour déterminer s’il est « incompatible » avec la *Charte canadienne des droits et libertés* ou la *Déclaration canadienne des droits*—Il s’agissait de savoir si la façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l’examen, notamment le seuil à partir duquel un rapport faisant état d’une incompatibilité doit être présenté, était raisonnable—Lorsqu’une cour de révision examine l’interprétation que donne le décideur administratif à des dispositions législatives, elle doit faire attention de ne pas interpréter les dispositions législatives de façon définitive et d’ensuite se servir de cette interprétation définitive comme critère pour évaluer ce que l’administrateur a fait—La façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l’examen était raisonnable et, en fait, elle était correcte—Le texte de l’art. 3 de la *Déclaration*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

rights, freedoms—Appellant’s submission that Minister must satisfy herself that proposed legislation more-likely-than-not inconsistent contrary to text of provisions—Examination provisions requiring Minister to report whenever finding no credible argument supporting constitutionality of proposed legislation.

Section 18.1 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended (Re) (F.C.A.) 333

Security Intelligence—Appeal from order of Federal Court Judge (designated Judge) requiring that appellant Attorney General file affidavit evidence to justify privilege claims made pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), s. 18.1—Individual denied permanent residence by visa officer on basis of inadmissibility—Certified tribunal record (CTR) redacted pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 87, CSIS Act, s. 18.1—Attorney General seeking motion for non-disclosure of redacted CTR information—Designated Judge finding individual in difficult position to challenge privilege claims pursuant to CSIS Act, s. 18.1(4)—Ordering filing of affidavit from CSIS to justify basis of privilege claims—Whether designated Judge having jurisdiction to issue order under appeal—Order made in excess of jurisdiction—S. 18.1(4) restricting designated judge’s ability to require evidence in support of s. 18.1 privilege claim where no application brought—That said, designated judges not powerless to inquire further if basis for privilege claims not apparent on face of record—Appointment of *amicus curiae* or special advocate appropriate course of action in such a case—*Amicus curiae* may institute s. 18.1(4) challenge if privilege claims appearing ill-founded—Designated judge then having full jurisdiction to inquire further into basis for claims—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

canadienne des droits et de l’art. 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* a été examiné—Bien que les versions française et anglaise soient légèrement différentes, elles ont un sens commun—Pris ensemble, les termes clés exigent que la ministre de la Justice examine les dispositions en question et prenne une décision sur des incompatibilités avec les droits et les libertés garantis—L’argument de l’appelant selon lequel la ministre doit s’assurer que le projet de loi est, selon toute vraisemblance, incompatible, était contraire au texte des dispositions—Les dispositions relatives à l’examen obligent la ministre à faire rapport lorsqu’aucun argument crédible n’est établi à l’appui de la constitutionnalité d’un projet de loi.

Article 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, telle que modifiée (Re) (C.A.F.) 333

Renseignement de sécurité—Appel d’une ordonnance dans laquelle un juge de la Cour fédérale (le juge désigné) a exigé que la procureure générale appelante dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l’art. 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS)—La demande de résidence permanente d’une personne a été rejetée par un agent des visas au motif d’interdiction de territoire—Le dossier certifié du tribunal (DCT) contenait des renseignements caviardés en application de l’art. 87 de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* et de l’art. 18.1 de la Loi sur le SCRS—La procureure générale a déposé une requête en interdiction de communication des renseignements caviardés inclus dans le DCT—Le juge désigné a conclu que l’intéressé pouvait difficilement contester les revendications de privilège au titre de l’art. 18.1(4) de la Loi sur le SCRS—Il a ordonné que soit déposé un affidavit du SCRS pour justifier le fondement des revendications de privilège—Il s’agissait de savoir si le juge désigné avait compétence de rendre l’ordonnance faisant l’objet du présent appel—L’ordonnance a été rendue en l’absence de compétence—L’art. 18.1(4) limite le pouvoir conféré au juge désigné d’exiger des éléments de preuve à l’appui d’une revendication de privilège en vertu de l’art. 18.1 lorsque nulle demande n’a été déposée—Cela étant dit, les juges désignés ne sont pas dans l’incapacité de demander plus de précisions si le fondement des revendications de privilège n’est pas évident au vu du dossier—La meilleure chose à faire dans un tel cas, c’est de nommer un *amicus curiae* ou un avocat spécial—Si l’*amicus* pense que les revendications de privilège sont mal fondées, il peut engager une contestation au titre de l’art. 18.1(4)—Le juge désigné a alors pleinement compétence d’examiner de plus près le fondement des revendications—Appel accueilli.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Sections 12 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23 (Re) (F.C.) 359

Security Intelligence—Application for warrants pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 21 in furtherance of ongoing investigation by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) into Islamist terrorism, named individual—Warrants authorizing CSIS to install collection implant on computer, cellphone devices without user’s knowledge—CSIS performing survey of device prior to intercepting communications—Survey information used to determine whether device owned, leased or used by subject of investigation—Survey information destroyed if device not meeting this condition—Survey information retained if CSIS believing device used by subject—Third party devices also subject to warrants—Whether proposed safeguards during survey stage sufficient to protect *Canadian Charter of Rights and Freedom*, privacy rights or interests of innocent third parties—Remotely installed implant may enable CSIS to intercept information from device used by innocent third party—Destruction of seized data not only way to limit invasiveness of search—Warrant itself may minimize intrusion into Charter rights, privacy interests of third parties—Minimization conditions in warrants required in some cases—Warrants having to fulfil objectives of prior authorization—Authorizing justices having discretion to impose conditions—Minimization conditions required in warrants authorizing remote installation of implants on devices—Warrants granted herein under search protocols sufficiently robust to safeguard Charter, privacy rights or interests of innocent parties—Application allowed.

Constitutional Law—Charter of Rights—Unreasonable Search or Seizure—Warrants sought pursuant to *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 21 in furtherance of ongoing investigation by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) into Islamist terrorism, named individual—Warrants authorizing CSIS to install collection implant on computer, cellphone devices without user’s knowledge—Raising questions regarding

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Articles 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re) (C.F.) 359

Renseignement de sécurité—Demande de mandats présentée en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, dans le cadre d’une enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) sur le terrorisme islamiste et une personne connue—Les mandats autorisaient le SCRS à installer un implant destiné à la collecte dans un ordinateur ou un appareil de communication portable à l’insu de l’utilisateur—Avant que commence l’interception des communications, le SCRS effectue une analyse (*survey*) de l’appareil—Il détermine, au moyen des informations issues de l’analyse, si l’appareil est un appareil dont la cible est propriétaire ou qu’elle loue ou utilise—Si l’appareil ne satisfait pas à cette condition, les informations issues de l’analyse doivent être détruites—Le SCRS conserve les informations obtenues lors de l’analyse s’il croit que la cible utilise l’appareil—L’appareil appartenant à un tiers a aussi été visé par les mandats—Il s’agissait de savoir si les mesures proposées à l’étape de l’analyse suffisaient à protéger les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents—Grâce à un implant installé à distance, le Service peut intercepter des informations sur un appareil qu’un tiers innocent utilise—La destruction des données obtenues n’est qu’une des manières de limiter le caractère intrusif de la fouille—Le mandat lui-même peut minimiser l’empiètement sur les droits garantis par la Charte et sur le droit des tiers au respect de leur vie privée—Des conditions prévoyant la réduction au minimum des répercussions peuvent être nécessaires dans un mandat dans certains cas—Les mandats doivent répondre aux objectifs de la procédure d’autorisation préalable—Le juge saisi de la demande d’autorisation possède le pouvoir discrétionnaire d’imposer des conditions—Les mandats qui autorisent l’installation à distance d’implants dans des appareils doivent comporter des mesures de réduction au minimum des répercussions—Les mandats ont été décernés dans la présente affaire sur le fondement de protocoles de fouille suffisamment rigoureux pour protéger les droits garantis par la Charte et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents—Demande accueillie.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Fouilles, perquisitions ou saisies abusives—Demande de mandats présentée en vertu des art. 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, dans le cadre d’une enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) sur le terrorisme islamiste et une personne connue—Les mandats autorisaient le SCRS à installer un implant destiné à la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

compliance with Charter, privacy rights or interests of affected persons—CSIS performing survey of device prior to intercepting communications—Survey information used to determine whether device owned, leased or used by subject of investigation—Survey information destroyed if device not meeting this condition—Survey information retained if CSIS believing device used by subject—Third party devices subject to warrants—Whether proposed safeguards during survey stage sufficient to protect *Canadian Charter of Rights and Freedom*, privacy rights or interests of innocent third parties—Destruction of seized data not only way to limit invasiveness of search—Warrant itself may minimize intrusion into Charter rights, privacy interests of third parties—Minimization conditions required in warrants authorizing remote installation of implants on devices—Warrants granted herein under search protocols sufficiently robust to safeguard Charter, privacy rights or interests of innocent parties.

SOMMAIRE (Fin)

collecte dans un ordinateur ou un appareil de communication portable à l'insu de l'utilisateur—Ils ont soulevé des questions relatives aux droits garantis par la Charte et au droit au respect de la vie privée des personnes qui pourraient être touchées—Le SCRS effectue une analyse (*survey*) de l'appareil avant que commence l'interception des communications—Il détermine, au moyen des informations issues de l'analyse, si l'appareil est un appareil dont la cible est propriétaire ou qu'elle loue ou utilise—Si l'appareil ne satisfait pas à cette condition, les informations issues de l'analyse doivent être détruites—Le SCRS conserve les informations obtenues lors de l'analyse s'il croit que la cible utilise l'appareil—L'appareil appartenant à un tiers était aussi visé par les mandats—Il s'agissait de savoir si les mesures proposées à l'étape de l'analyse suffisaient à protéger les droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents—La destruction des données obtenues n'est qu'une des manières de limiter le caractère intrusif de la fouille—Le mandat lui-même peut minimiser l'empiètement sur les droits garantis par la Charte et sur le droit des tiers au respect de leur vie privée—Des conditions prévoyant la réduction au minimum des répercussions peuvent être nécessaires dans un mandat dans certains cas—Les mandats ont été décernés dans la présente affaire sur le fondement de protocoles de fouille suffisamment rigoureux pour protéger les droits garantis par la Charte et le droit des tiers innocents.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Revell v. Canada (Citizenship and Immigration), 2017 FC 905, [2018] 3 F.C.R. 255, has been affirmed on appeal (A-316-17, 2019 FCA 262). The reasons for judgment, handed down October 18, 2019, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for leave to appeal

Abi-Mansour v. Canada (Attorney General), 18-A-32, Stratas J.A., order dated December 20, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 31, 2019.

Ark Angel Foundation v. Canada (National Revenue), A-147-17, 2019 FCA 21, Woods J.A., judgment dated January 30, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused November 14, 2019.

Birchcliff Energy Ltd. v. Canada, A-396-17, 2019 FCA 151, Webb J.A., judgment dated May 16, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused November 14, 2019.

Cosmetic Warriors Limited v. Riches, McKenzie & Herbert LLP, A-70-18, 2019 FCA 48, Laskin J.A., judgment dated March 11, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused August 22, 2019.

Fawcett v. Canada (Attorney General), A-422-17, 2019 FCA 87, Laskin J.A., judgment dated April 23, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused October 31, 2019.

Gratl v. Canada, A-185-17, 2019 FCA 3, Laskin J.A., judgment dated January 4, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused November 14, 2019.

Mary David et al. v. Canada (Attorney General), 18-A-27, de Montigny J.A., order dated July 27, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused September 26, 2019.

Miller v. Canada, A-217-18, 2019 FCA 61, Laskin J.A., judgment dated April 1, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused October 31, 2019.

Milova v. Canada (National Revenue), A-402-17, Nadon, Rennie and de Montigny J.A., order dated October 31, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 31, 2019.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CF 905, [2018] 3 R.C.F. 255 a été confirmée en appel (A-316-17, 2019 CAF 262). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 18 octobre 2019, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Abi-Mansour c. Canada (Procureur général), 18-A-32, le juge Stratas, J.C.A., ordonnance en date du 20 décembre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 octobre 2019.

Ark Angel Foundation c. Canada (Revenu national), A-147-17, 2019 CAF 21, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 30 janvier 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 novembre 2019.

Birchcliff Energy Ltd. c. Canada, A-396-17, 2019 CAF 151, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 16 mai 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 novembre 2019.

Cosmetic Warriors Limited c. Riches, McKenzie & Herbert LLP, A-70-18, 2019 CAF 48, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 11 mars 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 août 2019.

Fawcett c. Canada (Procureur général), A-422-17, 2019 CAF 87, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 23 avril 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 octobre 2019.

Gratl c. Canada, A-185-17, 2019 CAF 3, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 4 janvier 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 novembre 2019.

Mary David et al. c. Canada (Procureur général), 18-A-27, le juge de Montigny, J.C.A., ordonnance en date du 27 juillet 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 septembre 2019.

Miller c. Canada, A-217-18, 2019 CAF 61, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 1^{er} avril 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 octobre 2019.

Milova c. Canada (Revenu national), A-402-17, les juges Nadon, Rennie et de Montigny, J.C.A., ordonnance en date du 31 octobre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 octobre 2019.

Morrissey v. Canada, A-356-16, 2019 FCA 56, Nadon J.A., judgment dated March 27, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused September 26, 2019.

O'Rourke v. Canada (Attorney General), A-167-18, 2019 FCA 60, Dawson J.A., judgment dated March 29, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused October 31, 2019.

Osman v. Canada (Attorney General), A-93-18, Woods J.A., order dated November 21, 2018, leave to appeal to S.C.C. refused October 17, 2019.

Osman v. Canada (Attorney General), A-93-18, 2019 FCA 72, Boivin J.A., judgment dated April 9, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused October 17, 2019.

Sir v. Canada, A-23-17, 2019 FCA 101, Stratas J.A., judgment dated April 29, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused October 17, 2019.

Stukanov v. Canada (Attorney General), A-262-18, 2019 FCA 38, Stratas J.A., judgment dated February 25, 2019, leave to appeal to S.C.C. refused September 26, 2019.

Morrissey c. Canada, A-356-16, 2019 CAF 56, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 27 mars 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 septembre 2019.

O'Rourke c. Canada (Procureur général), A-167-18, 2019 CAF 60, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 29 mars 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 octobre 2019.

Osman c. Canada (Procureur général), A-93-18, la juge Woods, J.C.A., ordonnance en date du 21 novembre 2018, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 octobre 2019.

Osman c. Canada (Procureur général), A-93-18, 2019 CAF 72, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 9 avril 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 octobre 2019.

Sir c. Canada, A-23-17, 2019 FCA 101, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 29 avril 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 octobre 2019.

Stukanov c. Canada (Procureur général), A-262-18, 2019 CAF 38, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 25 février 2019, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 septembre 2019.

**Federal Courts
Reports**

2019, Vol. 2, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2019, Vol. 2, 2^e fascicule

CONF-3-18
2018 FCA 161

CONF-3-18
2018 CAF 161

IN THE MATTER OF an order made with respect to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended

AFFAIRE INTÉRESSANT une ordonnance rendue relativement à l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, telle que modifiée

INDEXED AS: SECTION 18.1 OF THE CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT, R.S.C., 1985, C. C-23, AS AMENDED (RE)

RÉPERTORIÉ : ARTICLE 18.1 DE LA LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ, L.R.C. (1985), CH. C-23, TELLE QUE MODIFIÉE (RE)

Federal Court of Appeal, Boivin, de Montigny and Laskin JJ.A.—Ottawa, June 4 and August 30, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, de Montigny et Laskin, J.C.A.—Ottawa, 4 juin et 30 août 2018.

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

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

Security Intelligence — Appeal from order of Federal Court Judge (designated Judge) requiring that appellant Attorney General file affidavit evidence to justify privilege claims made pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act (CSIS Act), s. 18.1 — Individual denied permanent residence by visa officer on basis of inadmissibility — Certified tribunal record (CTR) redacted pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 87, CSIS Act, s. 18.1 — Attorney General seeking motion for non-disclosure of redacted CTR information — Designated Judge finding individual in difficult position to challenge privilege claims pursuant to CSIS Act, s. 18.1(4) — Ordering filing of affidavit from CSIS to justify basis of privilege claims — Whether designated Judge having jurisdiction to issue order under appeal — Order made in excess of jurisdiction — S. 18.1(4) restricting designated judge's ability to require evidence in support of s. 18.1 privilege claim where no application brought — That said, designated judges not powerless to inquire further if basis for privilege claims not apparent on face of record — Appointment of amicus curiae or special advocate appropriate course of action in such a case — Amicus curiae may institute s. 18.1(4) challenge if privilege claims appearing ill-founded — Designated judge then having full jurisdiction to inquire further into basis for claims — Appeal allowed.

Renseignement de sécurité — Appel d'une ordonnance dans laquelle un juge de la Cour fédérale (le juge désigné) a exigé que la procureure générale appelante dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'art. 18.1 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Loi sur le SCRS) — La demande de résidence permanente d'une personne a été rejetée par un agent des visas au motif d'interdiction de territoire — Le dossier certifié du tribunal (DCT) contenait des renseignements caviardés en application de l'art. 87 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés et de l'art. 18.1 de la Loi sur le SCRS — La procureure générale a déposé une requête en interdiction de communication des renseignements caviardés inclus dans le DCT — Le juge désigné a conclu que l'intéressé pouvait difficilement contester les revendications de privilège au titre de l'art. 18.1(4) de la Loi sur le SCRS — Il a ordonné que soit déposé un affidavit du SCRS pour justifier le fondement des revendications de privilège — Il s'agissait de savoir si le juge désigné avait compétence de rendre l'ordonnance faisant l'objet du présent appel — L'ordonnance a été rendue en l'absence de compétence — L'art. 18.1(4) limite le pouvoir conféré au juge désigné d'exiger des éléments de preuve à l'appui d'une revendication de privilège en vertu de l'art. 18.1 lorsque nulle demande n'a été déposée — Cela étant dit, les juges désignés ne sont pas dans l'incapacité de demander plus de précisions si le fondement des revendications de privilège n'est pas évident au vu du dossier — La meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un amicus curiae ou un avocat spécial — Si l'amicus pense que les revendications de privilège sont mal fondées, il peut engager une contestation au titre de l'art. 18.1(4) — Le juge désigné a alors pleinement compétence d'examiner de plus près le fondement des revendications — Appel accueilli.

This was an appeal from an order of a Federal Court Judge (designated Judge) requiring the appellant Attorney General to file affidavit evidence to justify privilege claims made pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act).

The proceeding underlying this matter was a judicial review application filed by an individual whose application for permanent residence was denied by a visa officer who assessed that he was inadmissible pursuant to paragraphs 41(a) and 34(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The visa officer sent the certified tribunal record (CTR) related to the individual's application to the Court after leave to institute a judicial review application was obtained. The CTR contained redactions made pursuant to section 87 of IRPA and section 18.1 of the CSIS Act. The Attorney General sought a motion pursuant to section 87 of IRPA for the non-disclosure of redacted information contained in the CTR. During the section 87 hearing, the Attorney General expressed the view that the designated Judge could only test the appropriateness of the privilege claims made under section 18.1 of the CSIS Act if seized of an application brought under subsection 18.1(4) thereof. The designated Judge emphasized during the hearing that the individual did not know which redactions were subject to section 87 of the IRPA and which ones were subject to section 18.1 of the CSIS Act. The individual was therefore in a difficult position to bring a challenge to those privilege claims pursuant to subsection 18.1(4) of the CSIS Act. As a result, the designated Judge ordered that an affidavit be filed from a CSIS official with sufficient knowledge of the relevant facts to justify the basis of the section 18.1 CSIS Act privilege claims in the CTR. After reviewing the affidavit, the designated Judge was satisfied of the basis for the privilege claims.

At issue was whether the designated Judge had jurisdiction to issue the order under appeal.

Held, the appeal should be allowed.

The order was made in excess of jurisdiction. The Attorney General put considerable emphasis on her submission that section 18.1 of the CSIS Act is a complete statutory code which is intended to provide a comprehensive regulation of the CSIS human source privilege to the exclusion of any other law. This argument did not dispose of the matter. There is nothing in the wording of section 18.1 that explicitly confers jurisdiction on a designated judge to inquire further into the basis of

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance dans laquelle le juge de la Cour fédérale (le juge désigné) a exigé que la procureure générale appelante dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (Loi sur le SCRS).

L'instance sur laquelle était fondée la présente espèce était une demande de contrôle judiciaire déposée par une personne dont la demande de résidence permanente a été rejetée par un agent des visas, qui a jugé que l'intéressé était interdit de territoire aux termes de l'article 41 et l'alinéa 34(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR). L'agent des visas a envoyé le dossier certifié du tribunal (DCT) concernant la demande présentée par la personne à la Cour après qu'elle eut obtenu l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire. Le DCT contenait des renseignements caviardés en application de l'article 87 de la LIPR, de même que de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. La procureure générale a déposé une requête, conformément à l'article 87 de la LIPR, en interdiction de communication des renseignements caviardés inclus dans le DCT. Durant l'audition de la requête fondée sur l'article 87, la procureure générale a exprimé l'avis que le juge désigné ne pouvait remettre en question le bien-fondé des revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS que s'il était saisi d'une demande déposée au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS. Le juge désigné a souligné durant cette audience que l'intéressé ne savait pas quels renseignements caviardés étaient assujettis à l'article 87 de la LIPR et lesquels étaient assujettis à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Par conséquent, l'intéressé pouvait difficilement contester ces revendications de privilège au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS. Le juge désigné a donc ordonné que soit déposé un affidavit d'un autre agent du SCRS possédant une connaissance suffisante des faits pertinents dans le DCT pour justifier le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Le juge désigné a examiné l'affidavit, après quoi il a indiqué qu'il était satisfait du fondement invoqué pour justifier les revendications de privilège.

Il s'agissait de savoir si le juge désigné avait compétence de rendre l'ordonnance faisant l'objet du présent appel.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'ordonnance a été rendue en l'absence de compétence. La procureure générale a beaucoup insisté sur son argument selon lequel l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS constitue un code législatif complet, qui a pour but de réglementer de manière exhaustive le privilège relatif aux sources humaines du SCRS à l'exclusion de toute autre loi. Cet argument ne permettait pas de trancher la question. Rien dans le texte de l'article 18.1 ne confère explicitement au juge désigné le pouvoir de demander

privilege claims made thereunder. While the absence of prohibitive language such as is found in sections 38.13 and 39 of the *Canada Evidence Act* (CEA) weighed in favour of a finding that a designated judge has jurisdiction to inquire into a section 18.1 CSIS Act privilege claim, notwithstanding the CSIS Act's silence on the matter, further considerations prevented the Court from reaching that conclusion. It was necessary to consider the circumstances in which section 18.1 was enacted to better ascertain Parliament's intention. Section 18.1 was enacted in response to the Supreme Court's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, in which the majority held that common law police informer privilege did not extend to CSIS human sources. It was intended to be more restrictive than section 38 of the CEA. The enactment of section 18.1 had the effect of precluding the Court from assessing CSIS human source information within the framework of section 38 of the CEA. Section 18.1 similarly precludes the Court from dealing with CSIS human source information in a proceeding under section 87 of IRPA. Subsection 18.1(4) restricts a designated judge's ability to require evidence in support of a section 18.1 privilege claim where no application has been brought. This conclusion is consistent with Parliament's intention to impose stricter safeguards on human source information than is provided by either the CEA or IRPA and was sufficient to dispose of the appeal. However, further commentary was warranted in the circumstances of this case.

Parliament cannot have intended to provide designated judges with information over which section 18.1 CSIS Act privilege is claimed, only to leave them powerless to inquire further if the basis for those privilege claims is not apparent on the face of the record. The appropriate course of action in such a case is to appoint an *amicus curiae* or a special advocate for the purpose of providing a different perspective than that of the Attorney General on the issue of section 18.1 privilege claims. Two competing considerations led to this conclusion. On the one hand, the party to the underlying proceeding had access to a statutory remedy which he or she refused to use, and some weight should be given to that choice. On the other hand, designated judges must retain some supervisory power over the government's claims of privilege and cannot be bound by a party's choice. With respect to the first consideration, empowering designated judges to test the foundation of section 18.1 privilege claims of their own motion in all cases would entice the underlying parties to abdicate their responsibility to take control of their own proceeding. Subsection 18.1(4) was not drafted with such an intention. As to the second consideration,

des précisions additionnelles sur le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de cet article. L'absence d'un texte prohibitif que l'on trouve dans les articles 38.13 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) militait en faveur de la conclusion selon laquelle le juge désigné a compétence de demander des précisions additionnelles concernant une revendication de privilège présentée en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, nonobstant le mutisme de la Loi sur le SCRS sur ce point, mais d'autres éléments ont écarté cette conclusion. Il convenait de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'article 18.1 a été adopté pour mieux comprendre l'intention du législateur. L'article 18.1 a été adopté à la suite d'une jurisprudence de la Cour suprême, *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, dans laquelle la majorité a conclu que le privilège reconnu par la common law relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas aux sources humaines du SCRS. Il était conçu pour être plus restrictif que l'article 38 de la LPC. L'adoption de l'article 18.1 a eu pour effet d'interdire à la Cour d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre de l'article 38 de la LPC. L'article 18.1 retire de la même manière à la Cour le pouvoir d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre d'une instance relative à l'article 87 de la LIPR. Le paragraphe 18.1(4) limite le pouvoir conféré au juge désigné d'exiger des éléments de preuve à l'appui d'une revendication de privilège en vertu de l'article 18.1 lorsque nulle demande n'a été déposée. Cette conclusion est conforme à l'intention du législateur d'imposer des mesures de protection plus strictes concernant les informations sur les sources humaines que ce que prévoit la LPC ou la LIPR et était suffisante pour trancher l'appel. Toutefois, des observations plus circonstanciées étaient justifiées dans les circonstances de l'espece.

Le législateur ne peut avoir eu l'intention de permettre aux juges désignés d'avoir accès à des renseignements pour lesquels un privilège est revendiqué en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS uniquement pour les laisser dans l'incapacité de demander plus de précisions si le fondement de ces revendications de privilège n'est pas évident au vu du dossier. La meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un *amicus curiae* ou un avocat spécial afin qu'il puisse offrir une perspective différente de celle de la procureure générale sur la question des revendications de privilège en vertu de l'article 18.1. Deux considérations concurrentes ont amené la Cour à tirer cette conclusion. D'une part, un autre recours était ouvert à la partie à la procédure principale, que celle-ci a refusé d'exercer, et un certain poids doit être accordé à ce choix. D'autre part, les juges désignés doivent conserver un certain pouvoir de supervision relativement aux revendications de privilège du gouvernement, et ils ne peuvent être liés par le choix d'une partie. En ce qui concerne la première considération, autoriser dans tous les cas les juges désignés à vérifier de leur propre chef le fondement des revendications

a designated judge should not be strictly bound in all cases by a party's choice not to institute a subsection 18.1(4) challenge. A party will often be in a difficult position to determine whether to bring a subsection 18.1(4) challenge, not knowing what the basis for such a challenge might be or even how much material is subject to section 18.1 privilege as opposed to another privilege. It was not Parliament's intent to require designated judges to allow overreaching privilege claims to pass them by simply because the underlying party did not challenge them. Section 18.1 is more restrictive than section 38 of the CEA or section 87 of IRPA, precisely because section 18.1 does not place the burden on the state to justify the privilege. That is one of the most salient differences between section 18.1 of the CSIS Act and the other provisions. This removal of the onus does not mean that the hands of a designated judge are completely tied when a party neglects to put the Attorney General to the strict proof of the foundation for the privilege by invoking subsection 18.1(4). Likewise, it is not only the designated judge that can have access to the unredacted section 18.1 information. If the *amicus* views the section 18.1 material and concludes that it is properly subject to the section 18.1 CSIS Act privilege, then the *amicus* will decline to bring an application pursuant to subsection 18.1(4). The designated judge will not have jurisdiction to require further evidence of the basis for the privilege. If, on the other hand, the *amicus* believes the privilege claims to be ill-founded, then he or she can institute a subsection 18.1(4) challenge. The designated judge will have full jurisdiction to inquire further into the basis for the claims. While this mechanism was argued to be unduly cumbersome, it remains that whatever framework is chosen must be authorized by the statute; the appointment of an *amicus* in cases such as the one at bar gives meaning to the fact that no subsection 18.1(4) application was brought by a party or a listed person in respect of the underlying proceeding; and it ensures that the designated judge benefits from a perspective opposite that of the government, thus keeping the designated judge in a more adjudicative, rather than inquisitorial role.

de privilège présentées en application de l'article 18.1 pourrait amener les parties aux procédures principales à renoncer à leur obligation de prendre le contrôle de leur déroulement. Le paragraphe 18.1(4) n'a pas été rédigé avec une telle intention. En ce qui concerne la seconde considération, le juge désigné ne doit pas, dans tous les cas, être strictement lié par le choix d'une partie de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). La partie est souvent mal placée pour décider s'il faut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ne sachant pas quel pourrait être le motif d'une telle contestation ou même quels renseignements sont visés par le privilège invoqué en application de l'article 18.1, comparativement à tout autre privilège. Le législateur n'avait pas l'intention de demander aux juges désignés de regarder passer des revendications de privilège démesurées sans intervenir, simplement parce que la partie à la procédure principale ne les a pas contestées. L'article 18.1 est plus restrictif que l'article 38 de la LPC ou l'article 87 de la LIPR, précisément parce que l'article 18.1 n'impose pas à l'État le fardeau de justifier le privilège. C'est là une des différences les plus importantes entre l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS et les autres dispositions. Cela ne signifie pas que le juge désigné a les mains complètement liées quand la partie néglige de demander à la procureure générale d'établir le fondement du privilège revendiqué en invoquant le paragraphe 18.1(4). De la même manière, le juge désigné n'est pas le seul à avoir accès aux renseignements non caviardés en application de l'article 18.1. Si l'*amicus* prend connaissance des renseignements protégés aux termes de l'article 18.1 et conclut qu'ils sont bien visés par le privilège consacré par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il pourra ensuite décider de ne pas déposer de demande au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné n'aura pas la compétence d'exiger d'autres éléments de preuve du fondement de la revendication de privilège, même s'il pense toujours qu'elle est mal fondée. Si, par contre, l'*amicus* pense que les revendications de privilège sont mal fondées, il peut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné a pleinement compétence d'examiner de plus près le fondement des revendications. Bien que l'on ait fait valoir que ce mécanisme était indûment fastidieux, il n'en reste pas moins que, peu importe le cadre retenu, il doit être autorisé par la loi; la nomination d'un *amicus* dans des cas comme celui qui nous occupe donne un certain sens au fait que nulle demande au titre du paragraphe 18.1(4) n'a été présentée par une partie ou une des personnes énumérées relativement à la procédure principale; et elle permet de s'assurer que le juge désigné bénéficie d'un point de vue opposé à celui du gouvernement, lui permettant ainsi d'être davantage investi d'une fonction juridictionnelle plutôt que d'une fonction inquisitoire.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38, 38.06, 38.13, 38.131, 39.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 18.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(d), 41(a), 83, 87, 87.1.
Protection of Canada from Terrorists Act, S.C. 2015, c. 9.

CASES CITED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231.

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Tran v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289; *Bayer Cropscience LP v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 77, 155 C.P.R. (4th) 99; *X (Re)*, 2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Canada Transit Company v. Windsor (City)*, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, revd on other grounds 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a Federal Court order requiring the appellant Attorney General to file affidavit evidence to justify privilege claims made pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*. Appeal allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38, 38.06, 38.13, 38.131, 39.
Loi sur la protection du Canada contre les terroristes, L.C. 2015, ch. 9.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)d, 41, 83, 87, 87.1.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289; *Bayer Cropscience LP c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 77; *X (Re)*, 2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Canada Transit Company c. Windsor (Ville)*, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, inf. pour d'autres motifs par 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.

APPEL d'une ordonnance dans laquelle la Cour fédérale a exigé que la procureure générale appelante dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*. Appel accueilli.

APPEARANCES

Derek Rasmussen and Lorne Ptack for appellant.
Owen M. Rees as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l., Ottawa, as *amicus curiae*.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] BOIVIN J.A.: The Attorney General of Canada (the Attorney General) appeals from an order of Mosley J. of the Federal Court (the designated Judge). In that order, the designated Judge required the Attorney General to file affidavit evidence to justify privilege claims she had made pursuant to section 18.1 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, as amended (the CSIS Act) which addresses the protection of human sources. These privilege claims were made over information contained in a visa officer's certified tribunal record (CTR) related to an individual's application for permanent residence in Canada. The individual was aware that information in the CTR was redacted under section 18.1 of the CSIS Act, but did not bring an application under subsection 18.1(4) of that Act to challenge the claim of privilege. Therefore, the Attorney General appeals the designated Judge's order on the basis that it was issued without jurisdiction.

[2] For the reasons set out below, I would allow the appeal.

I. Background

[3] The proceeding underlying this matter is a judicial review application filed by an individual whose application for permanent residence in Canada was denied. This denial was the result of a visa officer's assessment that he

ONT COMPARU :

Derek Rasmussen et Lorne Ptack pour l'appellant.
Owen M. Rees à titre d'*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada, pour l'appellant.
Conway Baxter Wilson LLP/s.r.l., Ottawa, à titre d'*amicus curiae*.

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

[1] LE JUGE BOIVIN, J.C.A. : La procureure générale du Canada (la procureure générale) interjette appel d'une ordonnance du juge Mosley de la Cour fédérale (le juge désigné). Dans cette ordonnance, le juge désigné a exigé que la procureure générale dépose en preuve un affidavit afin de justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, telle que modifiée (la Loi sur le SCRS), qui porte sur la protection de l'anonymat des sources humaines. Ces revendications de privilège ont été présentées relativement à des renseignements inclus dans le dossier certifié du tribunal (DCT) d'un agent des visas et qui concernent la demande de résidence permanente au Canada présentée par une personne. Cette personne, l'intéressé, savait que des renseignements dans le DCT étaient caviardés en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, mais n'a pas déposé une demande au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi pour contester la revendication de privilège. Par conséquent, la procureure générale interjette appel de l'ordonnance du juge désigné, au motif qu'elle a été rendue en l'absence de compétence.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, j'accueillerais l'appel.

I. Faits et procédures

[3] L'instance sur laquelle est fondée la présente espèce est une demande de contrôle judiciaire déposée par une personne dont la demande de résidence permanente au Canada a été rejetée. Ce rejet découlait de l'appréciation

was inadmissible to Canada pursuant to paragraphs 41(a) and 34(1)(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA).

[4] The individual obtained leave to institute a judicial review application against the visa officer's decision. Accordingly, the visa officer sent the CTR to the Federal Court, to the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister), and to the individual.

[5] The CTR contained redactions. The accompanying covering letter indicated that the redactions were made pursuant to section 87 of the IRPA, as well as pursuant to section 18.1 of the CSIS Act. The letter did not specify which redactions were subject to which privilege.

[6] In anticipation of the judicial review hearing, the Attorney General brought a motion on behalf of the Minister, pursuant to section 87 of the IRPA, for the non-disclosure of redacted information contained in the CTR. Among the material filed in support of this motion was an affidavit sworn by a CSIS officer (the first CSIS affiant).

[7] The designated Judge scheduled an *ex parte* and *in camera* hearing for the section 87 proceedings. Ahead of that hearing, the designated Judge required to see the redacted section 18.1 information. The Attorney General provided the designated Judge with the unredacted information over which she was claiming privilege pursuant to section 18.1 of the CSIS Act.

[8] During the section 87 hearing, the designated Judge heard from the first CSIS affiant. The designated Judge expressed his reservations as to the appropriateness of the section 18.1 CSIS Act privilege claims, and asked the first CSIS affiant for justification. The first CSIS affiant was not, however, in a position to speak to the section 18.1 redactions.

faite par l'agent des visas, selon laquelle l'intéressé était interdit de territoire au Canada aux termes de l'article 41 et de l'alinéa 34(1)d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[4] L'intéressé a obtenu l'autorisation de déposer une demande de contrôle judiciaire visant la décision de l'agent des visas. Par conséquent, l'agent des visas a envoyé le DCT à la Cour fédérale, au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) et à la personne.

[5] Le DCT contenait des renseignements caviardés. La lettre de présentation qui l'accompagnait indiquait que les renseignements avaient été caviardés en application de l'article 87 de la LIPR, de même que de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Cette lettre ne précisait pas quels renseignements caviardés faisaient l'objet de quel privilège.

[6] En prévision de l'audition du contrôle judiciaire, la procureure générale a déposé une requête au nom du ministre, conformément à l'article 87 de la LIPR, en interdiction de communication des renseignements caviardés inclus dans le DCT. Parmi les documents déposés à l'appui de cette requête, il y avait une déclaration sous serment d'un agent du SCRS (le premier déposant du SCRS).

[7] Le juge désigné a fixé une date d'audience *ex parte* et à huis clos de l'instance engagée en application de l'article 87. Avant cette audience, le juge désigné a demandé à voir les renseignements caviardés en application de l'article 18.1. La procureure générale a remis au juge désigné les renseignements non caviardés pour lesquels elle revendiquait un privilège en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS.

[8] Durant l'audition de la requête fondée sur l'article 87, le juge désigné a entendu le premier déposant du SCRS. Le juge désigné a exprimé des réserves quant au bien-fondé des revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, et a demandé au premier déposant du SCRS de fournir une justification. Toutefois, le premier déposant du SCRS

[9] During the section 87 hearing, the Attorney General expressed the view that the designated Judge should not be testing the appropriateness of the privilege claims made under section 18.1 of the CSIS Act. In her view, the designated Judge could only do so if seized of an application brought under subsection 18.1(4) of the CSIS Act and no such application was filed.

[10] The designated Judge emphasized during the section 87 hearing, however, that the individual did not know which redactions were subject to section 87 of the IRPA and which ones were subject to section 18.1 of the CSIS Act. Therefore, the individual was in a difficult position to bring a challenge to those privilege claims pursuant to subsection 18.1(4).

[11] As a result, the designated Judge issued the order. He adjourned the section 87 hearing; he ordered the Minister to file an affidavit from another CSIS official with sufficient knowledge of the relevant facts to justify the basis of the section 18.1 CSIS Act privilege claims in the CTR; and he further ordered the Minister to make that affiant available to the Court to provide *viva voce* evidence, if necessary.

[12] The Attorney General appealed the order. Notwithstanding her appeal, the Attorney General complied with the order by filing an affidavit by a CSIS officer with knowledge of the relevant facts (the second CSIS affiant). The designated Judge reviewed the second CSIS affiant's affidavit, after which he issued a direction indicating that he was satisfied of the basis for the section 18.1 CSIS Act privilege claims and would not require oral testimony from the second CSIS affiant.

[13] The designated Judge's direction gave the Attorney General the opportunity to seek an adjournment of the

n'était pas en position de s'exprimer au sujet des renseignements caviardés en application de l'article 18.1.

[9] Durant cette audience, la procureure générale a exprimé l'avis que le juge désigné ne devait pas remettre en question le bien-fondé des revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. À son avis, le juge désigné ne pouvait le faire que s'il était saisi d'une demande déposée au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS et aucune demande de ce type n'avait été déposée.

[10] Toutefois, le juge désigné a souligné durant cette audience, que l'intéressé ne savait pas quels renseignements caviardés étaient assujettis à l'article 87 de la LIPR et lesquels étaient assujettis à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Par conséquent, l'intéressé pouvait difficilement contester ces revendications de privilège au titre du paragraphe 18.1(4).

[11] Le juge désigné a donc rendu son ordonnance. Il a ajourné l'audience tenue en application de l'article 87; il a ordonné au ministre de déposer un affidavit d'un autre agent du SCRS possédant une connaissance suffisante des faits pertinents dans le DCT pour justifier le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS; il a en outre ordonné au ministre de s'assurer que le déposant puisse se présenter à la Cour pour rendre un témoignage de vive voix, si nécessaire.

[12] La procureure générale a interjeté appel de cette ordonnance. Nonobstant l'appel déposé, la procureure générale s'est conformée à l'ordonnance en produisant l'affidavit de l'agent du SCRS ayant une connaissance des faits pertinents (le deuxième déposant du SCRS). Le juge désigné a examiné l'affidavit du deuxième déposant du SCRS, après quoi il émit une directive indiquant qu'il était satisfait du fondement invoqué pour justifier les revendications de privilège présentées en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS et qu'il n'exigerait pas que le deuxième déposant du SCRS témoigne de vive voix.

[13] La directive du juge désigné donnait à la procureure générale la possibilité de demander l'ajournement

judicial review hearing pending the outcome of the present appeal. She did not seek such an adjournment, and the judicial review hearing went ahead as planned. The matter has now been disposed of by the Federal Court [***].

[14] No special advocate or *amicus curiae* appeared before the designated Judge during the section 87 hearing (transcript of the section 87 hearing, Appeal Book, Tab 18). On appeal, an *amicus curiae* was appointed by this Court to assist it in determining the appeal. The *amicus* later withdrew and was replaced by a second *amicus curiae* who made written representations and appeared before the Court at the hearing. The *amicus*'s submissions were limited to the issue on appeal, namely whether the impugned order was made within jurisdiction.

II. Issue

[15] The sole issue before our Court is whether the designated Judge had jurisdiction to issue the order under appeal.

III. Analysis

A. *Preliminary Matter — Mootness*

[16] At the hearing of this appeal, our Court raised the question of whether the appeal had become moot. The Attorney General's notice of appeal asks this Court to set aside the order, since she has complied with it in full. In oral submissions, both the Attorney General and the *amicus* argued that this appeal raises an important jurisdictional question and that this Court should exercise its residual discretion to decide the matter.

[17] I agree. While the general rule is that a court should not decide a matter once it has become moot, a court retains residual discretion to decide the matter if it is warranted in the circumstances: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*). Having reviewed the factors enumerated in *Borowski*, and bearing in mind the agreed position of the Attorney General and the *amicus*, I am of the view that the issue

de l'audience de contrôle judiciaire en attendant l'issue du présent appel. Elle n'a pas demandé cet ajournement, et l'audience de contrôle judiciaire a eu lieu comme prévu. La Cour fédérale [***] a maintenant tranché l'affaire.

[14] Aucun avocat spécial ou *amicus curiae* n'a comparu devant le juge désigné durant l'audition de la requête fondée sur l'article 87 (transcription de l'audience tenue en application de l'article 87, dossier d'appel, onglet 18). En appel, un *amicus curiae* a été nommé par notre Cour pour l'aider à juger l'appel. L'*amicus* s'est par la suite retiré et a été remplacé par un deuxième *amicus curiae* qui a présenté des observations écrites et a comparu devant la Cour lors de l'instruction de l'instance. Les observations de l'*amicus* se limitaient à la question en appel, soit de savoir si l'ordonnance contestée a été rendue dans les limites de la compétence.

II. Question en litige

[15] La seule question dont est saisie notre Cour est de savoir si le juge désigné avait compétence de rendre l'ordonnance faisant l'objet du présent appel.

III. Analyse

A. *Question préliminaire : le caractère théorique*

[16] Lors de l'instruction du présent appel, notre Cour a soulevé la question de savoir si l'appel était devenu théorique. L'avis d'appel de la procureure générale demande à la Cour d'annuler l'ordonnance, puisqu'elle s'y est conformée en totalité. Dans leurs observations verbales, la procureure générale et l'*amicus* ont affirmé que le présent appel soulève une importante question de compétence et que la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire résiduel pour trancher l'affaire.

[17] Je suis d'accord. Même si selon la règle générale, une cour ne doit pas trancher une question qui est devenue théorique, les cours conservent le pouvoir discrétionnaire résiduel de trancher l'affaire si les circonstances le justifient : *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*). Après avoir passé en revue les critères recensés dans l'arrêt *Borowski*, et en gardant à l'esprit la position de la procureure générale

raised in this appeal is of sufficient importance such that this Court should decide the matter notwithstanding its mootness.

[18] Therefore, I shall proceed to address the matter on its merits.

B. *Standard of Review*

[19] The question raised in this appeal is a question of law, reviewable on the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

C. *Does a designated Judge have jurisdiction to require evidentiary justification for a privilege claim made under section 18.1 of the CSIS Act absent an application brought under subsection 18.1(4) of that Act?*

[20] The question of whether the designated Judge had jurisdiction to issue the impugned order must be answered, first and foremost, by applying the principles of statutory interpretation. The Attorney General has put considerable emphasis on her submission that section 18.1 of the CSIS Act is a complete statutory code which is intended to provide a comprehensive regulation of the CSIS human source privilege to the exclusion of any other law (see, for example, memorandum of fact and law of the Attorney General, at paragraphs 32–43). [***] this straightforward argument does not dispose of the matter. Since the statute does not provide an explicit answer to the question posed in this appeal, this Court must still resort to principles of statutory interpretation to arrive at an answer [***].

[21] The Attorney General in her submissions has also argued that the Federal Court does not have implied jurisdiction or plenary jurisdiction to issue the impugned order. In my view, these are secondary considerations and they will briefly be addressed at the end of these reasons.

et de l'*amicus*, je suis d'avis que la question soulevée dans le présent appel est suffisamment importante pour que la Cour tranche l'affaire bien qu'elle soit devenue théorique.

[18] Par conséquent, je discuterai la question sur le fond.

B. *Norme de contrôle*

[19] La question soulevée dans le présent appel est une question de droit, qui est assujettie à la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

C. *Est-ce que le juge désigné a compétence d'exiger une justification probante concernant une revendication de privilège présentée en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, en l'absence d'une demande au titre du paragraphe 18.1(4) de la même Loi?*

[20] D'abord et avant tout, il faut répondre à la question de savoir si le juge désigné avait compétence pour rendre l'ordonnance contestée, en appliquant les principes reconnus en matière d'interprétation des lois. La procureure générale a beaucoup insisté sur son argument selon lequel l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS constitue un code législatif complet, qui a pour but de réglementer de manière exhaustive le privilège relatif aux sources humaines du SCRS à l'exclusion de toute autre loi (voir, par exemple, le mémoire des faits et du droit de la procureure générale, aux paragraphes 32 à 43). [***] ce simple argument ne permet pas de trancher la question. Comme la loi ne donne pas de réponse explicite à la question soulevée dans le présent appel, notre Cour doit s'en remettre aux principes reconnus d'interprétation des lois pour en arriver à une réponse [***].

[21] Dans ses observations, la procureure générale a également soutenu que la Cour fédérale n'a pas la compétence implicite ou la plénitude de compétence pour rendre l'ordonnance contestée. À mon avis, il s'agit là de considérations secondaires, et elles seront brièvement discutées à la fin des présents motifs.

[22] Although the proceeding which gave rise to this appeal was a non-disclosure application under section 87 of the IRPA, the statutory provision at issue before our Court is section 18.1 of the CSIS Act. More particularly, it is subsections 18.1(1), (2) and (4) that are under consideration. These provisions read as follows:

Purpose of section — human sources

18.1 (1) The purpose of this section is to ensure that the identity of human sources is kept confidential in order to protect their life and security and to encourage individuals to provide information to the Service.

Prohibition on disclosure

(2) Subject to subsections (3) and (8), no person shall, in a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, disclose the identity of a human source or any information from which the identity of a human source could be inferred.

...

Application to judge

(4) A party to a proceeding referred to in subsection (2), an *amicus curiae* who is appointed in respect of the proceeding or a person who is appointed to act as a special advocate if the proceeding is under the *Immigration and Refugee Protection Act* may apply to a judge for one of the following orders if it is relevant to the proceeding:

(a) an order declaring that an individual is not a human source or that information is not information from which the identity of a human source could be inferred; or

(b) if the proceeding is a prosecution of an offence, an order declaring that the disclosure of the identity of a human source or information from which the identity of a human source could be inferred is essential to establish the accused's innocence and that it may be disclosed in the proceeding.

[23] The proper approach to statutory interpretation is the modern approach, otherwise described as the unified textual, contextual and purposive approach: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; *Tran v. Canada*

[22] Bien que la procédure qui a donné lieu au présent appel concernait une demande d'interdiction de communication déposée en vertu de l'article 87 de la LIPR, la disposition législative en cause devant notre Cour est l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Plus précisément, ce sont les paragraphes 18.1(1), (2) et (4) qui sont en cause. Ces dispositions se lisent comme suit :

Objet de l'article — sources humaines

18.1 (1) Le présent article vise à préserver l'anonymat des sources humaines afin de protéger leur vie et leur sécurité et d'encourager les personnes physiques à fournir des informations au Service.

Interdiction de communication

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (8), dans une instance devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d'informations, nul ne peut communiquer l'identité d'une source humaine ou toute information qui permettrait de découvrir cette identité.

[...]

Demande à un juge

(4) La partie à une instance visée au paragraphe (2), l'*amicus curiae* nommé dans cette instance ou l'avocat spécial nommé sous le régime de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés peut demander à un juge de déclarer, par ordonnance, si une telle déclaration est pertinente dans l'instance :

a) qu'une personne physique n'est pas une source humaine ou qu'une information ne permettrait pas de découvrir l'identité d'une source humaine;

b) dans le cas où l'instance est une poursuite pour infraction, que la communication de l'identité d'une source humaine ou d'une information qui permettrait de découvrir cette identité est essentielle pour établir l'innocence de l'accusé et que cette communication peut être faite dans la poursuite.

[23] La méthode indiquée en matière d'interprétation des lois est l'approche moderne, c'est-à-dire l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10;

(*Public Safety and Emergency Preparedness*), 2017 SCC 50, [2017] 2 S.C.R. 289, at paragraph 23; *Bayer Cropscience LP v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 77, 155 C.P.R. (4th) 99, at paragraph 67. Following this approach, “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” (Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes* (2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983), at page 87). This approach must be kept in mind in addressing the submissions of the Attorney General and the *amicus*.

[24] With regard to the text of section 18.1—except for the challenge mechanism provided for in subsection 18.1(4)—there is nothing in the wording of section 18.1 that explicitly confers jurisdiction on a designated judge to inquire further into the basis of privilege claims made thereunder. According to the Attorney General, therefore, a subsection 18.1(4) application is the “condition precedent” that engages a designated judge’s jurisdiction to inquire further into the basis of a section 18.1 CSIS Act privilege claim. In other words, the Attorney General argues that the only forum in which she will be required to lead evidence in support of a section 18.1 privilege claim is a hearing held pursuant to subsection 18.1(7) of the Act and such a hearing will not take place absent a subsection 18.1(4) application.

[25] The *amicus*, for his part, disagrees with this interpretation. He argues that “[n]othing in s[ubsection] 18.1(4) can properly be read as ousting the Court’s authority to require an evidentiary basis for the claim of privilege” (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 43). There is nothing inconsistent, he argues, in allowing the individuals listed in subsection 18.1(4) to challenge the claims of privilege while preserving the designated judge’s residual discretion to test the basis of those claims whether or not such a challenge is brought.

Tran c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CSC 50, [2017] 2 R.C.S. 289, au paragraphe 23; *Bayer Cropscience LP c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 77, au paragraphe 67. Selon cette méthode, il faut [TRADUCTION] « 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, son objet et l’intention du législateur » (Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes* (2^e éd., Toronto : Butterworths, 1983), page 87). Il convient de garder cette méthode à l’esprit en ce qui concerne les observations de la procureure générale et de l’*amicus*.

[24] En ce qui a trait au texte de l’article 18.1 — en excluant le mécanisme de contestation prévu au paragraphe 18.1(4) — rien dans ce texte ne confère explicitement au juge désigné le pouvoir de demander des précisions additionnelles sur le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de cet article. Par conséquent, selon la procureure générale, la demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4) est la « condition préalable » qui donne au juge désigné le pouvoir de demander des précisions additionnelles sur le fondement d’une revendication de privilège présentée en vertu de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS. Autrement dit, la procureure générale affirme qu’elle a uniquement l’obligation de produire les éléments de preuve appuyant la revendication de privilège présentée en application de l’article 18.1 lors de l’audience tenue en vertu du paragraphe 18.1(7) de la Loi, et une telle audience ne peut avoir lieu en l’absence d’une demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4).

[25] L’*amicus*, pour sa part, est en désaccord avec cette interprétation. Il soutient que [TRADUCTION] « rien dans le paragraphe 18.1(4) ne peut être interprété comme ayant pour effet de priver la Cour du pouvoir d’exiger un fondement de preuve justifiant la revendication de privilège » (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 43). Selon lui, il n’y a rien d’incohérent dans le fait de permettre aux personnes recensées au paragraphe 18.1(4) de contester les revendications de privilège tout en préservant le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge désigné de vérifier le fondement de ces revendications, qu’elles soient contestées ou non.

[26] Furthermore, says the *amicus*, Parliament knows how to speak when it intends to preclude a court from testing, of its own motion, the basis of a privilege claim. Sections 38.13 and 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) are, in his view, examples of the clear language Parliament uses to oust a court's jurisdiction to inquire into the propriety of a privilege claim. No such language is found in section 18.1 of the CSIS Act. Therefore, there is no suggestion in that provision that the Attorney General's assertion of the privilege is meant to be dispositive absent a challenge.

[27] Let me first underscore that contrasting section 18.1 of the CSIS Act with other statutory provisions that govern privilege claims invoked by the state is a helpful aid to statutory interpretation in this case. [***] It is equally helpful to compare the CSIS Act with provisions in the IRPA.

[28] With that in mind, I agree with the *amicus* that the absence of prohibitive language such as is found in sections 38.13 and 39 of the CEA weighs in favour of a finding that a designated judge has jurisdiction to inquire into a section 18.1 CSIS Act privilege claim notwithstanding the CSIS Act's silence on the matter. However, as I will explain, further considerations prevent me from reaching that conclusion.

[29] For ease of reference, subsections 38.13(1), (8), 38.131(1), (8), (9) and 39(1) of the CEA are reproduced, in relevant part, below:

Certificate of Attorney General of Canada

38.13 (1) The Attorney General of Canada may personally issue a certificate that prohibits the disclosure of information in connection with a proceeding for the purpose of protecting information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act* or for the purpose of protecting national defence or national security. The certificate may only be issued after an order or decision that would result in the disclosure of the information to be

[26] De plus, affirme l'*amicus*, le législateur sait trouver les mots nécessaires quand il entend retirer au juge le pouvoir de vérifier, de son propre chef, le fondement d'une revendication de privilège. Les articles 38.13 et 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC), constituent, à son avis, des exemples de la volonté clairement exprimée par le législateur de retirer au juge le pouvoir de rechercher le fondement d'une revendication de privilège. L'article 18.1 de la Loi sur le SCRS n'est pas ainsi formulé. Par conséquent, rien n'indique dans cette disposition que la revendication de privilège présentée par la procureure générale est censée être déterminante en l'absence d'une contestation.

[27] J'aimerais d'abord souligner qu'en l'espèce, il peut être utile de comparer l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS avec les autres dispositions régissant les revendications de privilège invoquées par l'État. [***] Il est également utile de comparer la Loi sur le SCRS avec les dispositions de la LIPR.

[28] Dans cette optique, j'abonde dans le sens de l'*amicus* : l'absence d'un texte prohibitif que l'on trouve dans les articles 38.13 et 39 de la LPC milite en faveur de la conclusion selon laquelle le juge désigné a compétence de demander des précisions additionnelles concernant une revendication de privilège présentée en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, notwithstanding le mutisme de la Loi sur le SCRS sur ce point. Toutefois, comme je l'expliquerai, d'autres éléments écartent cette conclusion.

[29] Pour en faciliter la consultation, les extraits pertinents des paragraphes 38.13(1) et (8), 38.131(1), (8) et (9) et 39(1) de la LPC sont reproduits ci-dessous :

Certificat du procureur général du Canada

38.13 (1) La procureure générale du Canada peut délivrer personnellement un certificat interdisant la divulgation de renseignements dans le cadre d'une instance dans le but de protéger soit des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité, soit la défense ou la sécurité nationales. La délivrance ne peut être effectuée qu'après la prise, au titre de la présente loi ou de toute

subject to the certificate has been made under this or any other Act of Parliament.

...

Restriction

(8) The certificate and any matters arising out of it are not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with section 38.131.

...

Application for review of certificate

38.131 (1) A party to the proceeding referred to in section 38.13 may apply to the Federal Court of Appeal for an order varying or cancelling a certificate issued under that section on the grounds referred to in subsection (8) or (9), as the case may be.

...

Varying the Certificate

(8) If the judge determines that some of the information subject to the certificate does not relate either to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order varying the certificate accordingly.

Cancelling the certificate

(9) If the judge determines that none of the information subject to the certificate relates to information obtained in confidence from, or in relation to, a foreign entity as defined in subsection 2(1) of the *Security of Information Act*, or to national defence or national security, the judge shall make an order cancelling the certificate.

...

Objection relating to a confidence of the Queen's Privy Council

39 (1) Where a minister of the Crown or the Clerk of the Privy Council objects to the disclosure of information before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information by certifying in writing that the information constitutes a confidence of the Queen's Privy Council for Canada, disclosure of the information

autre loi fédérale, d'une ordonnance ou d'une décision qui entraînerait la divulgation des renseignements devant faire l'objet du certificat.

[...]

Restriction

(8) Le certificat ou toute question qui en découle n'est susceptible de révision, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que sous le régime de l'article 38.131.

[...]

Demande de révision du certificat

38.131 (1) Toute partie à l'instance visée à l'article 38.13 peut demander à la Cour d'appel fédérale de rendre une ordonnance modifiant ou annulant un certificat délivré au titre de cet article pour les motifs mentionnés aux paragraphes (8) ou (9), selon le cas.

[...]

Modification du certificat

(8) Si le juge estime qu'une partie des renseignements visés par le certificat ne porte pas sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il modifie celui-ci en conséquence par ordonnance.

Révocation du certificat

(9) Si le juge estime qu'aucun renseignement visé par le certificat ne porte sur des renseignements obtenus à titre confidentiel d'une entité étrangère — au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la protection de l'information* — ou qui concernent une telle entité ni sur la défense ou la sécurité nationales, il révoque celui-ci par ordonnance.

[...]

Opposition relative à un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada

39 (1) Le tribunal, l'organisme ou la personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production de renseignements sont, dans les cas où un ministre ou le greffier du Conseil privé s'opposent à la divulgation d'un renseignement, tenus d'en refuser la divulgation, sans l'examiner ni tenir d'audition à son sujet, si le ministre ou le greffier attestent

shall be refused without examination or hearing of the information by the court, person or body.

[30] As can be seen from the above, subsection 38.13(1) and section 38.131 of the CEA, which allow the Attorney General to withhold disclosure of information by issuing a certificate, explicitly provide that the only mechanism to challenge such a certificate is an application by a party made pursuant to section 38.131. Subsection 38.131(8) provides a restriction on a designated judge's power to inquire further into the basis for a privilege claim, the tenor of which is not found anywhere in section 18.1 of the CSIS Act.

[31] Section 39, for its part, is even more extreme and prohibits any inquiry by a judge under any circumstances. It is clear that no such language appears in section 18.1 of the CSIS Act.

[32] As our Court has now twice noted, Parliament is presumed to know about these provisions and the mechanisms they create (*Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2016 FCA 195, [2017] 2 F.C.R. 44 (*Almalki*), at paragraph 67; [***]). In interpreting section 18.1 of the CSIS Act, this Court must give effect to Parliament's choice not to use language similarly restrictive to that found in those provisions.

[33] As indicated above, although the foregoing analysis weighs in favour of a finding that the Federal Court has jurisdiction to issue an order such as the one under appeal, that is not the end of the matter. While the *amicus* has ably argued that the absence of prohibitive language in section 18.1 favours a finding that a designated judge does have jurisdiction, the Attorney General has submitted that the absence of permissive language favours the opposite conclusion. Indeed, she argues, Parliament uses words like "the judge may, on the judge's own motion", as found in paragraph 83(1)(c) of the IRPA, when it wishes to confer jurisdiction, such that the absence of such language in section 18.1 of the CSIS Act must be taken to mean that a designated judge lacks jurisdiction. Paragraph 83(1)(c) of the IRPA reads as follows:

par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Conseil privé de la Reine pour le Canada.

[30] Comme on peut le constater à la lecture des extraits qui précèdent, le paragraphe 38.13(1) et l'article 38.131 de la LPC, qui autorisent la procureure générale à interdire la communication de renseignements grâce à la délivrance d'un certificat, prévoient explicitement que la seule voie de recours contre un tel certificat est le dépôt d'une demande, conformément à l'article 38.131. Le paragraphe 38.131(8) restreint le pouvoir du juge désigné de demander plus de précisions sur le fondement d'une revendication de privilège, qu'on ne retrouve pas à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS.

[31] L'article 39, pour sa part, va encore plus loin et empêche toute recherche de la part du juge, quelles que soient les circonstances. Il est clair que rien de tel n'apparaît à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS.

[32] Comme notre Cour l'a maintenant souligné à deux reprises, le législateur est réputé connaître ces dispositions et les mécanismes qu'elles consacrent (*Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2016 CAF 195, [2017] 2 R.C.F. 44 (*Almalki*), au paragraphe 67; [***]). Dans son interprétation de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, notre Cour doit concrétiser le choix du législateur de ne pas utiliser un texte aussi restrictif que celui de ces dispositions.

[33] Comme il est indiqué ci-dessus, même si l'analyse qui précède milite en faveur de la conclusion selon laquelle la Cour fédérale a compétence de rendre une ordonnance comme celle faisant l'objet du présent appel, cela ne règle cependant pas la question. Alors que l'*amicus* a habilement soutenu que l'absence d'un texte prohibitif à l'article 18.1 milite en faveur de la conclusion selon laquelle le juge désigné est compétent, la procureure générale a soutenu que l'absence d'un texte permissif milite en faveur de la conclusion contraire. En fait, affirme-t-elle, le législateur utilise des mots comme « il [le juge] peut d'office », comme à l'alinéa 83(1)c) de la LIPR, quand il souhaite conférer une compétence, de telle sorte que l'absence de mots de ce genre à l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS doit être interprétée

Protection of information

83 (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

...

(c) at any time during a proceeding, the judge may, on the judge's own motion — and shall, on each request of the Minister — hear information or other evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

[34] Therefore, comparing section 18.1 of the CSIS Act to similar provisions in the CEA and the IRPA is helpful, but not determinative. It is necessary to consider the circumstances in which section 18.1 of the CSIS Act was enacted to better ascertain Parliament's intention.

[35] Section 18.1 of the CSIS Act is a relatively new provision. It was enacted on April 23, 2015 by the *Protection of Canada from Terrorists Act*, S.C. 2015, c. 9. It is generally understood that the provision was enacted in response to the Supreme Court of Canada's decision in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat*), in which the majority of the Court held that common law police informer privilege did not extend to CSIS human sources (paragraph 80). The Court emphasized, however, that the IRPA—in that case, section 83 was at issue—would generally protect the identity of CSIS human sources from public disclosure (paragraph 83). In fact, contrary to the special advocates' submissions in that case, the Court held that the absence of a balancing approach to disclosure, such as the one found in section 38.06 of the CEA, did not render the IRPA scheme unconstitutional (paragraph 66).

comme signifiant que le juge désigné n'a pas compétence. L'alinéa 83(1)c) de la LIPR se lit comme suit :

Protection des renseignements

83 (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

[...]

c) il [le juge] peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

[34] Ainsi, il peut être utile, mais pas décisif, de comparer l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS à des dispositions similaires de la LPC et de la LIPR. Il convient de prendre en considération les circonstances dans lesquelles l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS a été adopté pour mieux comprendre l'intention du législateur.

[35] L'article 18.1 de la Loi sur le SCRS est une disposition relativement nouvelle. Il est entré en vigueur le 23 avril 2015 lors de l'adoption de la *Loi sur la protection du Canada contre les terroristes*, L.C. 2015, ch. 9. Il est généralement entendu que cette disposition a été adoptée à la suite d'une jurisprudence de la Cour suprême du Canada, *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat*) : la majorité de la Cour suprême a alors conclu que le privilège reconnu par la common law relatif aux indicateurs de police ne s'appliquait pas aux sources humaines du SCRS (paragraphe 80). Toutefois, la Cour suprême a souligné que la LIPR (dans cette affaire, l'article 83 était en cause) doit en général protéger l'identité des sources humaines du SCRS contre toute divulgation au public (paragraphe 83). En fait, contrairement aux observations des avocats spéciaux dans cette affaire, la Cour suprême a conclu que l'absence d'une approche de mise en balance en matière de la divulgation, semblable à celle qui est prévue à l'article 38.06 de la LPC, ne rendait pas inconstitutionnel le régime établi par la LIPR (paragraphe 66).

[36] Prior to the enactment of section 18.1, then, the issue of non-disclosure of CSIS human source information was dealt with under the provisions applicable to the underlying proceeding: section 83 of the IRPA for security certificates; section 87 of the IRPA for judicial review proceedings in immigration matters; and section 38 of the CEA for criminal and other proceedings. This Court in *Almalki* [at paragraph 60] had the following to say about the effect the enactment of section 18.1 of the CSIS Act would have on a proceeding involving section 38 of the CEA:

Thus, when one considers the historical context and the legislative evolution of section 38 of the CEA and of section 18.1 of the CSIS Act, it is evident that the new provision deprives the respondents of the benefit of the more liberal version of the privilege set out in section 38 of the CEA pursuant to which the question of the identity of sources and information tending to identify them was dealt with up until now.

[37] Indeed, section 18.1 was intended to be more restrictive than section 38 of the CEA. As the Attorney General has pointed out, our Court noted in *Almalki* that the enactment of section 18.1 of the CSIS Act had the effect of precluding the Federal Court from assessing CSIS human source information within the framework of section 38 of the CEA (paragraphs 37 and 39). The Attorney General submits that section 18.1 would similarly preclude the Federal Court from dealing with CSIS human source information in a proceeding under section 87 of the IRPA. The *amicus* does not dispute that position (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 46).

[38] I also agree. A designated judge's jurisdiction to inquire further into the basis for privilege claims made under section 18.1 of the CSIS Act must be rooted in that Act. Hence, the plain text of section 18.1 does not provide a clear answer. Nor does comparing it with similar provisions dealing with the subject of evidentiary privileges claimed by the Crown.

[36] Ainsi, avant l'adoption de l'article 18.1, la question de la non-divulgence de renseignements sur les sources humaines du SCRS relevait des dispositions applicables à la procédure principale : l'article 83 de la LIPR pour les instances relatives aux certificats de sécurité; l'article 87 de la LIPR pour les contrôles judiciaires en matière d'immigration et l'article 38 de la LPC pour les instances criminelles et autres. Voici ce qu'avait à dire notre Cour dans l'arrêt *Almalki* [au paragraphe 60] concernant les conséquences qu'aurait l'adoption de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS sur une instance intéressant l'article 38 de la LPC :

Ainsi, lorsqu'on examine le contexte historique et l'évolution législative de l'article 38 de la LPC et de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il ne fait aucun doute que la nouvelle disposition prive les intimés du bénéfice de la version plus libérale du privilège découlant de l'application de l'article 38 de la LPC, qui régissait la question de l'identité des sources et des informations qui tendraient à découvrir leur identité jusqu'à présent.

[37] En fait, l'article 18.1 était conçu pour être plus restrictif que l'article 38 de la LPC. Comme la procureure générale l'a souligné, notre Cour a indiqué dans l'arrêt *Almalki* que l'adoption de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS avait eu pour effet d'interdire à la Cour fédérale d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre de l'article 38 de la LPC (paragraphes 37 et 39). La procureure générale soutient que l'article 18.1 retirera de la même manière à la Cour fédérale d'examiner les informations touchant l'identité de sources humaines du SCRS dans le cadre d'une instance relative à l'article 87 de la LIPR. L'*amicus* ne conteste pas cette position (mémoire des faits et du droit de l'*Amicus Curiae*, au paragraphe 46).

[38] J'abonde également dans ce sens. La compétence conférée au juge désigné lui permettant de demander des précisions additionnelles sur le fondement de revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS doit être puisée dans cette loi. Ainsi, le texte de l'article 18.1 n'offre pas une réponse claire. Pas plus que le fait de le comparer à d'autres dispositions similaires portant sur les privilèges en matière de preuve revendiqués par la Couronne.

[39] However, considering the context in which section 18.1 was enacted, I can only conclude that subsection 18.1(4) of the CSIS Act restricts a designated judge's ability to require evidence in support of a section 18.1 privilege claim where no application has been brought. In my view, this conclusion is consistent with Parliament's intention to impose stricter safeguards on human source information than is provided by either of the CEA or the IRPA.

[40] Although that conclusion is sufficient to dispose of this appeal, further commentary is warranted in the circumstances of this case.

[41] As mentioned earlier in relation to the background to this appeal, the order under review was issued by the designated Judge because he had serious concerns about the foundation for the privilege claims made by the Attorney General under section 18.1. The designated Judge was provided with the unredacted section 18.1 material, which seems to have now become the practice following the Federal Court's decision by Noël J. in *X (Re)* (2017 FC 136, [2017] 4 F.C.R. 391).

[42] The Attorney General has argued before us that the unredacted section 18.1 material was provided to the designated Judge only to provide the necessary context to decide the Minister's section 87 IRPA motion, and not to allow him to test the basis for the section 18.1 claims (reply memorandum of the Attorney General, at paragraph 23). With respect, that is unconvincing.

[43] Parliament cannot have intended to provide designated judges with information over which section 18.1 CSIS Act privilege is claimed, only to leave them powerless to inquire further if the basis for those privilege claims is not apparent on the face of the record (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 53). They must have the ability to do something when faced, as the designated Judge in this case was

[39] Toutefois, compte tenu du contexte dans lequel l'article 18.1 a été adopté, je ne peux que conclure que le paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS limite le pouvoir conféré au juge désigné d'exiger des éléments de preuve à l'appui d'une revendication de privilège en vertu de l'article 18.1 lorsque nulle demande n'a été déposée. À mon avis, cette conclusion est conforme à l'intention du législateur d'imposer des mesures de protection plus strictes concernant les informations sur les sources humaines que ce que prévoit la LPC ou la LIPR.

[40] Bien que cette conclusion soit suffisante pour trancher le présent appel, des observations plus circonstanciées sont justifiées dans les circonstances de l'espèce.

[41] Comme il a été dit plus haut relativement au contexte du présent appel, le juge désigné a rendu l'ordonnance faisant l'objet du présent appel parce qu'il avait de sérieux doutes sur le fondement des revendications de privilège présentées par la procureure générale en application de l'article 18.1. Le juge désigné avait à sa disposition les documents non caviardés, ce qui semble maintenant être devenu la façon de faire à la suite de la décision du juge Noël de la Cour fédérale rendue à l'occasion de l'affaire *X (Re)* (2017 CF 136, [2017] 4 R.C.F. 391).

[42] La procureure générale a soutenu devant nous que les documents non caviardés ont été remis au juge désigné uniquement pour donner le contexte nécessaire afin de lui permettre de trancher la requête présentée par le ministre en application de l'article 87 de la LIPR, et non pas afin de lui permettre de vérifier le fondement des revendications présentées en vertu de l'article 18.1 (mémoire en réplique de la procureure générale, au paragraphe 23). En toute déférence, cette thèse n'est pas convaincante.

[43] Le législateur ne peut avoir eu l'intention de permettre aux juges désignés d'avoir accès à des renseignements pour lesquels un privilège est revendiqué en application de l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS uniquement pour les laisser dans l'incapacité de demander plus de précisions si le fondement de ces revendications de privilège n'est pas évident au vu du dossier (mémoire des faits et du droit de l'*Amicus Curiae*, au paragraphe 53).

faced, with a section 18.1 privilege claim that does not, at least on a *prima facie* basis, appear well-founded.

[44] The appropriate course of action in such a case is, in my view, to appoint an *amicus curiae* or a special advocate for the purpose of providing a different perspective than that of the Attorney General on the issue of section 18.1 privilege claims.

[45] Firstly, both the Attorney General and the *amicus* before our Court agreed that this was a possible course of action. Indeed, section 87.1 of the IRPA explicitly contemplates the appointment of a special advocate in relation to judicial review applications. The Attorney General and the *amicus* also agreed that a designated judge cannot quash the claim of privilege absent an application under subsection 18.1(4). Therefore, if the designated Judge was unsatisfied with the justification provided pursuant to the order under appeal, then the next step would have to be to appoint an *amicus* or a special advocate. In that respect, the Attorney General has suggested that there was no useful purpose to the order (memorandum of fact and law of the Attorney General, at paragraph 57). The *amicus*, for his part, submits that a designated judge should have jurisdiction to issue such an order to help decide whether it is necessary to appoint an *amicus* or special advocate, because that will avoid additional expenses and delays. I do not agree.

[46] Two competing considerations lead to the above conclusion. On the one hand, the party to the underlying proceeding had access to a statutory remedy which he or she refused to use, and some weight should be given to that choice. On the other hand, designated judges must retain some supervisory power over the government's claims of privilege and cannot be bound by a party's choice, which, as I will explain, may not even have been consciously made.

[47] These considerations have caused me to find that the appointment of an *amicus* or of a special advocate strikes the best balance between the need to give effect

Ils doivent avoir la possibilité de faire quelque chose lorsqu'ils sont saisis, comme le juge désigné en l'espèce l'a été, d'une revendication de privilège en vertu de l'article 18.1 qui ne semble pas, à première vue, bien fondée.

[44] À mon avis, la meilleure chose à faire dans un tel cas, c'est de nommer un *amicus curiae* ou un avocat spécial afin qu'il puisse offrir une perspective différente de celle de la procureure générale sur la question des revendications de privilège en vertu de l'article 18.1.

[45] Premièrement, la procureure générale et l'*amicus* ont tous deux convenu devant notre Cour que ce plan d'action était envisageable. En fait, l'article 87.1 de la LIPR envisage explicitement la nomination d'un avocat spécial relativement aux demandes de contrôle judiciaire. La procureure générale et l'*amicus* ont également convenu que le juge désigné ne peut annuler la revendication de privilège en l'absence de demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4). Par conséquent, si le juge désigné n'était pas satisfait des motifs fournis conformément à l'ordonnance faisant l'objet du présent appel, l'étape suivante aurait été de nommer un *amicus* ou un avocat spécial. À cet égard, la procureure générale a indiqué que n'avait aucune utilité l'ordonnance (mémoire des faits et du droit de la procureure générale, au paragraphe 57). Pour sa part, l'*amicus* soutient que le juge désigné doit avoir compétence pour rendre une telle ordonnance, afin d'aider à décider s'il est nécessaire de nommer un *amicus* ou un avocat spécial, dans le but d'éviter les frais et les délais additionnels. Je ne suis pas de cet avis.

[46] Deux considérations concurrentes m'amènent à tirer cette conclusion. D'une part, un autre recours était ouvert à la partie à la procédure principale, qu'elle a refusé d'exercer, et un certain poids doit être accordé à ce choix. D'autre part, les juges désignés doivent conserver un certain pouvoir de supervision relativement aux revendications de privilège du gouvernement, et ils ne peuvent être liés par le choix d'une partie qui, comme je l'expliquerai, pourrait même ne pas avoir été fait consciemment.

[47] Ces considérations m'ont amené à conclure que la nomination d'un *amicus* ou d'un avocat spécial assure le meilleur équilibre entre la nécessité de donner

to the statutory scheme as it is written, and the need for designated judges to maintain control over their own processes (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 58) and to fulfill their roles as “gatekeeper[s]” (see *Harkat*, at paragraph 46). Before expanding further on each of these considerations, I note in passing that, while section 87 of the IRPA incorporates by reference almost all the elements of section 83, it does not import the requirement to name a special advocate; that does not mean a designated judge cannot still choose to do so. As stated earlier, no *amicus* or special advocate appeared before the designated Judge during the section 87 hearing. It was only on appeal that an *amicus* was appointed by this Court.

[48] I now turn to the first consideration. The fact that the party to the underlying proceeding had access to a statutory remedy, and refused to avail himself of that remedy, must, in my view, carry some weight. The Attorney General agrees that, in all but the most exceptional cases, the party to the underlying proceeding will have notice of the fact that some information has been withheld pursuant to section 18.1 of the CSIS Act. [***]. If a party who had knowledge of the privilege claims was entitled by statute to challenge them, and chose not to do so, the designated judge must give some import to that choice even if, in his or her own view, such a challenge would have been successful. As stated by [***] and also by the *amicus* (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 60), there might be many reasons why a party prefers not to challenge the Attorney General’s claim of privilege under section 18.1 of the CSIS Act. Moreover, empowering designated judges to test the foundation of section 18.1 privilege claims of their own motion in all cases would entice the underlying parties to abdicate their responsibility to take control of their own proceeding. Indeed, parties would have little incentive ever to institute a subsection 18.1(4) challenge if they knew they could entirely rely and depend on the designated judge to test the privilege claim on their behalf. I do not believe subsection 18.1(4) was drafted with such an intention.

effet au régime législatif tel qu’il est formulé et la nécessité pour les juges désignés de maintenir le contrôle de leurs propres processus (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 58) et de remplir leur rôle à titre de « gardien[s] » (voir *Harkat*, au paragraphe 46). Avant de m’étendre davantage sur chacune de ces considérations, je relève en passant qu’alors que l’article 87 de la LIPR intègre en y faisant référence presque tous les éléments de l’article 83, il n’inclut pas l’obligation de nommer un avocat spécial; cela ne signifie pas qu’un juge désigné ne pourrait pas quand même choisir de le faire. Comme il a été dit précédemment, nul *amicus* ou avocat spécial n’a comparu devant le juge désigné durant l’audience relative à l’article 87. Ce n’est que lors de l’appel que la Cour a nommé un *amicus*.

[48] Je discuterai maintenant la première considération. À mon avis, il faut accorder un certain poids au fait que la partie à la procédure principale disposait d’un recours prévu par la loi et a refusé de l’exercer. La procureure générale admet que sauf dans les cas les plus exceptionnels, la partie à la procédure principale est informée que certains renseignements ont été protégés conformément à l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS. [***]. Si la partie qui avait connaissance des revendications de privilège était autorisée, par une loi, à les contester, et a choisi de ne pas le faire, le juge désigné doit accorder une certaine importance à ce choix même si à son avis, une telle contestation aurait pu être accueillie. Comme l’ont observé [***] et aussi l’*amicus* (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 60), il peut exister de nombreuses raisons expliquant pourquoi une partie préfère ne pas contester la revendication de privilège présentée par la procureure générale en vertu de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS. En outre, autoriser dans tous les cas les juges désignés à vérifier de leur propre chef le fondement des revendications de privilège présentées en application de l’article 18.1 pourrait amener les parties aux procédures principales à renoncer à leur obligation de prendre le contrôle de leur déroulement. D’ailleurs, les parties seraient peu enclines à engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4) si elles savaient qu’elles pouvaient entièrement se fier au juge désigné pour vérifier la revendication de privilège en leur nom. Je ne crois pas que le paragraphe 18.1(4) ait été rédigé avec une telle intention.

[49] This, however, brings me to the second—and competing—consideration. Although a party’s choice not to institute a subsection 18.1(4) challenge is to bear some weight, it should not be entirely dispositive. Indeed, a designated judge should not be strictly bound in all cases by a party’s choice not to institute a subsection 18.1(4) challenge. A designated judge will generally not know why the party chose not to launch a subsection 18.1(4) challenge, or whether this choice was even a conscious one. In this case, the only notice given to the party of the fact that section 18.1 CSIS Act privilege claims were made was a brief mention of this fact in the cover letter to the CTR. Moreover, and as noted by the designated Judge, a party will often be in a difficult position to determine whether to bring a subsection 18.1(4) challenge, not knowing what the basis for such a challenge might be or even how much material is subject to section 18.1 privilege as opposed to another privilege. The fact that the individual in this case was represented by counsel in the underlying judicial review matter does not make the party’s position much easier. Counsel did not have access to that material, either.

[50] Given that the underlying party may not know how much information is subject to the section 18.1 CSIS Act privilege, or where in the record such information is located, this Court suggested at the hearing that the Attorney General’s position would incentivize a party to bring a subsection 18.1(4) application in all cases. The Attorney General took no issue with that incentive, and argued that subsection 18.1(4) could provide effective redress in all cases—whether section 18.1 applied to only a few words, or whether it covered several pages in the record. She suggested that a subsection 18.1(4) application simply puts the Attorney General to the strict proof of the basis for the section 18.1 privilege claims. This suggestion was based on the presumption that only the designated judge would have access to the unredacted section 18.1 information—not even the *amicus* or special advocate would have access to it.

[49] Toutefois, cela m’amène à la seconde considération, concurrente. Même s’il faut accorder un certain poids au choix que fait la partie de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ce choix ne doit pas trancher l’affaire de manière définitive. En effet, le juge désigné ne doit pas, dans tous les cas, être strictement lié par le choix d’une partie de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). En règle générale, le juge désigné ne sait pas pourquoi la partie a choisi de ne pas engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ou si ce choix était même un choix conscient. En l’espèce, le seul avis donné à la partie concernant le fait que des revendications de privilège ont été présentées en vertu de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS se résumait à une brève mention de ce fait dans la lettre de présentation du DCT. De plus, comme l’a souligné le juge désigné, la partie est souvent mal placée pour décider s’il faut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4), ne sachant pas quel pourrait être le motif d’une telle contestation ou même quels renseignements sont visés par le privilège invoqué en application de l’article 18.1, comparativement à tout autre privilège. Le fait que l’intéressé en l’espèce était représenté par un avocat dans la procédure de contrôle judiciaire principale ne rend pas sa position plus facile. L’avocat n’avait pas accès à ces renseignements lui non plus.

[50] Étant donné que la partie à la procédure principale pourrait ne pas savoir combien de renseignements sont visés par le privilège consacré par l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, ou précisément [où] se trouvent ces renseignements dans le dossier, notre Cour a signalé à l’audience que la position de la procureure générale inciterait la partie à présenter une demande au titre du paragraphe 18.1(4) dans tous les cas. La procureure générale n’a pas discuté cette idée, et a soutenu que le paragraphe 18.1(4) pourrait assurer un recours efficace dans tous les cas — que le privilège consacré par l’article 18.1 ne vise que quelques mots seulement, ou couvre des pages entières du dossier. Elle a soutenu que la demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4) force simplement la procureure générale à rapporter la preuve du fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l’article 18.1. Cette thèse reposait sur la présomption que seul le juge désigné aurait accès aux renseignements non caviardés, et que même l’*amicus* ou l’avocat spécial n’y aurait pas accès.

[51] I cannot accept that view. I do not believe Parliament intended to require designated judges to allow overreaching privilege claims to pass them by simply because the underlying party did not challenge them. I maintain this belief no matter how easy it may be for a party to bring a statutory challenge. As stated above, however, the recourse must be rooted in the statute.

[52] The *amicus* submits that nothing in section 18.1 of the CSIS Act relieves CSIS of the burden of establishing a *prima facie* basis of a privilege claim made thereunder. In my view, that is a step too far. Indeed, section 18.1 of the CSIS Act is more restrictive than section 38 of the CEA or section 87 of the IRPA, precisely because section 18.1 does not place the burden on the state to justify the privilege. That is one of the most salient differences between section 18.1 of the CSIS Act and the other provisions. I do not believe, however, that this removal of the onus means that the hands of a designated judge are completely tied when a party—for some unknown reason—neglects to put the Attorney General to the strict proof of the foundation for the privilege by invoking subsection 18.1(4).

[53] Likewise, I do not accept the view that only the designated judge can have access to the unredacted section 18.1 information. The purpose of appointing an *amicus* or a special advocate is so that the designated judge may benefit from a different perspective than that of the government. It logically follows that this will require them to have access to the unredacted section 18.1 CSIS Act material.

[54] If the *amicus* or special advocate views the section 18.1 material and concludes that it is properly subject to the section 18.1 CSIS Act privilege, then he or she will decline to bring an application pursuant to subsection 18.1(4). The designated judge will not have jurisdiction to require further evidence of the basis for the privilege, notwithstanding that he or she may still believe it is ill-founded. Presumably these cases will be rare. If they arise, however, the underlying party's right to full and fair disclosure has been given as much effect

[51] Je ne peux retenir ce point de vue. Je ne crois pas que le législateur ait eu l'intention de demander aux juges désignés de regarder passer des revendications de privilège démesurées sans intervenir, simplement parce que la partie à la procédure principale ne les a pas contestées. Je maintiens ce point de vue, peu importe avec quelle facilité la partie pourrait engager une contestation en vertu d'une loi. Toutefois, comme il est dit plus haut, le recours doit être inscrit dans la loi.

[52] L'*amicus* soutient que rien dans l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS ne libère le SCRS du fardeau d'établir le fondement à première vue d'une revendication de privilège présentée en application de cette loi. À mon avis, il va un peu trop loin. Certes, l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS est plus restrictif que l'article 38 de la LPC ou l'article 87 de la LIPR, précisément parce que l'article 18.1 n'impose pas à l'État le fardeau de justifier le privilège. C'est là une des différences les plus importantes entre l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS et les autres dispositions. Toutefois, je ne crois pas que cela signifie que le juge désigné a les mains complètement liées quand la partie, pour une raison inconnue, néglige de demander à la procureure générale d'établir le fondement du privilège revendiqué en invoquant le paragraphe 18.1(4).

[53] De la même manière, je rejette l'idée que seul le juge désigné peut avoir accès aux renseignements non caviardés. La nomination d'un *amicus* ou d'un avocat spécial a pour but de permettre au juge désigné de profiter d'un point de vue différent de celui du gouvernement. Il s'ensuit en toute logique qu'ils devront pour cela avoir accès aux documents non caviardés.

[54] Si l'*amicus* ou l'avocat spécial prend connaissance des renseignements protégés aux termes de l'article 18.1 et conclut qu'ils sont bien visés par le privilège consacré par l'article 18.1 de la Loi sur le SCRS, il pourra ensuite décider de ne pas déposer de demande au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné n'aura pas la compétence d'exiger d'autres éléments de preuve du fondement de la revendication de privilège, même s'il pense toujours qu'elle est mal fondée. Je suppose que des cas comme celui-là seront rares. S'ils se présentent toutefois, le droit

as possible within the limits of the statute. The party declined to challenge the privilege, and a second person appointed to consider whether the privilege should be challenged also so declined.

[55] If, on the other hand, the *amicus* or special advocate views the information and believes the privilege claims to be ill-founded, then he or she can institute a subsection 18.1(4) challenge. The designated judge will have full jurisdiction to inquire further into the basis for the claims. This will mean that the designated judge can issue an order such as the one under appeal. The Attorney General may even provide justification of her own motion in response to the subsection 18.1(4) application. If the designated judge is unsatisfied with the evidentiary justification provided, then he or she can issue one of the orders in paragraphs 18.1(4)(a) or (b).

[56] The *amicus* put forth the argument that this mechanism is unduly cumbersome. Indeed, the *amicus* argues, there would be no need to appoint an *amici* and special advocates if the designated judge was satisfied on the basis of the evidence that such appointments were unnecessary (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 63). That is what happened in the case at bar: an affidavit was provided to the designated Judge and he was satisfied.

[57] There are three short responses to this concern. First, while a less cumbersome framework will generally be preferable, it remains that whatever framework is chosen must be authorized by the statute. Second, the appointment of an *amicus* or of a special advocate in cases such as the one at bar gives some meaning to the fact that no subsection 18.1(4) application was brought by a party or a listed person in respect of the underlying proceeding. Third, it ensures that the designated judge benefits from a perspective opposite that of the government, thus keeping the designated judge in a more adjudicative, rather than inquisitorial role.

de la partie à la procédure principale à une divulgation complète et juste a été protégé le plus possible dans les limites prescrites par la loi. La partie a refusé de contester le privilège, et une seconde personne nommée et chargée de vérifier si le privilège devait être contesté a également refusé de le contester.

[55] Si, par contre, l'*amicus* ou l'avocat spécial prend connaissance des renseignements et pense que les revendications de privilège sont mal fondées, il peut engager une contestation au titre du paragraphe 18.1(4). Le juge désigné a pleinement compétence d'examiner de plus près le fondement des revendications. Cela signifie que le juge désigné peut rendre une ordonnance comme celle qui fait l'objet du présent appel. La procureure générale peut même, de son propre chef, produire une justification en réponse à la demande présentée au titre du paragraphe 18.1(4). Si le juge désigné n'est pas satisfait de la justification fournie, il peut alors rendre l'une des ordonnances prévues aux alinéas 18.1(4)a) ou b).

[56] L'*amicus* a avancé la thèse portant que ce mécanisme est indûment fastidieux. D'ailleurs, selon l'*amicus*, il n'y aurait pas lieu de nommer un *amici* et des avocats spéciaux si le juge désigné était convaincu par les preuves que de telles nominations n'étaient pas nécessaires (mémoire des faits et du droit de l'*Amicus Curiae*, au paragraphe 63). Voilà ce qui est arrivé en l'espèce : un affidavit a été remis au juge désigné et il en a été satisfait.

[57] Trois réponses brèves sont possibles à cette question. D'abord, même si un cadre moins lourd est en général préférable, il n'en reste pas moins que, peu importe le cadre retenu, il doit être autorisé par la loi. Deuxièmement, la nomination d'un *amicus* ou d'un avocat spécial dans des cas comme celui qui nous occupe donne un certain sens au fait que nulle demande au titre du paragraphe 18.1(4) n'a été présentée par une partie ou une des personnes énumérées relativement à la procédure principale. Troisièmement, elle permet de s'assurer que le juge désigné bénéficie d'un point de vue opposé à celui du gouvernement, lui permettant ainsi d'être davantage investi d'une fonction juridictionnelle plutôt que d'une fonction inquisitoire.

[58] The above analysis has dealt with situations in which a designated judge has access to unredacted information subject to privilege under section 18.1 of the CSIS Act and has concerns that the privilege is not properly claimed. Two other possibilities exist. The designated judge may view the information and be satisfied that the privilege applies. Likewise, the designated judge may never come across the information at all. I shall address each of these possibilities.

[59] If a designated judge views the information as subject to privilege under section 18.1 of the CSIS Act and has no concerns about the appropriateness of the privilege claim, then, in my view, the matter will end there. The underlying party had access to a statutory remedy and did not invoke it. Further, if a designated judge agrees that the privilege claim does apply then he has no obligation to appoint an *amicus* or a special advocate. The *amicus* has raised this very argument, and I am in agreement (memorandum of fact and law of the *Amicus Curiae*, at paragraph 52).

[60] It is possible, too, that no designated judge will ever become privy to the information. Indeed, at the hearing before our Court, a question arose as to what would happen if the section 18.1 CSIS Act privilege claims were made before a “court, person or body with jurisdiction to compel the production of information” other than a designated judge of the Federal Court (see subsection 18.1(2)). No designated judge would come across the information.

[61] Upon reflection, it would appear that such instances will be rare. Any information besides CSIS human source information which the Attorney General seeks to withhold based on national security concerns will have to be dealt with under the CEA or the IRPA. Thus, unless the only privilege she claims is under section 18.1 of the CSIS Act, she will find herself before a designated judge of the Federal Court.

[62] Should such an instance arise, however, the “court, person or body” will not have viewed the unredacted section 18.1 material. They will be in no better position

[58] L’analyse qui précède a porté sur les cas où le juge désigné a accès à des renseignements non caviardés visés par le privilège prévu par l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS et a des doutes sur le bien-fondé de la revendication de privilège. Deux autres possibilités existent. Le juge désigné peut prendre connaissance des renseignements et être convaincu que le privilège joue. De la même façon, le juge désigné peut ne jamais prendre connaissance des renseignements. Je dois discuter chacune de ces possibilités.

[59] Si le juge désigné est d’avis que les renseignements sont visés par le privilège prévu par l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS et n’a aucun doute quant au bien-fondé de la revendication de privilège, l’affaire se termine là, à mon avis. La partie à la procédure principale disposait d’un recours légal et ne l’a pas exercé. En outre, si le juge désigné admet que la revendication de privilège joue, il n’est alors pas tenu de nommer un *amicus* ou un avocat spécial. L’*amicus* a soulevé cet argument, et j’abonde dans son sens (mémoire des faits et du droit de l’*Amicus Curiae*, au paragraphe 52).

[60] Il est possible également que nul juge désigné ne prenne jamais connaissance des renseignements. D’ailleurs, à l’audience devant notre Cour, une question a été soulevée quant à savoir ce qui arriverait si les revendications de privilège au titre de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS étaient présentées « devant un tribunal, un organisme ou une personne qui ont le pouvoir de contraindre à la production d’informations » autre qu’un juge désigné de la Cour fédérale (voir paragraphe 18.1(2)). Nul juge désigné n’aurait accès aux renseignements.

[61] Après réflexion, il semble que de tels cas seraient rares. Tout renseignement, mis à part les renseignements relatifs aux sources humaines du SCRS que la procureure générale cherche à protéger pour des motifs de sécurité nationale, devra être assujéti à la LPC ou à la LIPR. Ainsi, à moins que le seul privilège qu’elle invoque soit celui de l’article 18.1 de la Loi sur le SCRS, elle se retrouvera devant un juge désigné de la Cour fédérale.

[62] Toutefois, si un tel cas devait se produire « [le] tribunal, [l’]organisme ou [la] personne » n’aura pas lu les renseignements non caviardés. Ils ne seront pas en

than the underlying party to know whether the privilege is properly claimed; nor will they have any basis on which to decide whether to appoint an *amicus* or a special advocate for the purposes of challenging the privilege under subsection 18.1(4). While each case will have to be decided on its own merits, I would suggest that in such an instance the underlying party will need to be more vigilant in terms of deciding whether to bring an application under subsection 18.1(4) of the CSIS Act, since otherwise the redacted information will never come before a designated judge.

[63] [***] I would think it imprudent to task a court, tribunal or body which has not seen the unredacted section 18.1 information with appointing an *amicus* or a special advocate to challenge the privilege claims over that information.

[64] Finally, I will comment only briefly on implied jurisdiction and plenary powers. With respect to implied jurisdiction, the Attorney General argues that the test is stringent: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626. The fact that the designated Judge thought it desirable to test the basis of the section 18.1 privilege claims is not sufficient to found jurisdiction. The *amicus*, for his part, had argued that overbroad section 18.1 claims constitute an abuse of process, which a designated judge has plenary powers to address.

[65] As stated at the outset, regard should first be given to the principles of statutory interpretation. The Attorney General herself has submitted that the existence of plenary powers should be assessed in accordance with the principles of statutory interpretation (memorandum of fact and law of the Attorney General, at paragraph 67, citing *Canada Transit Company v. Windsor (City)*, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, at paragraph 19, appeal allowed on other grounds: 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617). The *amicus* in oral arguments also agreed that the principal exercise required of this Court was one of statutory interpretation. With this in mind, I do not find that the arguments respecting either implied jurisdiction

position meilleure que celle de la partie à la procédure principale pour savoir si le privilège est correctement revendiqué; ils ne disposeront non plus d'éléments pour décider s'il faut nommer un *amicus* ou un avocat spécial dans le but de contester le privilège au titre du paragraphe 18.1(4). Même si chaque affaire devra être tranchée en fonction de ses propres mérites, je dirais que dans un tel cas, la partie à la procédure principale devra être plus vigilante quant à sa décision de présenter ou non une demande au titre du paragraphe 18.1(4) de la Loi sur le SCRS, puisque sinon les renseignements caviardés ne seront jamais présentés à un juge désigné.

[63] [***] Je trouverais imprudent de charger une cour, un tribunal ou un organisme qui n'a pas lu les renseignements non caviardés de nommer un *amicus* ou un avocat spécial pour contester les revendications de privilège concernant ces renseignements.

[64] Enfin, je ferai quelques remarques brèves sur la compétence implicite et les pouvoirs absolus. En ce qui a trait à la compétence implicite, la procureure générale soutient que le critère est rigoureux : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626. Le fait que le juge désigné ait pensé qu'il était souhaitable de vérifier le fondement des revendications de privilège présentées en vertu de l'article 18.1 ne suffit pas pour lui conférer la compétence. Pour sa part, l'*amicus* a soutenu que les revendications exagérées présentées en application de l'article 18.1 constituent un abus de procédure, pour lequel le juge désigné dispose de pouvoirs absolus.

[65] Comme on l'a observé au départ, il faut d'abord accorder l'attention aux principes relatifs à l'interprétation des lois. La procureure générale a elle-même soutenu que l'existence de pouvoirs absolus doit être évaluée conformément aux principes d'interprétation des lois (mémoire des faits et du droit de la procureure générale, au paragraphe 67, citant *Canadian Transit Company c. Windsor (Ville)*, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265, au paragraphe 19, appel accueilli pour d'autres motifs : 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617). Dans ses observations présentées de vive voix, l'*amicus* a également admis que la principale mission confiée à la Cour en était une d'interprétation des lois. En gardant cela à l'esprit, je

or plenary powers would cause me to reach a different conclusion from that at which I have arrived following the foregoing analysis. Accordingly, there is no need to expand on that matter.

IV. Disposition

[66] For these reasons, I would allow the appeal. The Attorney General having complied in full with the designated Judge's order, the appropriate remedy is to declare that the order was made in excess of jurisdiction.

[67] These public reasons were first released on a classified basis on August 31, 2018 to ensure compliance with national security requirements prior to public release.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

ne peux conclure que les arguments concernant la compétence implicite ou les pouvoirs absolus m'amèneraient à tirer une conclusion différente de celle que j'ai tirée après mon analyse. Par conséquent, il n'y a aucune raison de s'étendre sur la question.

IV. Conclusion

[66] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel. La procureure générale s'étant conformée en totalité à l'ordonnance du juge désigné, le recours approprié est de déclarer que l'ordonnance a été rendue en l'absence de compétence.

[67] Ces motifs publics ont d'abord été publiés en version classifiée le 31 août 2018 afin d'assurer le respect des exigences en matière de sécurité nationale avant d'être rendus publics.

LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

CSIS-28-18
2019 FC 141

CSIS-28-18
2019 CF 141

IN THE MATTER OF an Application by [*] for Warrants Pursuant to Sections 12 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23**

DANS L’AFFAIRE d’une demande de mandats présentée par [*] en vertu des articles 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23**

And in the Matter of Islamist Terrorism – [*]**

Et dans l’affaire visant le terrorisme islamiste – [*]**

INDEXED AS: SECTIONS 12 AND 21 OF THE CANADIAN SECURITY INTELLIGENCE SERVICE ACT, R.S.C., 1985, c. C-23 (RE)

RÉPERTORIÉ : ARTICLES 12 ET 21 DE LA LOI SUR LE SERVICE CANADIEN DU RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ, L.R.C. (1985), CH. C-23 (RE)

Federal Court, Fothergill J.—Ottawa, September 25, 2018 and February 1, 2019.

Cour fédérale, juge Fothergill—Ottawa, 25 septembre 2018 et 1^{er} février 2019.

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

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

Security Intelligence — Application for warrants pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 21 in furtherance of ongoing investigation by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) into Islamist terrorism, named individual — Warrants authorizing CSIS to install collection implant on computer, cellphone devices without user’s knowledge — CSIS performing survey of device prior to intercepting communications — Survey information used to determine whether device owned, leased or used by subject of investigation — Survey information destroyed if device not meeting this condition — Survey information retained if CSIS believing device used by subject — Third party devices also subject to warrants — Whether proposed safeguards during survey stage sufficient to protect Canadian Charter of Rights and Freedom, privacy rights or interests of innocent third parties — Remotely installed implant may enable CSIS to intercept information from device used by innocent third party — Destruction of seized data not only way to limit invasiveness of search — Warrant itself may minimize intrusion into Charter rights, privacy interests of third parties — Minimization conditions in warrants required in some cases — Warrants having to fulfil objectives of prior authorization — Authorizing justices having discretion to impose conditions — Minimization conditions required in warrants authorizing remote installation of implants on devices — Warrants granted herein under search protocols sufficiently robust to safeguard Charter, privacy rights or interests of innocent parties — Application allowed.

Renseignement de sécurité — Demande de mandats présentée en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, dans le cadre d’une enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) sur le terrorisme islamiste et une personne connue — Les mandats autorisaient le SCRS à installer un implant destiné à la collecte dans un ordinateur ou un appareil de communication portable à l’insu de l’utilisateur — Avant que commence l’interception des communications, le SCRS effectue une analyse (survey) de l’appareil — Il détermine, au moyen des informations issues de l’analyse, si l’appareil est un appareil dont la cible est propriétaire ou qu’elle loue ou utilise — Si l’appareil ne satisfait pas à cette condition, les informations issues de l’analyse doivent être détruites — Le SCRS conserve les informations obtenues lors de l’analyse s’il croit que la cible utilise l’appareil — L’appareil appartenant à un tiers a aussi été visé par les mandats — Il s’agissait de savoir si les mesures proposées à l’étape de l’analyse suffisaient à protéger les droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents — Grâce à un implant installé à distance, le Service peut intercepter des informations sur un appareil qu’un tiers innocent utilise — La destruction des données obtenues n’est qu’une des manières de limiter le caractère intrusif de la fouille — Le mandat lui-même peut minimiser l’empiètement sur les droits garantis par la Charte et sur le droit des tiers au respect de leur vie privée — Des conditions prévoyant la réduction au minimum des répercussions peuvent être nécessaires dans un mandat dans certains cas — Les mandats doivent répondre aux objectifs de la procédure d’autorisation préalable — Le juge saisi de la demande

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Warrants sought pursuant to Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 21 in furtherance of ongoing investigation by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) into Islamist terrorism, named individual — Warrants authorizing CSIS to install collection implant on computer, cellphone devices without user's knowledge — Raising questions regarding compliance with Charter, privacy rights or interests of affected persons — CSIS performing survey of device prior to intercepting communications — Survey information used to determine whether device owned, leased or used by subject of investigation — Survey information destroyed if device not meeting this condition — Survey information retained if CSIS believing device used by subject — Third party devices subject to warrants — Whether proposed safeguards during survey stage sufficient to protect Canadian Charter of Rights and Freedom, privacy rights or interests of innocent third parties — Destruction of seized data not only way to limit invasiveness of search — Warrant itself may minimize intrusion into Charter rights, privacy interests of third parties — Minimization conditions required in warrants authorizing remote installation of implants on devices — Warrants granted herein under search protocols sufficiently robust to safeguard Charter, privacy rights or interests of innocent parties.

This was an application for warrants pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 in furtherance of an ongoing investigation by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) into Islamist terrorism and a named individual.

Two of those warrants authorized CSIS to install a collection implant on a device such as a computer or cellphone in order to intercept communications and obtain information. Collection

d'autorisation possède le pouvoir discrétionnaire d'imposer des conditions — Les mandats qui autorisent l'installation à distance d'implants dans des appareils doivent comporter des mesures de réduction au minimum des répercussions — Les mandats ont été décernés dans la présente affaire sur le fondement de protocoles de fouille suffisamment rigoureux pour protéger les droits garantis par la Charte et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents — Demande accueillie.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Demande de mandats présentée en vertu des art. 12 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, dans le cadre d'une enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) sur le terrorisme islamiste et une personne connue — Les mandats autorisaient le SCRS à installer un implant destiné à la collecte dans un ordinateur ou un appareil de communication portable à l'insu de l'utilisateur — Ils ont soulevé des questions relatives aux droits garantis par la Charte et au droit au respect de la vie privée des personnes qui pourraient être touchées — Le SCRS effectue une analyse (survey) de l'appareil avant que commence l'interception des communications — Il détermine, au moyen des informations issues de l'analyse, si l'appareil est un appareil dont la cible est propriétaire ou qu'elle loue ou utilise — Si l'appareil ne satisfait pas à cette condition, les informations issues de l'analyse doivent être détruites — Le SCRS conserve les informations obtenues lors de l'analyse s'il croit que la cible utilise l'appareil — L'appareil appartenant à un tiers était aussi visé par les mandats — Il s'agissait de savoir si les mesures proposées à l'étape de l'analyse suffisent à protéger les droits garantis par la Charte canadienne des droits et libertés et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents — La destruction des données obtenues n'est qu'une des manières de limiter le caractère intrusif de la fouille — Le mandat lui-même peut minimiser l'empiètement sur les droits garantis par la Charte et sur le droit des tiers au respect de leur vie privée — Des conditions prévoyant la réduction au minimum des répercussions peuvent être nécessaires dans un mandat dans certains cas — Les mandats ont été décernés dans la présente affaire sur le fondement de protocoles de fouille suffisamment rigoureux pour protéger les droits garantis par la Charte et le droit des tiers innocents.

Il s'agissait d'une demande de mandats présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, dans le cadre d'une enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) sur le terrorisme islamiste et une personne connue.

Deux de ces mandats autorisaient le SCRS à installer un implant destiné à la collecte dans un ordinateur ou un appareil de communication portable en vue d'intercepter des

from an implant is done on an ongoing basis without the user's knowledge. Certain powers sought in the warrants were novel, and could raise questions regarding compliance with the *Canadian Charter of Rights and Freedom* (Charter), and the privacy rights or interests of persons who could be affected by their exercise. The new powers sought in the warrants were intended to reflect the practical reality that CSIS may not be able to determine, prior to installing an implant, whether the device belongs to or is used by the subject of investigation. Where an implant is remotely installed, a survey of the device is performed prior to intercepting communications. A CSIS employee reviews the survey information and determines whether the device is (a) a portable device owned, leased or used by the subject of investigation; or (b) a computer holding information that may be obtained pursuant to the general intercept and search warrant. If the device does not fall within one of these two categories, then the survey information is destroyed as soon as reasonably practicable, but no later than six months from the date it was obtained. If the device is neither owned nor leased by the subject of investigation, but the CSIS employee has reasonable grounds to believe that it is used by the subject, then the Regional Director General may authorize interception. Survey information which may assist the Regional Director General's exercise of this responsibility may be retained for this purpose. Devices belonging to third parties would also be subjected to the warrants. CSIS would be able to distinguish a third party device from the device belonging to or used by the subject of investigation. If information regarding a third party device does not relate to a subject of investigation, it is destroyed as soon as reasonably practicable.

The issue raised by these warrant applications was whether the safeguards proposed by CSIS during the survey stage were sufficient to protect the Charter and privacy rights or interests of innocent third parties whose personal information may be collected during the remote installation of an implant on a device.

Held, the application should be allowed.

A remotely installed implant may enable CSIS to intercept information from a device that is used by or belongs to an innocent third party. Canadian case law addressing the legal implications of remotely installed implants is sparse. The destruction of data seized from innocent third parties is one way to limit the invasiveness of an electronic search, but it is not the only one. The warrant itself may minimize intrusion into the Charter rights and privacy interests of third parties. In *R. v. Thompson*, the Supreme Court considered a "resort to" clause that would authorize the police to monitor communications

communications et d'obtenir des informations. Il s'agit d'une collecte qui s'effectue en continu, à l'insu de l'utilisateur. Les mandats demandés prévoyaient certains pouvoirs nouveaux qui pourraient soulever des questions relatives aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) et au droit au respect de la vie privée des personnes que l'exercice de ces pouvoirs pourrait toucher. Les nouveaux pouvoirs demandés dans les mandats étaient censés prévoir qu'en pratique, le SCRS peut ne pas être en mesure de déterminer, avant l'installation, que l'appareil appartient à la cible ou est utilisé par elle. Avant que commence l'interception des communications dans un appareil où un implant a été installé à distance, une analyse (*survey*) de l'appareil est effectuée. Un employé du SCRS détermine, au moyen des informations issues de l'analyse, si l'appareil est a) un appareil portable dont la cible est propriétaire ou qu'elle loue ou utilise, ou b) un ordinateur qui contient des informations pouvant être obtenues en vertu du mandat sur les interceptions générales et les fouilles. Si l'appareil n'entre pas dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, les informations issues de l'analyse sont détruites dès qu'il est matériellement possible de le faire, dans les six mois suivant l'obtention. Le directeur général régional peut autoriser l'interception des communications effectuées au moyen d'un appareil dont la cible de l'enquête n'est pas propriétaire et qu'elle n'a pas loué, si l'employé du SCRS a des motifs raisonnables de croire que celle-ci l'utilise. Il est possible de conserver les informations obtenues lors de l'analyse qui peuvent aider le directeur général régional à s'acquitter de cette responsabilité, à cette fin. L'appareil appartenant à un tiers était aussi visé par les mandats. Le SCRS serait en mesure de distinguer cet appareil de l'appareil dont la cible était propriétaire ou qu'elle utilisait. Il devait détruire cette information si elle n'était pas liée à une cible d'enquête dès qu'il lui serait matériellement possible de le faire.

La demande de mandats a soulevé la question de savoir si les mesures proposées par le Service à l'étape de l'analyse suffisaient à protéger les droits garantis par la Charte et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents dont il pourrait recueillir les renseignements personnels dans le cadre de l'installation à distance d'un implant dans un appareil.

Jugement : la demande doit être accueillie.

Grâce à un implant installé à distance, le Service peut intercepter des informations sur un appareil dont un tiers innocent est propriétaire ou qu'il utilise. Au Canada, les précédents ayant trait aux conséquences juridiques de l'installation d'implants à distance sont peu nombreux. La destruction des données obtenues auprès de tiers innocents n'est qu'une des manières de limiter le caractère intrusif de la fouille. Le mandat lui-même peut minimiser l'empiètement sur les droits garantis par la Charte et sur le droit des tiers au respect de leur vie privée. Dans l'arrêt *R. c. Thompson*, la Cour suprême du Canada a

from a location the target may “resort to”. The “resort to” clause was not found to be unlawful in *Thomson*; however, a total absence of any protection for the public created a potential for carrying out unreasonable searches and seizures. The principle remained valid and applicable here. Minimization conditions in a warrant may be required in some cases depending on the extent of the potential invasion of the privacy of innocent third parties. While search protocols may not be constitutionally required in all cases, authorizing justices must assure themselves that the warrants they issue fulfil the objectives of prior authorization. They also have the discretion to impose conditions to ensure they do. Given the extent of the potential invasion of the privacy of innocent third parties, the parties agreed herein that minimization conditions were required in warrants that authorize the remote installation of implants on devices. The survey stage was made mandatory before full data collection could commence and the data collected at that stage was limited to specific categories. With these modifications, the searches to be conducted under the warrants requested were reasonable. The search protocols were sufficiently robust to safeguard the Charter and privacy rights or interests of innocent parties. The warrants were therefore granted, but could only be issued with the search protocols set out herein.

étudié une disposition sur les « «endroits fréquentés» » qui autoriserait la police à surveiller les communications effectuées à un endroit que la cible est susceptible de fréquenter. Dans l’arrêt *Thompson*, la disposition sur les « endroits fréquentés » n’a pas été jugée contrevenir à la loi; toutefois, l’absence totale de toute mesure de protection du public entraînait la possibilité que soient effectuées des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives. Ce principe est demeuré valable et s’appliquait en l’espèce. Il se peut que des conditions prévoyant la réduction au minimum des répercussions dans un mandat soient nécessaires dans certains cas, selon l’ampleur de l’atteinte possible à la vie privée de tiers innocents. S’il est possible que des protocoles de fouille ne soient pas constitutionnellement requis en toutes circonstances, le juge saisi de la demande d’autorisation doit s’assurer que les mandats qu’il décerne répondent aux objectifs de la procédure d’autorisation préalable. Il possède en outre le pouvoir discrétionnaire d’imposer des conditions à cette fin. Compte tenu de l’ampleur de l’atteinte éventuelle à la vie privée de tiers innocents, les parties ont convenu dans la présente affaire que les mandats qui autorisent l’installation à distance d’implants dans des appareils doivent comporter des mesures de réduction au minimum des répercussions. L’étape de l’analyse a été rendue obligatoire avant que la collecte de données puisse commencer, et les données obtenues à l’étape de l’analyse se sont limitées à certaines catégories. Moyennant l’apport de ces modifications, les fouilles à effectuer en vertu des mandats demandés étaient raisonnables. Les protocoles de fouille étaient suffisamment rigoureux pour protéger les droits garantis par la Charte et le droit des tiers innocents. Partant, les mandats ont été décernés, mais pour être décernés, ils devaient comporter les protocoles de fouille qui ont été énoncés en l’espèce.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 8.
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 12, 21.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Thompson, [1990] 2 S.C.R. 1111, (1990), 73 D.L.R. (4th) 596.

CONSIDERED:

Atwal v. Canada, [1988] 1 F.C. 107 (1987), 28 Admin. L.R. 92 (C.A.); *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608; *In re Warrant*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 8.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 12, 21.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

R. c. Thompson, [1990] 2 R.C.S. 1111.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Atwal c. Canada, [1988] 1 C.F. 107 (C.A.); *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657; *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608; *In re Warrant to Search a Target*

to Search a Target Computer at Premises Unknown, 2013 WL 1729765, 958 F. Supp. 2d 753 (U.S. Dist. Ct.).

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Huang, 2018 FCA 109, 362 C.C.C. (3d) 87.

AUTHORS CITED

Chand, Gerald, *Digital Evidence: A Practitioner's Handbook*. Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2018.

Jones, Brock. "Modern Technology and Privacy Rights: Leading Canadian and U.S. Case Law" Ontario Bar Association Criminal Justice, Vol. 22, No. 10, June 2013.

Owsley, Brian L. "Beware of Government Agents Bearing Trojan Horses" (2015), 48 *Akron L. Rev.* 314.

APPLICATION for warrants pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 in furtherance of an ongoing investigation by the Canadian Security Intelligence Service into Islamist terrorism and a named individual. Application allowed.

APPEARANCES

Stéphanie Dion and *Andrew Cameron* for applicant.
Ian Carter as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

Bayne Sellar Ertel Carter, Ottawa, as *amicus curiae*.

The following are the reasons for order rendered in English by

FOTHERGILL J.:

I. Overview

[1] On October 16, 2018, I issued a series of warrants pursuant to sections 12 and 21 of the *Canadian Security*

Computer at Premises Unknown, 2013 WL 1729765, 958 F. Supp. 2d 753 (U.S. Dist. Ct.).

DÉCISION CITÉE :

Canada (Procureur général) c. Huang, 2018 CAF 109.

DOCTRINE CITÉE

Chand, Gerald, *Digital Evidence: A Practitioner's Handbook*. Toronto : Emond Montgomery Publications Limited, 2018.

Jones, Brock. « Modern Technology and Privacy Rights : Leading Canadian and U.S. Case Law » L'Association du Barreau de l'Ontario Justice pénale, vol. 22, n° 10, juin 2013.

Owsley, Brian L. « Beware of Government Agents Bearing Trojan Horses » (2015), 48 *Akron L. Rev.* 314.

DEMANDE de mandats présentée en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, dans le cadre d'une enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité sur le terrorisme islamiste et une personne connue. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Stéphanie Dion et *Andrew Cameron*, pour le demandeur.
Ian Carter, à titre d'*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

La sous-procureure générale du Canada, pour le demandeur.

Bayne Sellar Ertel Carter, Ottawa, à titre d'*amicus curiae*.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

LE JUGE FOTHERGILL :

I. Aperçu

[1] Le 16 octobre 2018, j'ai décerné une série de mandats en vertu des articles 12 et 21 de la *Loi sur le Service*

Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23 (CSIS Act) in furtherance of an ongoing investigation by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service) into Islamist terrorism and a named individual. Two of those warrants authorize the Director of CSIS and any employee of the Service acting under his authority to install, maintain, remove [***] “any thing” on a computer or portable communications device in order to intercept communications and obtain information. This technique is commonly described as installing an “implant” on a device.

[2] In effect, a collection implant enables the Service to covertly receive a copy of what a subject of investigation [***] on a computer or portable communications device (collectively, device). The Service also uses implants to conduct remote searches of devices and obtain information including, but not limited to, images, documents, e-mail messages, [***]. Collection from an implant is done on an ongoing basis without the user’s knowledge.

[3] Counsel representing the Attorney General of Canada acknowledged that certain powers sought in the warrants are novel, and could raise questions regarding compliance with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*¹ (Charter), and the privacy rights or interests of persons who could be affected by their exercise. The Court convened an oral hearing to hear from counsel for the Attorney General, the CSIS employee who applied for the warrants, and two additional affiants.

[4] The Court also appointed a security-cleared *amicus curiae*. The *amicus curiae* was given access to relevant documents, and was offered the opportunity to cross-examine all affiants and make submissions orally and in writing. The Court directed the *amicus curiae* to present his considered and professional opinion regarding the legal and other issues raised by the application. The *amicus curiae* was not obliged to adopt an adversarial position if he did not consider this to be necessary or justified.

¹ being art 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 44].

canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Loi sur le SCRS) dans le cadre d’une enquête menée par le Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS ou Service) sur le terrorisme islamiste et une personne connue. Deux de ces mandats autorisent le directeur du SCRS et tout employé agissant sous son autorité à installer tout « objet » dans un ordinateur ou un appareil de communication portable, à l’entretenir, à l’enlever [***], en vue d’intercepter des communications et d’obtenir des informations. Il s’agit de la technique qui, généralement parlant, consiste à installer un « implant » dans un appareil.

[2] En pratique, un implant destiné à la collecte permet au Service d’obtenir, en secret, une copie de ce que la cible [***] sur un ordinateur ou un appareil de communication portable (appareil) ou par l’entremise de celui-ci. Le Service a aussi recours à des implants pour fouiller des appareils à distance et obtenir des informations, notamment des images, des documents, des courriels, [***]. Il s’agit d’une collecte qui s’effectue en continu, à l’insu de l’utilisateur.

[3] L’avocat représentant la procureure générale du Canada a reconnu que les mandats demandés prévoient des pouvoirs nouveaux qui pourraient soulever des questions relatives aux droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ (Charte) et au droit au respect de la vie privée des personnes que l’exercice de ces pouvoirs pourrait toucher. La Cour a entendu les observations orales de l’avocat de la procureure générale, de l’employé du SCRS qui a présenté la demande de mandats et de deux déposants.

[4] La Cour a aussi nommé un *amicus curiae* possédant l’habilitation de sécurité nécessaire. Celui-ci a eu accès aux documents utiles et a eu la possibilité de contre-interroger les déposants et de présenter des observations orales et écrites. La Cour a demandé à l’*amicus curiae* de lui faire part de son opinion réfléchie et professionnelle quant aux questions de nature juridique, entre autres, que soulevait la demande. L’*amicus curiae* n’était pas tenu d’adopter une position antagoniste s’il n’estimait pas que c’était nécessaire ou justifié.

¹ qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

[5] After hearing from the affiants, reading the materials filed, and considering the submissions of counsel for the Attorney General of Canada and the *amicus curiae*, I concluded that the requirements of paragraphs 21(2)(a) and (b) of the CSIS Act were met and the warrants should be issued with minor modifications. These are the reasons for that decision.

II. New Powers Sought

[6] Before installing an implant on a device, the Service seeks to identify the device used by the subject of its investigation. This is typically accomplished by recourse to human sources, surveillance, interviews, cell-site simulators, or requests to domestic or foreign law enforcement and intelligence agencies. It may also be facilitated by the interception of communications and information obtained from communications service providers. If the subject of investigation [***] CSIS may seek the assistance of the Communications Security Establishment to conduct the investigative steps authorized by the warrants.

[7] When performing a remote installation of an implant, the Service first collects preliminary information in order to confirm that the implant is being installed on a device that belongs to or is used by the subject of investigation. The new powers sought in the warrants are intended to reflect the practical reality that the Service may not be able to determine, prior to installing an implant, whether the device belongs to or is used by the subject of investigation.

[8] The warrants authorize employees of the Service to remotely install an implant on any device that is [***] by the subject of investigation; [***] by the subject of investigation. [***]

[9] Depending on the kind of implant used, the Service may require an Internet warrant to be in force. The Internet warrant authorizes the Service to intercept communications destined to or originating from an Internet services account [***] a subject of investigation.

[5] Après avoir entendu les déposants et pris connaissance des documents présentés ainsi que des observations de l’avocat de la procureure générale et de l’*amicus curiae*, j’ai conclu que la demande satisfaisait aux exigences prévues aux alinéas 21(2)a) et b) de la Loi sur le SCRS et que les mandats pouvaient être décernés sous réserve de modifications mineures. Voici les motifs de cette décision.

II. Nouveaux pouvoirs demandés

[6] Avant de procéder à l’installation d’un implant, le SCRS cherche à repérer l’appareil utilisé par la cible de l’enquête. Pour ce faire, il utilise habituellement les méthodes suivantes : recours à des sources humaines, filature, entrevues, utilisation d’émulateurs de station de base ou demande d’assistance à des services d’application de la loi ou de renseignement canadiens ou étrangers. Cette démarche peut aussi être facilitée par l’interception de communications et l’obtention d’informations auprès de fournisseurs de services de communication. Si la cible [***] le SCRS peut demander au Centre de la sécurité des télécommunications de lui prêter assistance dans les activités d’enquête menées en vertu des mandats.

[7] Lorsqu’il installe un implant à distance, le Service recueille au préalable des informations lui permettant de confirmer que l’implant sera bien installé dans un appareil dont la cible est propriétaire ou qu’elle utilise. Les nouveaux pouvoirs demandés dans les mandats sont censés prévoir qu’en pratique, le Service peut ne pas être en mesure de déterminer, avant l’installation, que l’appareil appartient à la cible ou est utilisé par elle.

[8] Les mandats autorisent les employés du SCRS à installer à distance un implant dans tout appareil [***] de la cible [***] de la cible. [***]

[9] Tout dépendant du type d’implant, le SCRS peut devoir obtenir un mandat sur Internet. Ce mandat l’autorise à intercepter les communications qui parviennent à un compte auprès d’un fournisseur de services Internet [***] de la cible [***] ou qui en proviennent.

[10] Where an implant is remotely installed on a device [***] a survey of the device is performed prior to intercepting communications and obtaining the information described in the warrants. The survey information may include: [***] operating system information, device make and model, network addresses, [***].

[11] Other information may also be obtained at the survey stage in order to protect the security of the implant: [***].

[12] Depending on whether the Service is operating pursuant to a portable device warrant or a general intercept and search warrant, a designated Service employee reviews the survey information and determines whether the device is (a) a portable device owned, leased or used by the subject of investigation; or (b) a computer holding information that may be obtained pursuant to the general intercept and search warrant. If the device falls within one of these two categories, then the survey information is retained and the interception and collection from the device commences. If the device does not fall within one of these two categories, then the survey information is destroyed as soon as reasonably practicable, but no later than six months from the date it was obtained.

[13] If the device is neither owned nor leased by the subject of investigation, but the designated Service employee has reasonable grounds to believe that it is used by the subject, then the Regional Director General may authorize interception. Survey information which may assist the Regional Director General's exercise of this responsibility may be retained for this purpose. Due to the exigencies of the investigation, the determination is usually made quickly.

[14] The warrants also authorize [***] using what is referred to as a [***]. A survey is not required for [***] because a determination has already been made that the implant has been installed on a device belonging to or used by a subject of investigation.

[10] Avant que commence l'interception des communications et l'obtention des informations mentionnées dans les mandats dans un appareil où un implant a été installé à distance [***] une analyse (*survey*) de l'appareil est effectuée, laquelle permet d'obtenir, en tout ou en partie, les informations suivantes : [***] informations sur le système d'exploitation, marque et modèle de l'appareil, adresses réseau, [***].

[11] D'autres informations peuvent être obtenues à cette étape afin d'assurer la sécurité de l'implant : [***].

[12] Selon que s'applique le mandat sur les appareils portables ou le mandat sur les interceptions générales et les fouilles, un employé du Service désigné détermine, au moyen des informations issues de l'analyse, si l'appareil est a) un appareil portable dont la cible est propriétaire ou qu'elle loue ou utilise ou b) un ordinateur qui contient des informations pouvant être obtenues en vertu du mandat sur les interceptions générales et les fouilles. Si l'appareil entre dans l'une ou l'autre de ces catégories, les informations issues de l'analyse sont conservées, et l'interception et la collecte commencent. Si ce n'est pas le cas, les informations en question sont détruites dès qu'il est matériellement possible de le faire, dans les six mois suivant l'obtention.

[13] Le directeur général régional peut autoriser l'interception des communications effectuées au moyen d'un appareil dont la cible de l'enquête n'est pas propriétaire et qu'elle n'a pas loué, si l'employé du Service désigné a des motifs raisonnables de croire que celle-ci l'utilise. Il est possible de conserver les informations obtenues lors de l'analyse qui peuvent aider le directeur général régional à s'acquitter de cette responsabilité, à cette fin. En général, les circonstances de l'enquête l'amènent à prendre la décision rapidement.

[14] Les mandats autorisent aussi [***] servant de [***] ne requiert pas d'analyse, car il a déjà été déterminé que l'implant a été installé dans un appareil dont la cible de l'enquête est propriétaire ou qu'elle utilise.

[15] In addition, the warrants authorize the [***] of a device belonging to a third party where the Service installs an implant on a device which is subsequently determined at the survey stage to be unconnected to the target of investigation. The warrants permit the Service to [***] the third party's device that will enable CSIS to distinguish it from the device belonging to or used by the subject of investigation. Once installed, the [***]. As this information does not relate to a subject of investigation, it is destroyed as soon as reasonably practicable, but no later than six months from the date it was obtained.

[16] While much of the information obtained at the survey stage will reveal little or no core biographical information about the individual who owns or uses the device, some of it may. Depending on [***] may disclose sensitive personal information. [***].

III. Issue

[17] The legal issue raised by these warrant applications is whether the safeguards proposed by the Service during the survey stage are sufficient to protect the Charter and privacy rights or interests of innocent third parties whose personal information may be collected during the remote installation of an implant on a device.

IV. Analysis

[18] The installation of an implant on a device is authorized under standard provisions of warrants that permit the interception of communications, the acquisition of information and images, and the tracking or geolocation of a subject of investigation. The Service has previously sought to intercept communications or obtain information from a device by remotely installing an implant. This technique, including the use of a survey stage to identify the correct device, was explained to the Court during an *en banc* presentation on December 15, 2017.

[19] In the course of the *en banc* presentation, Chief Justice Paul Crampton expressed the view that a survey

[15] En outre, les mandats autorisent [***] d'un appareil appartenant à un tiers, c'est-à-dire l'installation d'un implant dans un appareil qui, à l'issue de l'étape de l'analyse, s'avère ne pas avoir de lien avec la cible. Les mandats permettent au Service [***] dans l'appareil du tiers, [***] qui lui permettra de distinguer cet appareil de l'appareil dont la cible est propriétaire ou qu'elle utilise. [***]. Le SCRS détruit cette information, qui n'est pas liée à une cible d'enquête, dès qu'il lui est matériellement possible de le faire, dans les six mois suivant l'obtention.

[16] La plupart des informations obtenues à l'étape de l'analyse ne révéleront que peu d'informations biographiques de base sur la personne qui est propriétaire de l'appareil ou qui l'utilise, voire aucune; cependant, ce pourrait être le cas de certaines d'entre elles. Tout dépendant [***] peuvent révéler des renseignements personnels sensibles. [***].

III. Question

[17] La demande de mandats en l'espèce soulève le point de droit suivant : les mesures proposées par le Service à l'étape de l'analyse suffisent-elles à protéger les droits garantis par la Charte et le droit au respect de la vie privée des tiers innocents dont il pourrait recueillir les renseignements personnels dans le cadre de l'installation à distance d'un implant dans un appareil?

IV. Analyse

[18] Selon les dispositions habituelles des mandats autorisant l'interception de communications, l'acquisition d'informations et d'images ainsi que le repérage ou la géolocalisation d'une cible, le Service peut installer un implant dans un appareil. Le SCRS a déjà cherché à intercepter des communications ou à obtenir des informations provenant d'un appareil en y installant un implant à distance. Le 15 décembre 2017, une formation collégiale des juges de la Cour a reçu des explications relatives à cette technique et à l'étape de l'analyse consistant à repérer le bon appareil.

[19] Au cours de cet exposé, le juge en chef Paul Crampton s'est dit d'avis que l'étape de l'analyse devrait

stage should be mandatory before full data collection using an implant can begin. This is the first time the Court has been asked to consider the language of the new warrant condition.

A. General Principles

[20] The Court may grant a warrant enabling CSIS to collect information and intelligence under section 12 of the CSIS Act only when the requirements of subsection 21(2) are met. The Court must be satisfied, *inter alia*, that a warrant is required to investigate a threat to the security of Canada, and that other investigative measures have been tried and have either failed or are unlikely to succeed. The Federal Court of Appeal observed in *Atwal v. Canada*, [1988] 1 F.C. 107, at page 127 that “it will be generally less practically possible to be specific, in advance, in authorizations to intercept private communications under the [CSIS] Act than under the *Criminal Code*”.

[21] A search pursuant to a CSIS warrant may be unreasonable and contrary to section 8 of the Charter if it is not carried out in a reasonable manner. This may be because the issuing justice failed to limit the breadth of the authorization, or because the persons carrying out the search failed to adhere to minimization principles in executing the warrants (*Canada (Attorney General) v. Huang*, 2018 FCA 109, 362 C.C.C. (3d) 87, at paragraph 28).

[22] There is a high expectation of privacy in a computer or a cell phone. As the Supreme Court of Canada held in *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657 [*Vu*], at paragraphs 40 to 44, it is difficult to imagine a more intrusive invasion of privacy than a search of these devices. Personal computers store immense amounts of information, some of which may touch the “biographical core of personal information”. In addition, computers contain information that is automatically generated, often without the knowledge of the user, and a computer may retain files and data long after users think they have been deleted. When connected to the Internet, computers serve as portals to an almost infinite amount of

être obligatoire avant que la collecte de données au moyen d’un implant puisse commencer. La Cour se penchait alors pour la première fois sur le libellé de la nouvelle condition figurant dans les mandats.

A. Principes généraux

[20] La Cour ne peut décerner un mandat permettant au Service de recueillir des informations et des renseignements en vertu de l’article 12 de la Loi sur le SCRS que si les exigences prévues au paragraphe 21(2) de cette même loi sont respectées. Notamment, la Cour doit être convaincue que le mandat est nécessaire pour permettre au Service de faire enquête sur des menaces envers la sécurité du Canada et que d’autres méthodes d’enquête ont été essayées en vain ou semblent avoir peu de chances de succès. Dans l’arrêt *Atwal c. Canada*, [1988] 1 C.F. 107, à la page 127, la Cour d’appel fédérale a souligné que « les autorisations d’interception de communications privées fondées sur la [Loi sur le SCRS] seront, en pratique, plus difficilement précises à l’avance que les autorisations prévues au *Code criminel* ».

[21] Si elle n’est pas menée de manière raisonnable, une fouille effectuée en vertu d’un mandat décerné au SCRS peut être abusive, donc contraire à l’article 8 de la Charte. Il se peut que le juge qui a décerné le mandat ait omis de limiter la portée de l’autorisation ou que les personnes qui ont effectué la fouille n’aient pas souscrit aux principes de réduction au minimum des répercussions lorsqu’elles ont exécuté les mandats (*Canada (Procureur générale) c. Huang*, 2018 CAF 109, au paragraphe 28).

[22] S’agissant d’un ordinateur ou d’un téléphone, l’attente en matière de vie privée est élevée. Comme l’a soutenu la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657 (*Vu*), aux paragraphes 40 à 44, il est difficile d’imaginer une atteinte plus grave à la vie privée que la fouille d’un de ces appareils. En effet, un ordinateur personnel contient d’immenses quantités d’informations, dont certaines touchent à l’« ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel ». En outre, les ordinateurs renferment des informations générées automatiquement, souvent à l’insu de l’utilisateur, et peuvent conserver des fichiers et des données longtemps après que l’utilisateur

information that is shared between different users and is stored almost anywhere in the world. Similarly, a computer that is connected to a network may allow police and intelligence agencies to obtain access to information on other devices.

[23] In *R. v. Marakah*, 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608, at paragraph 37, the Supreme Court of Canada remarked that electronic conversations are capable of revealing a great deal of personal information. Preservation of a “zone of privacy” in which personal information is safe from state intrusion is the very purpose of section 8 of the Charter. This zone of privacy extends beyond one’s own mobile device. It can include electronic conversations in which one shares private information with others. It is reasonable to expect these private interactions, and not just the contents of a particular cell phone at a particular point in time, to remain private.

B. Remote Searches

[24] A remotely installed implant may enable CSIS to intercept [***] the installation of an implant on a device that is used by or belongs to an innocent third party is a real possibility. If the [***] is associated with a public place, such as an Internet café, it becomes highly likely.

[25] The *amicus curiae* informed the Court that Canadian jurisprudence addressing the legal implications of remotely installed implants is sparse. He referred the Court to the following excerpt from Gerald Chand and Susan Magotiaux, *Digital Evidence: A Practitioner’s Handbook* (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2018), at page 47:

What about when the state wants to access data on a computer without actually entering the place where the computer is located? More creative methods of remote data access are yet to be comprehensively considered in Canada courts, though there have been attempts in the United States for state actors to seek judicial authorization

croit les avoir détruits. L’ordinateur connecté à Internet sert de portail à une quantité presque infinie de données qui sont partagées entre différents utilisateurs et stockées presque n’importe où dans le monde. De même, depuis un ordinateur connecté à un réseau, les services de police et de renseignement peuvent avoir accès à des informations qui se trouvent dans d’autres appareils.

[23] Dans l’arrêt *R. c. Marakah*, 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608, au paragraphe 37, la Cour suprême du Canada a souligné que les conversations électroniques sont susceptibles de révéler une somme considérable de renseignements personnels. Le maintien d’un « espace privé » protégeant les renseignements personnels contre les intrusions de l’État est la raison d’être de l’article 8 de la Charte. Cet espace privé s’étend bien au-delà de l’appareil mobile d’une personne. En effet, il peut englober les conversations électroniques par lesquelles elle communique des renseignements personnels. Il est raisonnable de s’attendre à ce que les interactions privées, et non seulement le contenu d’un téléphone cellulaire à un moment précis, demeurent privées.

B. Fouilles à distance

[24] Grâce à un implant installé à distance, le Service peut intercepter [***] il est tout à fait possible qu’un implant soit installé sur un appareil dont un tiers innocent est propriétaire ou qu’il utilise. Cette possibilité devient très forte lorsque [***] est associée à un endroit public comme un café Internet.

[25] L’*amicus curiae* a avisé la Cour qu’au Canada, les précédents ayant trait aux conséquences juridiques de l’installation d’implants à distance sont peu nombreux, se référant à un passage de l’ouvrage de Gerald Chan et de Susan Magotiaux, *Digital Evidence: A Practitioner’s Handbook* (Toronto: Emond Montgomery Publications Limited, 2018), page 47 :

[TRADUCTION] Qu’arrive-t-il si l’État veut accéder à des données stockées sur un ordinateur sans pénétrer dans le lieu où il se trouve? Les tribunaux canadiens n’ont pas encore étudié de façon exhaustive certaines méthodes créatives permettant l’accès aux données à distance. Cependant, aux États-Unis, des intervenants étatiques ont cherché à

for offsite access through the use of programs delivered covertly to a target machine.

[26] In “Modern Technology and Privacy Rights: Leading Canadian and U.S. Case Law” (Ontario Bar Association Criminal Justice, Vol. 22, No. 10 (June 2013)), Assistant Crown Attorney Brock Jones refers to a case in which parole authorities were denied a warrant to search for breaches of a long-term supervision order. Mr. Jones offers the following comments, at page 8:

The government’s reliance on an IP address associated to emails sent and received from the presumed “target computer” lends itself to potential pitfalls. The person(s) sending the emails in question may have used “spoofing” software to disguise their true IP address, and therefore the installation of the Trojan software could target innocent computer users and their computers. The computer in question could also be in a public space such as a café or library. Installation of the spyware would potentially capture many innocent persons utilizing the computer for innocent purposes. The government’s application would also permit real-time video surveillance via the computer’s webcam. As such, the government must apply for a wiretap authorization, not a warrant. Future applications must address the court’s concerns before a warrant would issue. [Emphasis added.]

[27] *In re Warrant to Search a Target Computer at Premises Unknown*, 2013 WL 1729765, at pages 3 and 4, United States Magistrate Judge Stephen W.M. Smith of the District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, refused an application for a warrant to target a computer remotely. While the ruling must be understood within the unique legal context of that jurisdiction, Judge Smith asked a number of questions that are potentially germane to the present case:

This “method” of software installation is nowhere explained. Nor does the Government explain how it will ensure that only those “committing the illegal activity will be ... subject to the technology.” What if the Target Computer is located in a public library, an Internet café, or a workplace accessible to others? What if the computer

obtenir des tribunaux l’autorisation d’obtenir un tel accès au moyen de logiciels installés secrètement dans un appareil visé.

[26] Dans son article « Modern Technology and Privacy Rights : Leading Canadian and U.S. Case Law » (L’Association du Barreau de l’Ontario Justice pénale, vol. 22, n° 10 (juin 2013, page 8)), le procureur adjoint de la Couronne Brock Jones fait allusion à une affaire où les autorités chargées des libérations conditionnelles n’ont pas pu obtenir un mandat de perquisition en vue de constater des violations d’une ordonnance de surveillance de longue durée.

[TRADUCTION] En se fiant à une adresse IP liée aux courriels envoyés de l’« ordinateur cible » présumé ou qui lui sont parvenus, le gouvernement s’expose à tomber dans un piège. Quiconque envoie les courriels en question peut avoir utilisé un logiciel d’usurpation pour masquer sa véritable adresse IP. Par conséquent, l’installation du cheval de Troie peut se faire aux dépens d’utilisateurs innocents et de leurs appareils. L’ordinateur en question peut aussi se trouver dans un lieu public comme un café ou une bibliothèque. Ainsi, les activités anodines de nombreuses personnes innocentes pourraient être captées par le logiciel espion. L’application gouvernementale permettrait d’exercer une surveillance par l’entremise de la webcam de l’ordinateur, et ce, en temps réel. Par conséquent, le gouvernement doit demander une autorisation d’écoute électronique plutôt qu’un mandat. Les demandes futures doivent répondre aux préoccupations de la Cour, avant qu’un mandat puisse être décerné. [Non souligné dans l’original.]

[27] Dans *In re Warrant to Search a Target Computer at Premises Unknown*, 2013 WL 1729765, aux pages 3 et 4, le juge Stephen W.M. Smith de la Cour du district Sud du Texas, division de Houston, a refusé une demande de mandat visant un ordinateur à distance. Si la décision doit être interprétée dans le contexte propre à cette juridiction, il n’en reste pas moins que le juge Smith a posé des questions qui peuvent être pertinentes en l’espèce.

[TRADUCTION] Cette « méthode » d’installation de logiciel n’est expliquée nulle part. En outre, le gouvernement n’explique pas comment il s’assurera que seules les personnes « qui mènent l’activité illégale [...] seront visées par la technologie ». Que se passera-t-il si l’ordinateur visé se trouve dans une bibliothèque publique, dans un café

is used by family or friends uninvolved in the illegal scheme? What if the counterfeit email address is used for legitimate reasons by others unconnected to the criminal conspiracy? What if the email address is accessed by more than one computer, or by a cell phone and other digital devices? There may well be sufficient answers to these questions, but the Government's application does not supply them. [Footnote omitted; emphasis added.]

[28] In “Beware of Government Agents Bearing Trojan Horses”, (2015), 48 *Akron L. Rev.* 314: Issue 2, Article 4 at pages 345 to 347, Assistant Professor Brian L. Owsley of Texas Tech University Law School suggests that concerns of this nature may be addressed through a prior authorization process, and by putting protocols in place. In particular: (a) investigators must be barred from keeping third party information that is unrelated to the investigation; (b) investigators must distinguish between information that is relevant to the subject of the investigation on the targeted computer and non-relevant materials, such as personal photos and financial information that does not evidence any criminal activity; and (c) hard copies of irrelevant materials must be destroyed, and any electronic records must be deleted.

C. Minimization Protocols

[29] The destruction of data seized from innocent third parties is one way to limit the invasiveness of an electronic search, but it is not the only one. The warrant itself may minimize intrusion into the Charter rights and privacy interests of third parties.

[30] In *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111 (*Thompson*), the Supreme Court of Canada considered a “resort to” clause in an authorization to intercept private communications. The clause would authorize the police to monitor communications from a location the target may “resort to”, in this case a pay telephone available to the public. Justice John Sopinka said the following, at pages 1143–1144:

Internet ou dans un lieu de travail accessible à d'autres personnes, ou s'il est utilisé par des membres de la famille ou des amis qui n'ont rien à voir avec l'activité illégale? Qu'arrivera-t-il si la fausse adresse de courriel est utilisée à des fins légitimes par des personnes qui n'ont pas partie liée au complot criminel? Et si l'adresse de courriel est consultée depuis plus d'un ordinateur ou au moyen d'un téléphone cellulaire et d'autres appareils numériques? S'il existe des réponses satisfaisantes à ces questions, le gouvernement ne les donne pas dans sa demande. [Note en bas de page omise; non souligné dans l'original.]

[28] Dans l'article « Beware of Government Agents Bearing Trojan Horses » ((2015), 48 *Akron L. Rev.* 314, n° 2, article 4, aux pages 345 à 347), Brian L. Owsley, professeur adjoint à l'école de droit de l'Université Texas Tech, laisse entendre que les préoccupations de cette nature pourraient être atténuées grâce à un processus d'autorisation préalable et à la mise en place de protocoles. En particulier, a) il faut interdire aux enquêteurs de conserver des informations de tiers non liées à l'enquête; b) les enquêteurs doivent, dans les informations stockées sur l'ordinateur visé, établir une distinction entre les informations qui concernent leur cible et les documents non pertinents, par exemple des photos personnelles et des données financières sans lien avec des activités criminelles; c) il est impératif de détruire les copies papier des documents non pertinents et de supprimer tout fichier électronique.

C. Protocoles de réduction au minimum des répercussions

[29] La destruction des données obtenues de tiers innocent dans le cadre d'une fouille n'est qu'une des manières de limiter le caractère intrusif de la fouille. Le mandat lui-même peut minimiser l'empiètement sur les droits garantis par la Charte et sur le droit des tiers au respect de leur vie privée.

[30] Dans l'arrêt *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111 (*Thompson*), aux pages 1143 et 1144, la Cour suprême du Canada a étudié, dans une autorisation d'intercepter les communications privées, une disposition sur les « “endroits fréquentés” » qui autoriserait la police à surveiller les communications effectuées à un endroit que la cible est susceptible de fréquenter, dans ce cas un téléphone public. Selon le juge John Sopinka :

In any authorization there is the possibility of invasion of privacy of innocent third parties. For instance a wire-tap placed on the home telephone of a target will record communications by other members of the household. This is an unfortunate cost of electronic surveillance. But it is one which Parliament has obviously judged is justified in appropriate circumstances in the investigation of serious crime.

In my view, in some cases the possibility of invasion of privacy of innocent persons may become so great that it requires explicit recognition along with the interests of the investigation of crime. A “resort to” clause creates just this possibility if among the places resorted to are telephones frequently used by the general public or other such places. I do not mean to suggest that there should be a constitutional prohibition of intercepting communications at places frequented by the public; in that case drug importing conspiracies could virtually insulate themselves from perhaps the only effective investigative technique against them merely by using public places to conduct their business.

[31] The Supreme Court did not find the “resort to” clause to be unlawful under the relevant provisions of the *Criminal Code* [R.C.S., 1985, c. C-46], and the authorizations were found to be valid. However, given the extent of the invasion of privacy authorized, a total absence of any protection for the public created a potential for carrying out searches and seizures that were unreasonable. Justice Sopinka explained, at pages 1145–1146:

Interceptions which were made pursuant to these authorizations, which were simply fishing expeditions and not based on reasonable and probable grounds for believing the target would be utilizing the pay telephones at the time, were, in my opinion, unreasonable. In most instances, it would be preferable to have actual physical surveillance of the public telephone to ensure that it is being used by the target. This is said to be normal police practice. I am, however, in agreement with Martin J.A. and Professor Stanley A. Cohen that to make this an absolute requirement would impose too heavy a burden on Canadian law enforcement officials.

[32] Although *Thompson* was decided almost three decades ago when the Internet was still in its infancy, the

Dans toute autorisation, il peut y avoir atteinte à la vie privée de tiers innocents. Par exemple, le dispositif d’écoute installé sur le téléphone de la résidence d’une cible enregistrera les communications des autres occupants de la maison. C’est l’un des inconvénients malheureux de la surveillance électronique. Mais il s’agit d’un inconvénient que le Parlement a évidemment estimé justifié dans des circonstances appropriées au cours d’une enquête portant sur un crime grave.

À mon avis, la possibilité d’atteinte à la vie privée de personnes innocentes peut prendre des proportions tellement importantes dans certains cas qu’elle doit être reconnue expressément au même titre que les intérêts qu’il y a à enquêter sur un crime. Une clause des « endroits fréquentés » est justement à l’origine de cette possibilité si parmi les lieux fréquentés on retrouve des téléphones publics utilisés par le grand public ou d’autres lieux semblables. Je ne dis pas qu’il devrait y avoir une interdiction constitutionnelle d’intercepter les communications dans les lieux fréquentés par le public; dans ce cas, les auteurs de complots en vue d’importer des stupéfiants pourraient pratiquement se soustraire à ce qui est peut-être le seul moyen d’enquête efficace contre eux simplement en utilisant des lieux publics pour faire leurs affaires.

[31] La Cour suprême a conclu que la disposition sur les « endroits fréquentés » ne contrevenait pas aux dispositions applicables du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et que, partant, les autorisations étaient valides. Toutefois, compte tenu de l’ampleur de l’atteinte autorisée à la vie privée, l’absence totale de toute mesure de protection du public entraînait la possibilité que soient effectuées des fouilles, des perquisitions ou des saisies abusives. Selon le juge Sopinka (aux pages 1145 et 1146) :

À mon avis, les interceptions effectuées conformément à ces autorisations, qui étaient simplement des recherches à l’aveuglette non fondées sur des motifs raisonnables et probables de croire que la cible utiliserait alors les téléphones publics, étaient abusives. Dans la plupart des cas, il serait préférable qu’il y ait une véritable surveillance physique du téléphone public pour s’assurer qu’il est utilisé par la cible. On dit qu’il s’agit de la pratique policière normale. Je partage cependant l’opinion du juge Martin et du professeur Stanley A. Cohen que d’en faire une exigence absolue imposerait un fardeau trop lourd aux responsables de l’application de la loi canadienne.

[32] Ce principe demeure valable et s’applique en l’espèce, même si l’arrêt *Thompson* a été rendu il y a

principle remains valid and applicable here. Minimization conditions in a warrant may not be required in every case, but they may be required in some cases depending on the extent of the potential invasion of the privacy of innocent third parties.

[33] More recently, the Supreme Court of Canada decided in *Vu* that a warrant was needed to explicitly authorize the search of a computer. The police could not rely on a warrant to search the residence from which the computer was seized.

[34] The Supreme Court in *Vu* proposed, in effect, to treat computers as if they were a separate place of search necessitating distinct prior authorization. However, Justice Thomas Cromwell was not persuaded that section 8 of the Charter requires that the manner of searching a computer always be spelled out in advance. He reached this conclusion for two reasons. First, the manner of search in a criminal investigation is generally reviewed after the fact, which is better suited to developing new rules about how searches should be conducted than the *ex parte* procedure by which warrants are issued. Second, requiring search protocols to be imposed in advance of the search would add significant complexity and practical difficulty at the authorization stage. Attempts to impose search protocols during the authorization process risk creating blind spots in an investigation, undermining the legitimate goals of law enforcement that are recognized in the pre-authorization process. These problems are magnified by rapid and constant technological change.

[35] While search protocols may not be constitutionally required in all cases, authorizing justices must assure themselves that the warrants they issue fulfil the objectives of prior authorization. They also have the discretion to impose conditions to ensure they do. Justice Cromwell observed that an authorization might include directions concerning the manner of search. He did not foreclose the possibility that our developing understanding of computer searches and changes in technology may make it

presque 30 ans, lorsque l'Internet n'en était qu'à ses balbutiements. Il se peut que des conditions prévoyant la réduction au minimum des répercussions ne soient pas nécessaires dans tous les cas; cela dépend de l'ampleur de l'atteinte possible à la vie privée de tiers innocent.

[33] Récemment, dans l'arrêt *Vu*, la Cour suprême du Canada a statué que la fouille d'un ordinateur doit être autorisée explicitement par un mandat. Partant, la police ne pourrait pas s'appuyer sur un mandat l'autorisant à perquisitionner le domicile où elle a saisi l'ordinateur.

[34] Dans l'arrêt *Vu*, la Cour suprême propose en effet de traiter un ordinateur comme un lieu distinct dont la fouille requiert en soi une autorisation préalable. Toutefois, le juge Thomas Cromwell n'était pas persuadé que l'article 8 de la Charte requiert que la manière de fouiller un ordinateur soit toujours précisée à l'avance. Il a appuyé sa conclusion sur deux motifs. Premièrement, la manière dont une fouille a été effectuée dans le cadre d'une enquête criminelle fait généralement l'objet d'un contrôle a posteriori, démarche plus propice à l'élaboration de nouvelles règles sur la façon d'effectuer des fouilles que ne l'est la procédure *ex parte* de délivrance des mandats. Deuxièmement, le fait d'exiger que soient imposés des protocoles de perquisition avant l'exécution de la fouille rendrait vraisemblablement l'étape de l'autorisation beaucoup plus complexe, en plus de créer des difficultés d'ordre pratique. Toute tentative d'imposer des protocoles de perquisition à l'étape de l'autorisation risque de créer des angles morts dans une enquête et de contrecarrer les objectifs légitimes de l'application de la loi dont tient compte le processus d'autorisation préalable. Ces problèmes sont amplifiés par l'évolution rapide et constante de la technologie.

[35] S'il est possible que des protocoles de fouille ne soient pas constitutionnellement requis en toutes circonstances, le juge saisi de la demande d'autorisation doit tout de même s'assurer que les mandats qu'il décerne répondent aux objectifs de la procédure d'autorisation préalable. Il possède en outre le pouvoir discrétionnaire d'imposer des conditions à cette fin. Le juge Cromwell a souligné que l'autorisation peut comporter des directives sur la manière de procéder à la fouille et il n'a pas

appropriate to impose search protocols in a broader range of cases in the future (*Vu*, at paragraph 62).

[36] The *amicus curiae* notes that there are a number of important differences between the use of warrant powers by the police and those employed by CSIS. One of the rationales provided by Justice Cromwell in *Vu* for not requiring search protocols in all warrants was that the reasonableness of the search was best examined after the fact. However, very few warrants issued to the Director of CSIS are examined after the fact, in large measure because they are unlikely to result in criminal charges. Justice Cromwell's concern about complexity and inadvertently limiting the effectiveness of investigation does not arise here. The affiants have proposed a workable protocol which is currently being used on an informal basis.

[37] Given the extent of the potential invasion of the privacy of innocent third parties, the Attorney General of Canada and the *amicus curiae* agree that minimization conditions are required in warrants that authorize the remote installation of implants on devices. The *amicus curiae* has proposed that, consistent with the Chief Justice's recommendation at the *en banc* presentation on December 15, 2017, the survey stage be made mandatory before full data collection commences. He also recommends that the data obtained at the survey stage be strictly limited to the categories described in paragraphs 10 and 11 of these reasons for order.

[38] With these modifications, I am satisfied that the searches to be conducted under warrants requested by the Director of CSIS are reasonable. The search protocols are sufficiently robust to safeguard the Charter and privacy rights or interests of innocent parties. The warrants should therefore be granted.

écarté la possibilité que l'amélioration des connaissances en matière de fouilles d'ordinateurs ainsi que l'évolution des technologies puissent finir par justifier l'imposition de protocoles de perquisition dans un éventail de situations élargi (*Vu*, au paragraphe 62).

[36] L'*amicus curiae* souligne qu'il existe des différences importantes entre les pouvoirs prévus par les mandats qu'exécute la police et ceux qu'exécute le SCRS. Dans l'arrêt *Vu*, le juge Cromwell soutient qu'il n'y a pas lieu que tous les mandats comportent un protocole de fouille parce que, notamment, il est préférable d'examiner le caractère raisonnable de la fouille a posteriori. Toutefois, très peu de mandats décernés au directeur du SCRS font l'objet d'un tel examen, en grande mesure parce qu'il y a peu de chances qu'ils donnent lieu à des accusations criminelles. La préoccupation du juge Cromwell au sujet de la complexité de l'enquête et de la possibilité d'en miner l'efficacité par inadvertance est infondée en l'espèce. Les déposants ont proposé un protocole viable, actuellement utilisé à titre informel.

[37] Compte tenu de l'ampleur de l'atteinte éventuelle à la vie privée de tiers innocents, la procureure générale du Canada et l'*amicus curiae* conviennent que les mandats qui autorisent l'installation à distance d'implants dans des appareils doivent comporter des mesures de réduction au minimum des répercussions. L'*amicus curiae* a proposé que l'étape de l'analyse soit rendue obligatoire avant que la collecte de données puisse commencer, comme l'a recommandé le juge en chef lors de l'exposé entendu en formation plénière le 15 décembre 2017. L'*amicus curiae* a aussi recommandé que les données obtenues à l'étape de l'analyse se limitent strictement aux catégories énumérées aux paragraphes 10 et 11 des présents motifs.

[38] Moyennant l'apport des modifications susmentionnées, je suis convaincu du caractère raisonnable des fouilles qui seront effectuées en vertu des mandats demandés par le directeur du SCRS. Les protocoles de fouille sont suffisamment rigoureux pour protéger les droits garantis par la Charte et le droit des tiers innocents à la protection de leur vie privée. Partant, il y a lieu de décerner les mandats.

V. Conclusion

[39] The warrants that authorize the remote installation of an implant on any device, including one that belongs to or is used by an innocent third party, may only be issued with the following search protocols:

1. Where an implant is remotely installed on a device [***] a survey of the device must be performed prior to intercepting communications and obtaining the information described in the warrants.
2. The data obtained at the survey stage must be limited to those described in paragraphs 10 and 11 of these reasons for order.
3. A designated Service employee must review the data obtained at the survey stage and determine whether there are reasonable grounds to believe that the device is (a) a portable device belonging to or used by the subject of investigation; or (b) a computer holding information that may be obtained pursuant to a general intercept and search warrant.
4. If either condition 3(a) or (b) is met, then the survey information may be retained and full interception and collection from the device may commence.
5. If neither condition 3(a) or 3(b) is met, then the survey information must be destroyed as soon as reasonably practicable, but no later than six months from the date it was obtained. No further use of the survey information may be made.

V. Conclusion

[39] Tout mandat autorisant l'installation à distance d'un implant sur tout appareil, y compris un appareil dont un tiers innocent est propriétaire ou qu'il utilise doit, pour être décerné, comporter les protocoles de fouille suivants :

1. Tout appareil dans lequel un implant a été installé à distance [***] fait l'objet d'une analyse avant que commencent l'interception des communications et l'obtention des informations mentionnées dans les mandats.
2. Les données obtenues à l'étape de l'analyse se limitent aux catégories énumérées aux paragraphes 10 et 11 des présents motifs.
3. Après examen des informations obtenues à l'étape de l'analyse, un employé du Service désigné détermine s'il existe des motifs raisonnables de croire que l'appareil est a) un appareil portable dont la cible est propriétaire ou qu'elle utilise ou b) un ordinateur qui contient des informations pouvant être obtenues en vertu du mandat sur les interceptions générales et les fouilles.
4. Si l'appareil respecte l'une ou l'autre des conditions 3a) et b), les informations issues de l'analyse peuvent être conservées, et l'interception et la collecte visant l'appareil peuvent commencer.
5. Si ce n'est pas le cas, les informations issues de l'analyse sont détruites dès qu'il est matériellement possible de le faire et, au plus tard dans les six mois suivant l'obtention, sans être autrement utilisées.

A-105-16
2018 FCA 55

A-105-16
2018 CAF 55

Edgar Schmidt (*Appellant*)

Edgar Schmidt (*appelant*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

and

et

The Canadian Civil Liberties Association and the British Columbia Civil Liberties Association (*Intervenors*)

L'Association canadienne des libertés civiles et la British Columbia Civil Liberties Association (*intervenantes*)

INDEXED AS: SCHMIDT v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : SCHMIDT c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Stratas, Near and Rennie JJ.A.—Ottawa, February 8, 2017 and March 20, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Near et Rennie, J.C.A.—Ottawa, 8 février 2017 et 20 mars 2018.

Constitutional Law — Examination of bills and regulations — Applicable standard — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's action for declaratory relief — Appellant seeking declaration concerning meaning of three legislative provisions (examination provisions): two requiring Minister of Justice (Minister) to “ascertain” or “examine” whether proposed legislation is “inconsistent” with Canadian Charter of Rights and Freedoms or Canadian Bill of Rights, as case may be (Canadian Bill of Rights, s. 3; Department of Justice Act, section 4.1); third applying to proposed regulations and requiring Clerk of Privy Council to examine regulations to ensure, in particular, not inconsistent with purposes, provisions of Charter; Canadian Bill of Rights (Statutory Instruments Act, s. 3) — In certain circumstances, following examination, report of inconsistency must be made to House of Commons or to regulation-making authorities, as case may be — Respondent submitting that report need be made only when no credible argument can be made that proposed legislation meeting these standards; Federal Court agreeing with respondent — Whether Minister's interpretation of examination provisions, in particular, threshold at which report of inconsistency must be made, reasonable — Minister's interpretation of examination provisions reasonable, in fact, correct — Text of Canadian Bill of Rights, s. 3, Department of Justice Act, s. 4.1 examined — Though French, English versions thereof slightly different, provisions sharing common meaning in that Minister must examine provisions in question, make determination on existing inconsistencies with guaranteed rights, freedoms — Issue having to be determined herein whether statute considered inconsistent with Canadian Bill of Rights, Charter when statute

Droit constitutionnel — Examen des projets de loi et des règlements — Norme applicable — Appel formé à l'encontre du jugement par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action de l'appellant visant à obtenir un jugement déclaratoire — L'appellant a sollicité un jugement déclaratoire à propos de la signification de trois dispositions législatives (portant sur l'examen) : deux de ces dispositions exigent que le ministre de la Justice (ministre) « examine » le projet de loi en vue de rechercher ou de « vérifier » s'il est « incompatible » avec la Charte canadienne des droits et libertés ou avec la Déclaration canadienne des droits, selon le cas (art. 3 de la Déclaration canadienne des droits, art. 4.1 de la Loi sur le ministère de la Justice); la troisième, qui s'applique aux projets de règlement, exige que le greffier du Conseil privé procède à l'examen [d'un projet de règlement], pour s'assurer, notamment, qu'il n'est pas incompatible avec les fins et les dispositions de la Charte et de la Déclaration canadienne des droits (art. 3 de la Loi sur les textes réglementaires) — Dans certaines circonstances, à la suite de l'examen, un rapport faisant état d'une incompatibilité doit être présenté à la Chambre des communes ou aux autorités réglementaires, selon le cas — L'intimé a fait valoir que l'obligation de faire rapport s'impose uniquement lorsqu'aucun argument crédible ne permet d'établir la compatibilité du projet de loi avec les normes en question; la Cour fédérale a donné raison à l'intimé — Il s'agissait de savoir si la façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l'examen, notamment le seuil à partir duquel un rapport faisant état d'une incompatibilité doit être présenté, était raisonnable — La façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l'examen était raisonnable et, en fait, elle était correcte — Le

“more-likely-than-not inconsistent” or whether statute inconsistent if no “credible argument” can be made that statute is consistent — Appellant’s submission that Minister must satisfy herself that proposed legislation is more-likely-than-not inconsistent contrary to text of provisions — Context, purpose of examination provisions reviewed — No part of formal job of Minister of Justice, respondent to give legal advice to Parliament regarding whether proposed legislation constitutional — In conclusion, examination provisions requiring Minister to report whenever no credible argument supporting constitutionality of proposed legislation — Minister’s view of what examination provisions requiring acceptable, defensible, correct — Therefore, “credible argument” examination standard used by Department of Justice in review of legislation under Canadian Bill of Rights, s. 3, Department of Justice Act, s. 4.1, Statutory Instruments Act, s. 3 reasonable reading of what legislation requiring — Appeal dismissed.

Construction of Statutes — Canadian Bill of Rights, s. 3, Department of Justice Act, s. 4.1, Statutory Instruments Act, s. 3 (examination provisions) requiring Minister of Justice, Clerk of Privy Council to examine whether proposed legislation, regulations “inconsistent” with Canadian Charter of Rights and Freedoms or Canadian Bill of Rights — Whether Minister of Justice’s interpretation of examination provisions, in particular, threshold at which report of inconsistency must be made, reasonable — When reviewing courts review administrative decision-makers’ interpretations of legislative provisions, they must take care not to interpret legislative provisions in definitive way, then use definitive interpretation as yardstick to measure what administrator has done — Minister’s interpretation of examination provisions reasonable, in fact, correct — Text of Canadian Bill of Rights, s. 3, Department of Justice Act, s. 4.1 examined — Though French, English versions slightly different, sharing common meaning — Taken together, key words asking Minister of Justice to examine provisions in question, make determination on existing inconsistencies with guaranteed rights, freedoms — Appellant’s submission that Minister must satisfy herself that proposed legislation more-likely-than-not inconsistent contrary to text of provisions — Examination provisions requiring Minister to report whenever finding no credible argument supporting constitutionality of proposed legislation.

texte de l’art. 3 de la Déclaration canadienne des droits et de l’art. 4.1 de la Loi sur le ministère de la Justice a été examiné — Bien que les versions française et anglaise soient légèrement différentes, elles ont un sens commun, car elles exigent que la ministre examine les dispositions en question et prenne une décision sur des incompatibilités avec les droits et les libertés garantis — Il a fallu déterminer dans la présente affaire si une loi est incompatible avec la Déclaration canadienne des droits et la Charte lorsqu’elle est « selon toute vraisemblance, incompatible », ou si elle est incompatible lorsqu’aucun « argument crédible » ne permet d’établir la compatibilité — L’argument de l’appelant selon lequel la ministre doit s’assurer que le projet de loi est, selon toute vraisemblance, incompatible, était contraire au texte des dispositions — Le contexte et l’objet des dispositions relatives à l’examen a été examiné — Il n’appartient pas à la ministre de la Justice ni à l’intimé de donner des conseils juridiques au législateur sur la question de savoir si les projets de loi sont constitutionnels ou non — En conclusion, les dispositions relatives à l’examen obligent la ministre à faire rapport lorsqu’aucun argument crédible n’est établi à l’appui de la constitutionnalité d’un projet de loi — Le point de vue de la ministre sur ce que les dispositions relatives à l’examen exigent était acceptable, justifiable et correct — Par conséquent, la norme de l’« argument crédible » appliquée par le ministère de la Justice dans son examen de la loi conformément à l’art. 3 de la Déclaration canadienne des droits, à l’art. 4.1 de la Loi sur le ministère de la Justice et à l’art. 3 de la Loi sur les textes réglementaires, était une interprétation raisonnable des exigences de cette législation — Appel rejeté.

Interprétation des lois — L’art. 3 de la Déclaration canadienne des droits, l’art. 4.1 de la Loi sur le ministère de la Justice et l’art. 3 de la Loi sur les textes réglementaires (portant sur l’examen) exigent que le ministre de la Justice et le greffier du Conseil privé examinent un projet de loi ou un projet de règlement pour déterminer s’il est « incompatible » avec la Charte canadienne des droits et libertés ou la Déclaration canadienne des droits — Il s’agissait de savoir si la façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l’examen, notamment le seuil à partir duquel un rapport faisant état d’une incompatibilité doit être présenté, était raisonnable — Lorsqu’une cour de révision examine l’interprétation que donne le décideur administratif à des dispositions législatives, elle doit faire attention de ne pas interpréter les dispositions législatives de façon définitive et d’ensuite se servir de cette interprétation définitive comme critère pour évaluer ce que l’administrateur a fait — La façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l’examen était raisonnable et, en fait, elle était correcte — Le texte de l’art. 3 de la Déclaration canadienne des droits et de l’art. 4.1 de la Loi sur le ministère de la Justice a été examiné — Bien que les versions française et anglaise soient légèrement différentes, elles ont un sens commun — Pris ensemble, les termes clés exigent que la ministre de la Justice examine les dispositions en question et

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellant's action for declaratory relief. The appellant sought a declaration concerning the meaning of three legislative provisions (examination provisions). Two require the Minister of Justice (Minister) to “ascertain” or “examine” whether proposed legislation is “inconsistent” with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the *Canadian Bill of Rights*, as the case may be (*Canadian Bill of Rights*, s. 3, *Department of Justice Act*, section 4.1). A third applies to proposed regulations and requires the Clerk of the Privy Council to examine them to ensure that, among other things, they are not inconsistent with the purposes and provisions of the Charter and the *Canadian Bill of Rights (Statutory Instruments Act*, s. 3). In certain circumstances, following the examination, a report of inconsistency must be made to the House of Commons or to regulation-making authorities, as the case may be. What had to be determined in this case was the threshold for reporting under these provisions.

In the Federal Court, the appellant submitted that a report must be made when proposed legislation is “more likely than not inconsistent” with these constitutional and quasi-constitutional standards. The respondent submitted that a report need be made only when no credible argument can be made that the proposed legislation meets these standards. The Federal Court agreed with the respondent.

The main issue was whether the Minister's interpretation of the examination provisions—in particular, the threshold at which a report of inconsistency must be made, was reasonable.

Held, the appeal should be dismissed.

Principles concerning administrative decision-makers and the interpretation of legislation were reviewed. When reviewing courts review administrative decision-makers' interpretations of legislative provisions, they must take care not to interpret the legislative provisions in a definitive way and then use that definitive interpretation as a yardstick to measure what the administrator has done.

prenne une décision sur des incompatibilités avec les droits et les libertés garantis — L'argument de l'appelant selon lequel la ministre doit s'assurer que le projet de loi est, selon toute vraisemblance, incompatible, était contraire au texte des dispositions — Les dispositions relatives à l'examen obligent la ministre à faire rapport lorsqu'aucun argument crédible n'est établi à l'appui de la constitutionnalité d'un projet de loi.

Il s'agissait d'un appel formé à l'encontre du jugement par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action de l'appelant visant à obtenir un jugement déclaratoire. L'appelant a sollicité un jugement déclaratoire à propos de la signification de trois dispositions législatives (portant sur l'examen). Deux de ces dispositions exigent que le ministre de la Justice (ministre) « examine » le projet de loi en vue de rechercher ou de « vérifier » s'il est « incompatible » avec la *Charte canadienne des droits et libertés* ou avec la *Déclaration canadienne des droits*, selon le cas (article 3 de la *Déclaration canadienne des droits*, article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*). La troisième, qui s'applique aux projets de règlement, exige que le greffier du Conseil privé procède à l'examen d'un projet de règlement, pour s'assurer, notamment, qu'il n'est pas incompatible avec les fins et les dispositions de la Charte et de la *Déclaration canadienne des droits* (article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*). Dans certaines circonstances, à la suite de l'examen, un rapport faisant état d'une incompatibilité doit être présenté à la Chambre des communes ou aux autorités réglementaires, selon le cas. Il fallait déterminer dans la présente affaire le seuil exigé pour faire rapport en vertu de ces dispositions.

Devant la Cour fédérale, l'appelant a soutenu qu'un rapport doit être présenté lorsque le projet de loi présente une « incompatibilité probable » avec les normes constitutionnelles et quasi constitutionnelles existantes. L'intimé a fait valoir que cette obligation de faire rapport s'impose uniquement lorsqu'aucun argument crédible ne permet d'établir la compatibilité du projet de loi avec les normes en question. La Cour fédérale a donné raison à l'intimé.

Il s'agissait principalement de savoir si la façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l'examen — notamment, le seuil à partir duquel un rapport faisant état d'une incompatibilité doit être présenté — était raisonnable.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Les principes relatifs aux décisions administratives et à l'interprétation des lois ont été examinés. Lorsqu'une cour de révision examine l'interprétation que donne le décideur administratif à des dispositions législatives, elle doit faire attention de ne pas interpréter les dispositions législatives de façon définitive et d'ensuite se servir de cette interprétation définitive comme critère pour évaluer ce que l'administrateur a fait.

The Minister's interpretation of the examination provisions was reasonable and in fact correct. The text of the examination provisions is carefully drawn and speaks of ascertaining or examining in particular whether proposed legislation is inconsistent with certain standards and the requirement to report if it is.

The text of section 3 of the *Canadian Bill of Rights* and section 4.1 of the *Department of Justice Act* were examined. The key words in these sections are: "ascertain whether"/"rechercher si"/"vérifier si" and "are inconsistent"/"est incompatible" and the definitions of these words was reviewed. Though the French and English versions are slightly different, they share a common meaning. Taken together, the key words ask the Minister to examine the provisions in question and make a determination on existing inconsistencies with guaranteed rights and freedoms.

The heart of the disagreement between the appellant and respondent was when is a statute inconsistent with the *Canadian Bill of Rights* and the Charter. It therefore had to be determined whether it is inconsistent when it is "more-likely-than-inconsistent" or whether it is inconsistent if no "credible argument" can be made that it is consistent. The appellant's submission that "not inconsistent" means "consistent for the purposes of the law" was rejected. Had Parliament intended to require the Minister to ensure that the draft provisions are consistent with guaranteed rights, Parliament could have used that word but it did not. The appellant's submission that the Minister must satisfy herself that proposed legislation is more-likely-than-not inconsistent was contrary to the text of the provisions.

A review of the context and purpose of the examination provisions was made. It is not part of the formal job of the Minister of Justice and the respondent to give legal advice to Parliament regarding whether or not proposed legislation is constitutional. Neither are legal advisors to Parliament. Put bluntly, the executive is not limited to proposing measures that are *certain* to be constitutional or *likely* to be constitutional but is entitled to put forward proposed legislation that, after a "robust review of the clauses of draft legislation" is "defendable in Court". In the examination provisions, Parliament must be taken to have imposed an obligation on the Minister that the Minister can practically meet, not one that is impossible to meet.

In conclusion, the examination provisions require the Minister to report whenever there is no credible argument supporting the constitutionality of proposed legislation. The Minister's view

La façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l'examen était raisonnable et, en fait, elle était correcte. Le texte des dispositions relatives à l'examen est soigneusement rédigé et vise plus particulièrement à rechercher ou à examiner si le projet de loi est incompatible avec certaines normes ou à « vérifier » que le projet de loi n'est pas incompatible avec certaines normes et, le cas échéant, cette incompatibilité doit être signalée.

Le texte de l'article 3 de la *Déclaration canadienne des droits* et de l'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* a été examiné. Les mots clés dans ces articles sont « rechercher si »/« vérifier si »/« ascertain whether » et « est incompatible »/« are inconsistent », et les définitions de ces termes ont été examinées. Bien que les versions française et anglaise soient légèrement différentes, elles ont un sens commun. Pris ensemble, les termes clés exigent que la ministre examine les dispositions en question et prenne une décision sur des incompatibilités avec les droits et les libertés garantis.

Le cœur du désaccord entre l'appelant et l'intimé était le suivant : dans quelles circonstances une loi est-elle incompatible avec la *Déclaration canadienne des droits* et la Charte? Il a donc fallu déterminer si elle est incompatible lorsqu'elle est « selon toute vraisemblance, incompatible », ou si elle est incompatible lorsqu'aucun « argument crédible » ne permet d'établir la compatibilité. L'argument de l'appelant selon lequel « non incompatible » signifie « compatible pour l'application de la loi » a été écarté. Si l'intention du législateur était d'exiger que la ministre s'assure que l'avant-projet de loi soit conforme aux droits garantis, il aurait pu utiliser ce terme, mais il ne l'a pas fait. L'argument de l'appelant selon lequel la ministre doit s'assurer que le projet de loi est, selon toute vraisemblance, incompatible, était contraire au texte des dispositions.

Le contexte et l'objet des dispositions relatives à l'examen a été examiné. Il n'appartient pas à la ministre de la Justice ni à l'intimé de donner des conseils juridiques au législateur sur la question de savoir si les projets de loi sont constitutionnels ou non. Ni la ministre de la Justice ni le procureur général du Canada ne sont des conseillers juridiques du législateur. En somme, l'exécutif ne se limite pas à proposer des mesures qui sont *assurément* constitutionnelles ou *probablement* constitutionnelles, mais il est habilité à présenter un projet de loi qui, après un « examen rigoureux [de ses] dispositions », est « défendable devant les tribunaux ». S'agissant des dispositions relatives à l'examen, il faut présumer que le législateur a imposé à la ministre une obligation qu'elle peut pratiquement respecter, et non une obligation dont il lui est impossible de s'acquitter.

En conclusion, les dispositions relatives à l'examen obligent la ministre à faire rapport lorsqu'aucun argument crédible n'est établi à l'appui de la constitutionnalité d'un projet de loi. Le

of what the examination provisions require was acceptable, defensible and correct. Therefore, the “credible argument” examination standard used by the Department in its review of legislation under section 3 of the *Canadian Bill of Rights*, section 4.1 of the *Department of Justice Act* and section 3 of the *Statutory Instruments Act* was a reasonable reading of what this legislation requires. Finally, while the Federal Court chose to make its own declarations about the meaning of the examination provisions, it could have issued a judgment simply dismissing the appellant’s request for a declaration and letting its reasons in support of the dismissal speak for themselves. However, the Federal Court did not commit any reversible error.

point de vue de la ministre sur ce que les dispositions relatives à l’examen exigent était acceptable, justifiable et correct. Par conséquent, la norme de l’« argument crédible » appliquée par le Ministère dans son examen de la loi conformément à l’article 3 de la *Déclaration canadienne des droits*, à l’article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* et à l’article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*, était une interprétation raisonnable des exigences de cette législation. Enfin, la Cour fédérale a choisi de formuler ses propres déclarations quant au sens des dispositions relatives à l’examen, mais elle aurait pu rendre un jugement rejetant simplement la demande de jugement déclaratoire présentée par l’appelant, laissant ses motifs à l’appui du rejet parler d’eux-mêmes. Toutefois, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur réversible.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act, S.C. 2018, c. 29, s. 73.
An Act to Amend the Criminal Code (Production of Records in Sexual Offence Proceedings), S.C. 1997, c. 30, s. 1.
Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44, s. 3.
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, 10, 11(b), 15, 24(2).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91.
Department of Justice Act, R.S.C., 1985, c. J-2, ss. 4.1, 5.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.
Public Service Employment Act, S.C. 2003, c. 22, **ss. 12, 13**, Preamble.
Statutory Instruments Act, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 3.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Ulybel Enterprises Ltd., 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 10, 11b), 15, 24(2).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 278.1 à 278.91.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44, art. 3.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52.
Loi d’interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.
Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d’infraction d’ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30, art. 1.
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi, L.C. 2018, ch. 29, art. 73.
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2, art. 4.1, 5.
Loi sur l’emploi dans la fonction publique, L.C. 2003, ch. 22, **art. 12, 13**, préambule.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1.
Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Ulybel Enterprises Ltd., 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du*

SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171.

CONSIDERED:

Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada), 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1929] UKPC 86 (BAILII), [1930] A.C. 124, [1930] D.L.R. 98.

REFERRED TO:

Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development), 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, [2014] D.T.C. 5001; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, 412 D.L.R. (4th) 103; *Quebec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) v. Caron*, 2018 SCC 3, [2018] 1 S.C.R. 35; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Ref re Remuneration of Judges of the Prov. Court of P.E.I.; Ref re Independence and Impartiality of Judges of the Prov. Court of P.E.I.*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 150 D.L.R. (4th) 577; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, (1999), 180 D.L.R. (4th) 1; *Fraser v. P.S.S.R.B.*, [1985] 2 S.C.R. 455, (1985), 23 D.L.R. (4th) 122; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, (1991),

2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Première nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada), 2015 CAF 4; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328; *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1929] UKPC 86 (BAILII), [1930] A.C. 124, [1930] D.L.R. 98.

DÉCISIONS CITÉES :

Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Québec (Procureur général) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c. Caron*, 2018 CSC 3, [2018] 1 R.C.S. 35; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *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; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Law c. Canada (Ministre de*

82 D.L.R. (4th) 321; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, (1997), 144 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, (1998), 164 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 4; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549, (1986), 27 D.L.R. (4th) 406; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, (1999), 173 D.L.R. (4th) 193; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, (1990), 74 D.L.R. (4th) 355; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, (1992), 71 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, (1999), 176 D.L.R. (4th) 513; *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 38 D.L.R. (4th) 161; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, (1996), 140 D.L.R. (4th) 193; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; *Walker v. Prince Edward Island*, [1995] 2 S.C.R. 407, (1995), 124 D.L.R. (4th) 127; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, (1997), 52 D.L.R. (4th) 577; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*,

l'Emploi et de l'Immigration, [1999] 1 R.C.S. 497; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Walker c. Île-du-Prince-Édouard*, [1995] 2 R.C.S. 407; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357.

2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, (1987), 40 D.L.R. (4th) 18; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, (1987), 39 D.L.R. (4th) 481; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, (1991), 77 D.L.R. (4th) 385; *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385.

AUTHORS CITED

Canadian Oxford Dictionary, 2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “ascertain”, “inconsistent”, “whether”.

Dictionnaire de droit québécois et canadien: avec table des matières et lexique anglais-français, 5th ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015, “incompatible”.

Falzon, Frank A.V., Q.C. “Statutory Interpretation, Deference and the Ambiguous Concept of ‘Ambiguity’ on Judicial Review” (Paper delivered at the C.L.E. B.C. conference, November 16, 2015).

Le Nouveau Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris: Le Robert, 2006, “incompatible”, “rechercher”, “si”, “vérifier”.

APPEAL from a Federal Court decision (2016 FC 269, [2016] 3 F.C.R. 477) dismissing the appellant’s action for declaratory relief in a matter involving the meaning of three legislative provisions concerning the examination of proposed legislation and regulations. Appeal dismissed.

APPEARANCES

David Yazbeck and Michael Fisher for appellant.
Alain Préfontaine, Elizabeth Kikuchi and Sarah Sherhols for respondent.
Gillian Hnatiw, Cara Faith Zwibel and Daniel Sheppard for interveners Canadian Civil Liberties Association and British Columbia Civil Liberties Association.

DOCTRINE CITÉE

Canadian Oxford Dictionary, 2e éd. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « ascertain », « inconsistent », « whether ».

Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des matières et lexique anglais-français, 5^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2015, « incompatible ».

Falzon, Frank A.V., c.r. « Statutory Interpretation, Deference and the Ambiguous Concept of ‘Ambiguity’ on Judicial Review » présentée à la conférence C.L.E. B.C. 16 novembre 2015.

Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Paris : Le Robert, 2006, « incompatible », « rechercher », « si », « vérifier ».

APPEL formé à l’encontre du jugement par lequel la Cour fédérale (2016 CF 269, [2016] 3 R.C.F. 477) a rejeté l’action de l’appelant visant à obtenir un jugement déclaratoire dans une affaire mettant en cause la signification de trois dispositions législatives portant sur l’examen de projets de loi et de règlement. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

David Yazbeck et Michael Fisher pour l’appelant.
Alain Préfontaine, Elizabeth Kikuchi et Sarah Sherhols pour l’intimé.
Gillian Hnatiw, Cara Faith Zwibel et Daniel Sheppard pour les intervenantes l’Association canadienne des libertés civiles et la British Columbia Civil Liberties Association.

SOLICITORS OF RECORD

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP,
Ottawa, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for
respondent.
Canadian Civil Liberties Association, Toronto, for
intervener Canadian Civil Liberties Association.

Goldblatt Partners LLP, Toronto, for intervener
British Columbia Civil Liberties Association.

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

[1] STRATAS J.A.: This is an appeal from the judgment dated March 2, 2016 of the Federal Court (*per* Noël J.): 2016 FC 269, [2016] 3 F.C.R. 477. The Federal Court dismissed the appellant’s action for declaratory relief.

[2] The appellant sought a declaration concerning the meaning of three legislative provisions. Two require the Minister to “ascertain” or “examine” whether proposed legislation is “inconsistent” with the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] or the *Canadian Bill of Rights*, as the case may be: *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, section 3; *Department of Justice Act*, R.S.C., 1985, c. J-2, section 4.1. A third applies to proposed regulations, and requires the Clerk of the Privy Council (in consultation with the Deputy Minister) to “examine [them] ... to ensure” that, among other things, they do “not trespass unduly on existing rights and freedoms and [are not], in any case, inconsistent with the purposes and provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*”: *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, section 3.

[3] In certain circumstances, following the examination, a report of inconsistency must be made to the House of Commons or to regulation-making authorities, as the case may be. But what is the threshold for reporting under these provisions?

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck s.r.l.,
Ottawa, pour l’appellant.
Le sous-procureur général du Canada pour
l’intimé.
Association canadienne des libertés civiles,
Toronto, pour l’intervenante l’Association cana-
dienne des libertés civiles.
Goldblatt Partners LLP, Toronto, pour l’in-
tervenante la British Columbia Civil Liberties
Association.

*Ce qui suit est la version française des motifs du ju-
gement rendus par*

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : La Cour est saisie d’un appel formé à l’encontre du jugement rendu le 2 mars 2016 par la Cour fédérale (le juge Noël) : 2016 CF 269, [2016] 3 R.C.F. 477. La Cour fédérale a rejeté l’action de l’appellant visant à obtenir un jugement déclaratoire.

[2] L’appellant a sollicité un jugement déclaratoire à propos de la signification de trois dispositions législatives. Deux de ces dispositions exigent que le ministre « examine » le projet de loi en vue de rechercher ou de « vérifier » s’il est « incompatible » avec la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] ou avec la *Déclaration canadienne des droits*, selon le cas : l’article 3 de la *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44, et l’article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. (1985), ch. J-2. La troisième, qui s’applique aux projets de règlement, exige que le greffier du Conseil privé (en consultation avec le sous-ministre) « procède [...] à l’examen [d’un projet de règlement] », pour s’assurer, notamment, qu’il « n’empiète pas indûment sur les droits et libertés existants et, en tout état de cause, n’est pas incompatible avec les fins et les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Déclaration canadienne des droits* » : l’article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22.

[3] Dans certaines circonstances, à la suite de l’examen, un rapport faisant état d’une incompatibilité doit être présenté à la Chambre des communes ou aux autorités réglementaires, selon le cas. Mais quel est le seuil exigé pour faire rapport en vertu de ces dispositions?

[4] In the Federal Court, the appellant submitted that a report must be made when proposed legislation is “more likely than not inconsistent” with these constitutional and quasi-constitutional standards. The respondent submitted that a report need be made only when no credible argument can be made that the proposed legislation meets these standards. The Federal Court agreed with the respondent.

[5] In my view, the Federal Court did not err. In fact, I agree substantially with its reasons, though I have additional reasons in support of the judgment it gave. Therefore, I would dismiss the appeal.

A. A preliminary objection

[6] In her memorandum, the respondent submits that the appeal should be dismissed because the appellant has failed to meet the conditions necessary for the granting of declaratory relief set out in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at paragraph 11.

[7] The respondent adds that to the extent the appellant asks the Court to declare when the Minister ought to report an inconsistency to the House of Commons, Parliament is to decide that. It is Parliament’s job to determine, as a matter of privilege, whether the Minister is performing her duty to the House as it expects: *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667.

[8] I reject the respondent’s submissions. As a former examiner of proposed legislation under the examination provisions, the appellant had a sufficient interest to bring this challenge in the Federal Court and to seek the declarations. Were a declaration granted, there would be a real, practical effect: under the examination provisions, the reporting threshold would change.

[4] Devant la Cour fédérale, l’appelant a soutenu qu’un rapport doit être présenté lorsque le projet de loi présente une « “incompatibilité probable” » avec les normes constitutionnelles et quasi constitutionnelles existantes. L’intimé, quant à lui, a fait valoir que cette obligation de faire rapport s’impose uniquement lorsqu’aucun argument crédible ne permet d’établir la compatibilité du projet de loi avec les normes en question. La Cour fédérale a donné raison à l’intimé.

[5] À mon avis, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur. En effet, je souscris pour l’essentiel à ses motifs, quoique j’aie des motifs supplémentaires pour appuyer le jugement qu’elle a rendu. Par conséquent, je rejette l’appel.

A. Une objection préliminaire

[6] Dans son mémoire, l’intimé soutient que l’appel devrait être rejeté parce que l’appelant n’a pas satisfait aux conditions nécessaires à l’octroi d’un jugement déclaratoire énoncées dans l’arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, au paragraphe 11.

[7] L’intimé ajoute que, dans la mesure où l’appelant demande à la Cour de déclarer à quel moment le ministre devrait signaler une incompatibilité à la Chambre des communes, c’est au législateur d’en décider. Il revient en effet au législateur de décider, au titre du privilège parlementaire, si le ministre assume ses responsabilités envers la Chambre conformément aux attentes à cet égard : *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667.

[8] Je rejette les arguments de l’intimé. En tant qu’ancien examinateur de projets de loi en application des dispositions relatives à l’examen, l’appelant avait un intérêt suffisant pour porter la contestation devant la Cour fédérale en vue d’obtenir les jugements déclaratoires souhaités. Si un tel jugement avait été accordé, il aurait eu de véritables effets concrets : le seuil de déclaration requis en application des dispositions d’examen aurait été modifié.

[9] To find that the appellant does not have the standing to seek the declarations is to render the examination provisions immune from challenge. On these facts, were it necessary to do so, I would grant the appellant public interest standing to seek the declarations: *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524.

[10] I also reject the respondent's characterization of this matter as a matter of Parliamentary privilege.

[11] We are dealing with legislation that imposes obligations on the Minister and the Clerk of the Privy Council (in consultation with the Deputy Minister) to perform some action. The question before us is whether these public officials are complying with their legislative obligations. The answer turns on how we interpret the legislation.

[12] This is the normal stuff of judicial determination. This is especially so for the Federal Courts who are generally responsible for the policing and supervision of the exercise of legislative powers by the federal executive: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385, at paragraph 24; *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, sections 18 and 18.1.

B. The legislative provisions in issue

[13] Section 3 of the *Canadian Bill of Rights* provides as follows:

Duties of Minister of Justice

3 (1) Subject to subsection (2), the Minister of Justice shall, in accordance with such regulations as may be prescribed by the Governor in Council, examine every regulation transmitted to the Clerk of the Privy Council for registration pursuant to the *Statutory Instruments Act* and every Bill introduced in or presented to the House of Commons by a Minister of the Crown, in order to ascertain whether any of the provisions thereof are inconsistent with the purposes and provisions of this Part and he shall

[9] Conclure que l'appellant n'a pas qualité pour demander les jugements déclaratoires revient à placer les dispositions relatives à l'examen à l'abri des contestations. Compte tenu de ces faits, si cela s'avérait nécessaire, j'accorderais à l'appellant la qualité pour agir dans l'intérêt public afin de solliciter les jugements déclaratoires : *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524.

[10] Je rejette également la description faite par l'intimé selon laquelle l'espèce est une question de privilège parlementaire.

[11] Nous traitons ici d'une loi qui oblige la ministre et le greffier du Conseil privé (en consultation avec le sous-ministre) à effectuer certaines actions. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si ces titulaires de charge publique respectent leurs obligations d'origine législative. La réponse dépend donc de la façon dont nous interprétons la loi.

[12] Les cours de justice ont l'habitude de procéder à ce genre d'analyse. Cela est particulièrement vrai pour les cours fédérales, qui sont généralement responsables d'assurer la surveillance de l'exercice des pouvoirs législatifs par le pouvoir exécutif fédéral : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, au paragraphe 24; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, articles 18 et 18.1.

B. Les dispositions législatives en cause

[13] L'article 3 de la *Déclaration canadienne des droits* dispose ce qui suit :

Devoirs du ministre de la Justice

3 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre de la Justice doit, en conformité de règlements prescrits par le gouverneur en conseil, examiner tout règlement transmis au greffier du Conseil privé pour enregistrement, en application de la *Loi sur les textes réglementaires*, ainsi que tout projet ou proposition de loi soumis ou présentés à la Chambre des communes par un ministre fédéral en vue de rechercher si l'une quelconque de ses dispositions est incompatible avec les fins et dispositions de la présente

report any such inconsistency to the House of Commons at the first convenient opportunity.

Exception

(2) A regulation need not be examined in accordance with subsection (1) if prior to being made it was examined as a proposed regulation in accordance with section 3 of the *Statutory Instruments Act* to ensure that it was not inconsistent with the purposes and provisions of this Part.

[14] Section 4.1 of the *Department of Justice Act* provides as follows:

Examination of Bills and regulations

4.1 (1) Subject to subsection (2), the Minister shall, in accordance with such regulations as may be prescribed by the Governor in Council, examine every regulation transmitted to the Clerk of the Privy Council for registration pursuant to the *Statutory Instruments Act* and every Bill introduced in or presented to the House of Commons by a minister of the Crown, in order to ascertain whether any of the provisions thereof are inconsistent with the purposes and provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the Minister shall report any such inconsistency to the House of Commons at the first convenient opportunity.

Exception

(2) A regulation need not be examined in accordance with subsection (1) if prior to being made it was examined as a proposed regulation in accordance with section 3 of the *Statutory Instruments Act* to ensure that it was not inconsistent with the purposes and provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[15] Section 3 of the *Statutory Instruments Act* provides as follows:

Proposed regulations sent to Clerk of Privy Council

3 (1) Subject to any regulations made pursuant to paragraph 20(a), where a regulation-making authority proposes to make a regulation, it shall cause to be forwarded to the Clerk of the Privy Council three copies of the proposed regulation in both official languages.

Examination

(2) On receipt by the Clerk of the Privy Council of copies of a proposed regulation pursuant to subsection (1), the Clerk of the Privy Council, in consultation with the

Partie, et il doit signaler toute semblable incompatibilité à la Chambre des communes dès qu'il en a l'occasion.

Exception

(2) Il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen prévu par le paragraphe (1) si le projet de règlement a fait l'objet de l'examen prévu à l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* et destiné à vérifier sa compatibilité avec les fins et les dispositions de la présente partie.

[14] L'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* dispose :

Examen de projets de loi et de règlements

4.1 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre examine, conformément aux règlements pris par le gouverneur en conseil, les règlements transmis au greffier du Conseil privé pour enregistrement, en application de la *Loi sur les textes réglementaires* ainsi que les projets ou propositions de loi soumis ou présentés à la Chambre des communes par un ministre fédéral, en vue de vérifier si l'une de leurs dispositions est incompatible avec les fins et dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et fait rapport de toute incompatibilité à la Chambre des communes dans les meilleurs délais possible.

Exception

(2) Il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen prévu par le paragraphe (1) si le projet de règlement a fait l'objet de l'examen prévu à l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* et destiné à vérifier sa compatibilité avec les fins et les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[15] L'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* dispose comme suit :

Envoi au Conseil privé

3 (1) Sous réserve des règlements d'application de l'alinéa 20a), l'autorité réglementaire envoie chacun de ses projets de règlement en trois exemplaires, dans les deux langues officielles, au greffier du Conseil privé.

Examen

(2) À la réception du projet de règlement, le greffier du Conseil privé procède, en consultation avec le sous-ministre de la Justice, à l'examen des points suivants :

Deputy Minister of Justice, shall examine the proposed regulation to ensure that

- (a) it is authorized by the statute pursuant to which it is to be made;
- (b) it does not constitute an unusual or unexpected use of the authority pursuant to which it is to be made;
- (c) it does not trespass unduly on existing rights and freedoms and is not, in any case, inconsistent with the purposes and provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Canadian Bill of Rights*; and
- (d) the form and draftsmanship of the proposed regulation are in accordance with established standards.

Advise regulation-making authority

(3) When a proposed regulation has been examined as required by subsection (2), the Clerk of the Privy Council shall advise the regulation-making authority that the proposed regulation has been so examined and shall indicate any matter referred to in paragraph (2)(a), (b), (c) or (d) to which, in the opinion of the Deputy Minister of Justice, based on that examination, the attention of the regulation-making authority should be drawn.

Application

(4) Paragraph (2)(d) does not apply to any proposed rule, order or regulation governing the practice or procedure in proceedings before the Supreme Court of Canada, the Federal Court of Appeal, the Federal Court, the Tax Court of Canada or the Court Martial Appeal Court.

[16] Though the legislation differs in minor ways, for the purposes of this case they may be dealt with together. This is in keeping with the “principle of [statutory] interpretation that presumes a harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter”: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paragraph 52. For the remainder of these reasons, I shall refer to this legislation as the “examination provisions”.

- a) le règlement est pris dans le cadre du pouvoir conféré par sa loi habilitante;
- b) il ne constitue pas un usage inhabituel ou inattendu du pouvoir ainsi conféré;
- c) il n’empiète pas indûment sur les droits et libertés existants et, en tout état de cause, n’est pas incompatible avec les fins et les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de la *Déclaration canadienne des droits*;
- d) sa présentation et sa rédaction sont conformes aux normes établies.

Avis à l’autorité réglementaire

(3) L’examen achevé, le greffier du Conseil privé en avise l’autorité réglementaire en lui signalant, parmi les points mentionnés au paragraphe (2), ceux sur lesquels, selon le sous-ministre de la Justice, elle devrait porter son attention.

Application

(4) L’alinéa (2)d ne s’applique pas aux projets de règlements, décrets, ordonnances, arrêtés ou règles régissant la pratique ou la procédure dans les instances engagées devant la Cour suprême du Canada, la Cour d’appel fédérale, la Cour fédérale, la Cour canadienne de l’impôt ou la Cour d’appel de la cour martiale du Canada.

[16] Bien que ces textes de loi présentent quelques différences mineures, ils peuvent être examinés ensemble aux fins de l’espèce. Une telle approche est conforme au « principe d’interprétation [des lois] qui présume l’harmonie, la cohérence et l’uniformité entre les lois traitant du même sujet » : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, au paragraphe 52. Pour la suite des présents motifs, je ferai référence à cette législation sous la désignation « dispositions relatives à l’examen ».

C. Is there a standard of review to be applied?

[17] In an appeal from a judgment on an application for judicial review in the Federal Court, we must assess whether that Court chose the correct standard of review and whether it applied it properly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47.

[18] In doing this, first we must assess the true or real nature or the essential character of the appellant’s application: *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557, [2014] D.T.C. 5001, at paragraph 50; *Gitxaala Nation v. Canada*, 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418, at paragraph 137. The form of the pleading takes a back-seat to its substance: *JP Morgan*, at paragraphs 49–50.

[19] In this case, the appellant does not challenge any specific administrative decision. Rather, he seeks declaratory relief. The appellant says that the Minister, the Clerk of the Privy Council and the Deputy Minister have been misinterpreting and misapplying the examination provisions by adopting too high a reporting threshold.

[20] The Federal Court observed (at paragraph 40) that, despite being framed as an action for a declaratory judgment, the proceeding was in effect a judicial review of the interpretation of the examination provisions by the Minister, the Clerk of the Privy Council and the Deputy Minister. I agree.

[21] This Court adopted this approach in *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737. In that case, a First Nation sought a declaration that it was entitled to be consulted before the Government of Canada entered to an international agreement. In substance, the request for a declaration arose in the context of an administrative decision made by the Government of Canada. The Government of Canada decided—implicitly or explicitly in the face of the First Nation’s stated position—that it could bring the international agreement into effect without consulting with the First Nation or

C. Y a-t-il une norme de contrôle à appliquer?

[17] Dans le cadre d’un appel formé à l’encontre d’un jugement rendu à l’égard d’une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, nous devons évaluer si celle-ci a choisi la bonne norme de contrôle, et si elle l’a correctement appliquée : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47.

[18] Pour ce faire, nous devons d’abord évaluer la nature véritable ou essentielle de la demande de l’appelant : *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557, au paragraphe 50; *Nation Gitxaala c. Canada*, 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418, au paragraphe 137. La forme de l’acte de procédure est subordonnée à son fond : *JP Morgan*, aux paragraphes 49 et 50.

[19] En l’espèce, l’appelant ne conteste aucune décision administrative en particulier. Il cherche plutôt à obtenir un jugement déclaratoire. L’appelant affirme que la ministre, le greffier du Conseil privé et le sous-ministre interprètent et appliquent de façon erronée les dispositions relatives à l’examen en adoptant un seuil de déclaration trop rigoureux.

[20] La Cour fédérale a observé (au paragraphe 40) que, même si elle avait été présentée comme une action en jugement déclaratoire, la procédure était en réalité un contrôle judiciaire de l’interprétation faite par la ministre, le greffier du Conseil et le sous-ministre des dispositions relatives à l’examen. Je suis d’accord.

[21] Notre Cour a adopté cette approche dans l’arrêt *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4. Dans cette affaire, une Première Nation avait demandé un jugement déclaratoire selon lequel elle avait le droit d’être consultée avant que le gouvernement du Canada ne conclue un accord international. En substance, la demande de jugement déclaratoire s’inscrivait dans le contexte d’une décision administrative rendue par le gouvernement du Canada. Le gouvernement du Canada avait décidé — implicitement ou explicitement, compte tenu de la position énoncée par la Première

other Indigenous peoples. Through the use of a declaration, the First Nation sought to set aside the administrative decision. Given this was the substance of the matter, this Court went on to determine the standard of review, as it does whenever it is asked to review administrative decision-making. It applied the reasonableness standard.

[22] The thrust of this proceeding is an attack against the Minister's longstanding administrative conduct in relation to the examination provisions, and specifically her longstanding conduct in failing to make a report of inconsistency when one allegedly should be made. The core of this proceeding is the Minister's interpretation of the meaning of the examination provisions. This Court is asked in essence to quash that interpretation. As in *Hupacasath* and as the Federal Court noted, the standard of review must be considered.

D. What is the standard of review?

[23] In the case before us, the Minister and the Clerk of the Privy Council (in consultation with the Deputy Minister) are charged with the responsibility of examining proposed legislation. They are "interpreting [their] own statute or statutes closely connected to [their] function, with which [they] will have particular familiarity": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54. Thus, the presumptive standard of review in this circumstance is reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54. This has been reaffirmed in many other cases: see, e.g., *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 34; and, most recently, see *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, 412 D.L.R. (4th) 103; and *Quebec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) v. Caron*, 2018 SCC 3, [2018] 1 S.C.R. 35.

Nation — qu'il pouvait mettre en vigueur l'accord international sans consulter la Première Nation ou d'autres peuples autochtones. Au moyen d'un jugement déclaratoire, la Première Nation a cherché à faire annuler la décision administrative visée. Étant donné qu'il s'agissait là du fond de la question, la Cour a ensuite déterminé la norme de contrôle applicable, comme elle le fait chaque fois qu'on lui demande de réviser une décision administrative. Elle a donc appliqué la norme de la décision raisonnable.

[22] L'objet de la présente procédure est d'attaquer les pratiques administratives suivies de longue date par la ministre pour ce qui est des dispositions relatives à l'examen, notamment l'omission de faire rapport d'une incompatibilité lorsqu'il y aurait censément eu lieu de le faire. L'interprétation faite par la ministre des dispositions relatives à l'examen est au cœur de la présente instance. On demande essentiellement à cette Cour de rejeter cette interprétation. Comme il a été établi dans l'arrêt *Hupacasath*, et comme l'a souligné la Cour fédérale, il faut examiner la norme de contrôle à appliquer.

D. Quelle est la norme de contrôle applicable?

[23] Dans le cas qui nous occupe, la ministre et le greffier du Conseil privé (en consultation avec le sous-ministre) sont chargés d'examiner les projets de loi. Ils « interprète[nt] [leur] propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à [leur] mandat et dont il[s] [ont] une connaissance approfondie » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54. En pareilles circonstances, la norme de contrôle présumée est la norme de la décision raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54. Ce principe a été confirmé dans de nombreuses autres affaires : voir, par exemple, *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 34; et, plus récemment, *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; et *Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c. Caron*, 2018 CSC 3, [2018] 1 R.C.S. 35.

E. Principles concerning administrative decision-makers and the interpretation of legislation

[24] The Supreme Court has given much guidance on how courts should interpret legislative provisions. However, it has never definitively and explicitly told us how administrative decision-makers should interpret legislative provisions. Implicitly, though, it has. Without exception, when the Supreme Court has conducted reasonableness review of administrative decision-makers' interpretations of legislative provisions, it assesses their interpretations using the methodology it has told courts to use.

[25] What is that methodology? Legislative provisions are to be interpreted in accordance with their text, context and purpose: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

[26] In undertaking the interpretive task we must also be mindful that these provisions are to be given “such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of [their] objects”: *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12. And both the English and French versions of each statute are equally authoritative statements: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at paragraph 54.

[27] We analyze the text, context and purpose with a view to discerning “what the legislation authentically means”: *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174, at paragraph 48; *Canada v. Cheema*, 2018 FCA 45, [2018] F.C.R. 328, at paragraph 80.

[28] This must be done objectively and dispassionately without regard to extraneous considerations such as personal policies or political preferences. We must not drive for results we personally prefer, fasten onto what we like and ignore what we don't, or draw upon what we think

E. Principes relatifs aux décisions administratives et à l'interprétation des lois

[24] La Cour suprême a donné beaucoup d'indications sur la façon dont les cours devraient interpréter les dispositions législatives. En revanche, elle n'a jamais précisé de manière claire et explicite de quelle manière les décideurs administratifs eux-mêmes devraient interpréter les dispositions législatives. Elle l'a toutefois fait de manière implicite. Lorsque la Cour suprême procède à un contrôle du caractère raisonnable de l'interprétation des dispositions législatives faite par des décideurs administratifs, elle examine à tout coup ces interprétations en utilisant la méthodologie qu'elle a prescrite aux cours de justice.

[25] En quoi consiste cette méthodologie? Les dispositions législatives doivent être interprétées en fonction de leur texte, de leur contexte et de leur objet : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

[26] Dans le cadre de cet exercice d'interprétation, on doit également tenir compte du fait que les dispositions des lois « s'interprète[nt] de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de [leur] objet » : *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 12. Les versions française et anglaise de chaque loi font pareillement autorité : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, au paragraphe 54.

[27] Afin de discerner [TRADUCTION] « ce que la loi veut réellement dire », il faut en analyser le texte, le contexte et l'objet : *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174, au paragraphe 48; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, au paragraphe 80.

[28] Cette analyse doit être faite objectivement et impartialement, sans tenir compte de considérations extrinsèques telles que les principes personnels ou les préférences politiques. Il faut se garder de viser les résultats que l'on préfère personnellement, de ne retenir que

is best for Canadians or Canadian society. Common to these practices is an improper focus on what we want the legislation to mean rather than on what the legislation authentically means: *Williams*, at paragraph 48.

[29] Put another way, “the proper focus when interpreting legislation is, and must always be, on what the legislator actually said, not on what one might wish or pretend it to have said”: *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at paragraph 202 (*per* Brown J., McLachlin C.J. [as she then was] concurring, the other Justices not disagreeing with the statement).

[30] This Court recently put this same idea as follows:

Judges are only lawyers who happen to hold a judicial commission. Just like the people they serve, judges are unelected and are bound by legislation. What, then, is the right of judges to avert their eyes from the authentic meaning of legislation enacted by the elected and, instead, to choose a meaning that accords with their own particular views ...

(*Cheema*, at paragraph 79; see also *Williams*, at paragraph 49.)

[31] On a similar note, this Court also put it this way:

Absent a successful argument that legislation is inconsistent with the Constitution, judges—like everyone else—are bound by the legislation. They must take it as it is. They must not insert into it the meaning they want. They must discern and apply its authentic meaning, nothing else.

How do we go about this? As the authorities suggest, we are to investigate the text, context and purpose of the legislation as objectively and fairly as we can. On this, especially when investigating the purpose, we have assistance: the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, canons of statutory construction known to both legislative drafters and courts, and other legitimate aids to interpretation such as—in certain circumstances and with appropriate

ce qui nous plaît pour ignorer ce qui ne nous plaît pas ou de s’en tenir mordicus à ce qui nous paraît être préférable pour les Canadiens ou la société canadienne. De telles approches ont toutes en commun d’être axées sur ce que l’on souhaite que la loi signifie, plutôt que sur ce qu’elle signifie réellement : *Williams*, au paragraphe 48.

[29] En d’autres termes, « [a]u moment d’interpréter une loi, il faut toujours se concentrer sur ce que le législateur a vraiment dit, et non sur ce qu’on aurait voulu qu’il dise ou sur ce qu’on prétend qu’il a dit » : *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, au paragraphe 202 (le juge Brown, avec l’appui de la juge en chef McLachlin [tel était son titre], les autres juges ne s’opposant pas à cette déclaration).

[30] Cette Cour a récemment formulé la même idée comme suit :

Les juges ne sont que des avocats auxquels a été conféré un pouvoir judiciaire. Tout comme ceux qu’ils servent, les juges ne sont pas élus, et ils sont liés par la loi. D’où viendrait donc le droit des juges de fermer les yeux sur le sens véritable d’une loi adoptée par les élus pour lui préférer un sens qui correspond avec leurs propres convictions [...]

(*Cheema*, au paragraphe 79; voir aussi *Williams*, au paragraphe 49.)

[31] Dans le même ordre d’idées, cette Cour s’est également exprimée ainsi :

En l’absence d’un argument convaincant voulant que la loi soit incompatible avec la Constitution, les juges — comme tout le monde — sont liés par la loi. Ils doivent la prendre telle qu’elle est. Ils ne doivent pas y insérer le sens qu’ils veulent lui donner. Ils doivent en dégager son sens véritable et l’appliquer, rien de plus.

Comment faire? Comme la jurisprudence l’indique, nous devons examiner le texte, le contexte et l’objet de la loi aussi objectivement et équitablement que possible. Pour ce faire, et plus particulièrement en ce qui concerne l’objet, nous avons de l’aide : la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch I-21, les règles d’interprétation législative connues à la fois des rédacteurs législatifs et des tribunaux, et les autres outils d’interprétation tels que —

caution—extraneous, contemporaneous materials (e.g., regulatory impact or official explanatory statements), legislative debates, and legislative history.

(*Williams*, at paragraphs 50–51.)

[32] In interpreting legislation, one can assess the likely effects or results of rival interpretations to see which accords most harmoniously with text, context and purpose. This is appropriate:

.... The judge is assessing effects or results not to identify an outcome that accords with personal policies or political preferences. Rather the judge is assessing them against the standard, accepted markers of text, context and purpose in order to discern the authentic meaning of the legislation. For example, if the effect of one interpretation offends the legislative purpose but the effect of another interpretation does not, the latter may be preferable to the former.

(*Williams*, at paragraph 52.)

[33] The legislation at issue in this case bears upon the Charter. In a case like this, the danger of personal policies or political preferences illegitimately injecting themselves into the interpretive process is high—the Charter arouses strong views and passions in some.

[34] Many take the view that the Charter is part of a living tree that should grow and expand. Thus, any measure that relates to the Charter, such as the legislation before us, should be interpreted in order to promote the greatest possible advancement of Charter rights and freedoms generally. By way of example, the intervener, the Canadian Civil Liberties Association, urges that the reporting threshold for reports of inconsistency with the Charter should be lowered significantly so that more reports are made and a more intense consideration of Charter issues takes place during the legislative process, perhaps eliminating the burdens of Charter litigation for would-be Charter claimants.

dans certaines circonstances et avec la prudence voulue — les documents extrinsèques, contemporains (p. ex., les résumés d'études d'impact de la réglementation ou les déclarations explicatives officielles), les débats législatifs et l'historique de la loi.

(*Williams*, aux paragraphes 50 et 51.)

[32] Lorsqu'il interprète une loi, le tribunal peut évaluer les effets ou les résultats probables des interprétations opposées pour voir laquelle s'harmonise le plus avec le texte, le contexte et l'objet. Cette façon de procéder s'impose :

[...] Le juge procède à cet examen non pas pour cerner l'interprétation qui s'accorde avec ses politiques personnelles ou ses préférences politiques. Il examine plutôt ces effets ou résultats au regard des critères habituels et reconnus que sont le texte, le contexte et l'objet, afin de dégager le sens véritable de la loi. Par exemple, si une interprétation est contraire à l'objet de la loi, mais qu'une autre interprétation ne l'est pas, cette dernière pourrait être préférable à la première.

(*Williams*, au paragraphe 52.)

[33] La législation en cause en l'espèce concerne la Charte. Dans un cas comme celui qui nous occupe, le risque que des politiques personnelles ou des préférences politiques s'introduisent illégitimement dans le processus d'interprétation est élevé — la Charte suscite chez certains des opinions et des passions fortes.

[34] Beaucoup considèrent que la Charte fait partie d'un arbre vivant qui doit croître et prendre de l'expansion. Ainsi, toute mesure ayant trait à la Charte, comme la législation dont nous sommes saisis, devrait être interprétée de manière à favoriser autant que possible la défense des droits et libertés garantis par la Charte en général. À titre d'exemple, l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, soutient que le seuil pour signaler une incompatibilité avec la Charte devrait être abaissé sensiblement afin qu'un plus grand nombre d'incompatibilités soient signalées et qu'une sérieuse réflexion sur les questions relatives à la Charte ait lieu pendant le processus législatif, ce qui permettrait peut-être d'éliminer le nombre de litiges fondés sur la Charte à l'avenir.

[35] On this subject, we are dealing with legislative provisions that, among other things, require the vetting of proposed legislation for inconsistency with the Charter. In interpreting these provisions, we must be on guard not to adopt a one-sided view of the Charter at the behest of any party. The Charter is a document suffused with balances. Take the opening section as an example. It tells us that the Charter guarantees rights and freedoms. But it also tells us that this is subject “to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society” [section 1]. And the Constitution of which it is a part—our supreme law under section 52 of the *Constitution Act, 1982*—is not just a “living tree capable of growth and expansion”, but also one whose “growth and expansion [is] within its natural limits”: *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1929] UKPC 86 (BAILII), [1930] A.C. 124, [1930] D.L.R. 98, at pages 106–107 D.L.R.

F. Conducting reasonableness review

[36] How should one conduct reasonableness review of an administrative decision-maker’s interpretation of legislative provisions? On this, the Supreme Court has given us a little guidance.

[37] Legislative provisions come in all types, for many purposes. Some are very exact in their wording and possess little or no ambiguity in their meaning. For those, we would expect there to be very few permissible acceptable and defensible interpretive options available to the administrative decision-maker—perhaps even just one: see *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 38.

[38] Others are more loosely worded, with ambiguity, using phrases such as “in its opinion,” “in its discretion”, “in the public interest”, and “when reasonable”, and, thus, many more permissible, acceptable and defensible options are available to the administrative decision-maker: Frank A.V. Falzon, Q.C., “Statutory Interpretation, Deference and the Ambiguous Concept of ‘Ambiguity’ on

[35] À ce sujet, nous avons affaire à des dispositions législatives qui exigent notamment que l’on vérifie la compatibilité des projets de loi avec la Charte. En interprétant ces dispositions, nous devons nous garder d’adopter une vision unilatérale de la Charte à la demande d’une partie. La Charte est un document empreint de nuances. L’article premier en est un exemple. Il indique que la Charte garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, mais que ceux-ci peuvent être restreints « 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 » [article 1]. Et la Constitution dans laquelle elle s’inscrit — notre loi suprême selon l’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — n’est pas seulement [TRADUCTION] « un arbre susceptible de croître et de se développer », mais aussi un arbre dont la croissance et l’expansion se font « à l’intérieur de ses limites naturelles » : *Edwards, Henrietta Muir v. Attorney-General for Canada*, [1929] UKPC (BAILII), [1930] A.C. 124, [1930] D.L.R. 98, aux pages 106 et 107.

F. Examen de la norme de la décision raisonnable

[36] Comment devrait-on examiner le caractère raisonnable de l’interprétation donnée par un décideur administratif aux dispositions législatives? À cet égard, la Cour suprême nous a donné un peu d’indications.

[37] Les dispositions législatives peuvent prendre différentes tournures et servent de nombreuses fins. Certaines dispositions sont très précises et présentent peu d’ambiguïté ou n’en présentent pas du tout. En ce qui concerne celles-là, on pourrait s’attendre à ce que le décideur administratif ait très peu de possibilités d’interprétation acceptables et justifiables — peut-être même qu’une seule : voir *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 38.

[38] D’autres sont rédigées en des termes généraux, avec ambiguïté, en empruntant des expressions comme « à son avis », « a le pouvoir discrétionnaire », « dans l’intérêt public » et « lorsqu’il est raisonnable », ce qui donne au décideur administratif beaucoup plus de possibilités d’interprétation acceptables et justifiables : Frank A.V. Falzon, c.r., « Statutory Interpretation, Deference

Judicial Review,” C.L.E. B.C. conference, November 16, 2015. Because of the breadth and ambiguity of these sorts of phrases, the administrative decision-maker trying to discern their meaning will have much regard to context and purpose. And some administrative decision-makers are very well placed to appreciate context and purpose due to their specialization, experience and expertise.

[39] It must be remembered that reasonableness is a deferential standard: *Dunsmuir*, at paragraph 47. We must be on guard not to do what some call “disguised correctness review”. This Court explained this concept as follows:

Under the reasonableness standard, we do not develop our own view of the matter and then apply it to the administrator’s decision, finding any inconsistency to be unreasonable. In other words, as reviewing judges, we do not make our own yardstick and then use that yardstick to measure what the administrator did, finding any inconsistency to be unreasonable. That is nothing more than the court developing, asserting and enforcing its own view of the matter—correctness review.

(*Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, at paragraph 28.)

[40] Thus, when reviewing courts review administrative decision-makers’ interpretations of legislative provisions, they must take care not to interpret the legislative provisions in a definitive way and then use that definitive interpretation as a yardstick to measure what the administrator has done.

G. Analysis

[41] Overall, I conclude that the Minister’s interpretation of the examination provisions—in particular, the threshold at which a report of inconsistency must be made, is reasonable. In fact, I consider the Minister’s interpretation to be correct.

and the Ambiguous Concept of ‘Ambiguity’ on Judicial Review », C.L.E. B.C. conference, 16 novembre 2015. En raison de l’étendue et de l’ambiguïté de ce genre d’expressions, le décideur administratif qui essaie d’en discerner le sens portera une attention particulière au contexte et à l’objet. Certains décideurs administratifs sont très bien placés pour évaluer le contexte et l’objet en raison de leur spécialisation, de leur expérience et de leur expertise.

[39] Il faut garder à l’esprit que la norme de la décision raisonnable est une norme déférente : *Dunsmuir*, au paragraphe 47. Il faut faire attention de ne pas faire ce que certains appellent un contrôle « déguisé selon la norme de la décision correcte ». Cette Cour a expliqué ce concept comme suit :

Lorsqu’il applique la norme de la décision raisonnable, le juge n’élabore pas sa propre opinion sur la question pour la substituer ensuite à la décision de l’administrateur, en déclarant déraisonnable tout ce qui est incompatible avec cette opinion. Autrement dit, le juge réformateur n’établit pas son propre critère pour ensuite jauger ce qu’a fait l’administrateur et déclarer déraisonnable tout ce qui est contraire à ce critère. Ce faire équivaudrait, de la part du juge, à élaborer, affirmer et imposer son propre point de vue sur la question, soit un contrôle fondé sur la norme de la décision correcte.

(*Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, au paragraphe 28.)

[40] Ainsi, lorsqu’une cour de révision examine l’interprétation que donne le décideur administratif à des dispositions législatives, elle doit faire attention de ne pas interpréter les dispositions législatives de façon définitive et d’ensuite se servir de cette interprétation définitive comme critère pour évaluer ce que l’administrateur a fait.

G. Analyse

[41] Dans l’ensemble, je conclus que la façon dont la ministre a interprété les dispositions relatives à l’examen — notamment, le seuil à partir duquel un rapport faisant état d’une incompatibilité doit être présenté — est raisonnable. En fait, j’estime que l’interprétation de la ministre est correcte.

(1) The legislative text

[42] The text of the examination provisions is carefully drawn. It does not obligate the Minister to make a general report concerning the consistency of the proposed legislation with particular standards. Nor does it require a general report to be made on the potential effects of the proposed legislation on particular standards. It is drawn far more narrowly.

[43] This is to be contrasted with the breadth of proposed, new examination provisions that are currently before Parliament: Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, S.C. 2018, c. 29, section 73 (requiring the Minister in every case to give to Parliament a statement on the “potential effects” of proposed legislation on Charter rights and freedoms).

[44] The examination provisions speak of ascertaining or examining whether proposed legislation is inconsistent with certain standards or “ensuring” that proposed legislation is not inconsistent with certain standards, and, if the proposed legislation is inconsistent, to report.

[45] Implicit in this is the idea that a positive finding must be made, to some degree of certitude, that the legislation is inconsistent before a report can be made. The shared meaning of the words “ascertain” and “ensure” and “rechercher” and “vérifier si” require a person to be satisfied that a state of affairs exists. Thus, under the examination provisions, either the Minister is satisfied that a provision is “inconsistent” or she is not.

[46] The examination provisions do not require the Minister and the Clerk of the Privy Council (in consultation with the Deputy Minister) to go so far as to confirm that the legislation is consistent with standards. I agree with the following submission in the respondent’s memorandum (at paragraph 59):

Despite the appellant’s affirmation to the contrary, ascertaining *inconsistency* (“*incompatibilité*”) is not the same thing as ascertaining “consistency” (“compatibilité”).

1) Le texte législatif

[42] Le texte des dispositions relatives à l’examen est soigneusement rédigé. Il n’oblige pas la ministre à faire un rapport général sur la cohérence du projet de loi avec des normes en particulier. Il n’exige pas non plus la production d’un rapport général sur les effets que pourrait avoir le projet de loi sur des normes en particulier. Il est libellé beaucoup plus étroitement.

[43] Ces dispositions se distinguent de la nouvelle disposition d’examen proposée qui est actuellement à l’étude au Parlement : l’article 73 du projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2018, ch. 29 (qui oblige le ministre à déposer devant le Parlement un énoncé qui indique les « effets possibles » du projet de loi sur les droits et libertés garantis par la Charte).

[44] Les dispositions relatives à l’examen visent à rechercher ou à examiner si le projet de loi est incompatible avec certaines normes ou à « vérifier » que le projet de loi n’est pas incompatible avec certaines normes. Le cas échéant, cette incompatibilité doit être signalée.

[45] Il en découle implicitement que la ministre doit conclure, avec un certain degré de certitude, que la loi est incompatible avant qu’un rapport ne puisse être présenté. Le sens commun des mots « rechercher » et « vérifier si » et « *ascertain* » et « *ensure* » exige que la personne soit convaincue qu’une situation existe. Ainsi, en application des dispositions relatives à l’examen, soit la ministre conclut qu’une disposition est « incompatible », soit elle ne le fait pas.

[46] Les dispositions relatives à l’examen n’exigent pas que la ministre et le greffier du Conseil privé (en consultation avec le sous-ministre) aillent jusqu’à confirmer que la loi est compatible avec les normes. Je souscris à l’observation suivante figurant dans le memorandum de l’intimé (au paragraphe 59) :

[TRADUCTION] Malgré l’affirmation contraire de l’appelant, vérifier l’*incompatibilité* (« *inconsistency* ») n’équivaut pas à vérifier la « compatibilité » (« consistency »). En

By choosing not to ask the Minister to ascertain “consistency”, Parliament signals that it expects the Minister to offer her assurance that the bill is defensible; the credible argument standard matches this expectation.

[47] I wish to offer more detailed analysis of the text of the examination provisions.

– I –

[48] First, the text of section 3 of the *Canadian Bill of Rights* and section 4.1 of the *Department of Justice Act*. As noted by the Federal Court at paragraphs 113 and 114, the key words in these sections are: “ascertain whether”/“*rechercher si*”/“*vérifier si*” and “are inconsistent”/“*est incompatible*”.

[49] The word “ascertain” is defined by the *Canadian Oxford Dictionary*, (2nd ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004), as “find out as a definite fact”. Therefore, the plain text of both English versions directs the Minister to find out whether the provisions that she is examining are inconsistent with guaranteed rights and freedoms.

[50] *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Le Robert (2006) defines “*rechercher*” (French version of the *Canadian Bill of Rights*) as “1. *chercher de façon consciente, méthodique*; 2. *chercher à connaître, à découvrir*, “*déterminer*” is listed as a word of shared meaning; 3. *repandre*; 4. *tenter d’obtenir par une recherche*; 5. *tenter, essayer de connaître*”.

[51] *Le Nouveau Petit Robert* defines “*vérifier*” (French version of the *Department of Justice Act*) as “1. *examiner la valeur de ... par une confrontation avec les faits, ou par un contrôle de la cohérence interne*, “*examiner*” and “*contrôler*” are listed as words of shared meaning; 2. *examiner (une chose)*; 3. *Reconnaître ou faire reconnaître pour vrai par l’examen*”.

choisissant de ne pas demander à la ministre de vérifier la « compatibilité », le législateur montre qu’il s’attend à ce qu’elle lui garantisse que le projet de loi est justifiable; la norme de l’argument crédible correspond à cette attente.

[47] J’aimerais offrir une analyse plus détaillée du texte des dispositions relatives à l’examen.

– I –

[48] Examinons d’abord le texte de l’article 3 de la *Déclaration canadienne des droits* et de l’article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*. Comme l’a souligné la Cour fédérale aux paragraphes 113 et 114, les mots clés dans ces articles sont « *rechercher si* »/« *vérifier si* »/« *ascertain whether* » et « *est incompatible* »/« *are inconsistent* ».

[49] Selon le *Canadian Oxford Dictionary* (2^e éd. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004) le mot « *ascertain* » signifie « *find out as a definite fact* ». Par conséquent, la version anglaise des deux lois ordonne à la ministre de déterminer si les dispositions qu’elle examine sont incompatibles avec les droits et libertés garantis.

[50] *Le Nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Le Robert (2006) définit le verbe « *rechercher* » (version française de la *Déclaration canadienne des droits*) comme suit : « 1. *chercher de façon consciente, méthodique*; 2. *chercher à connaître, à découvrir* », il est indiqué que le verbe « *déterminer* » en est un synonyme; « 3. *repandre*; 4. *tenter d’obtenir par une recherche*; 5. *tenter, essayer de connaître* ».

[51] *Le Nouveau Petit Robert* définit le verbe « *vérifier* » (version française de la *Loi sur le ministère de la Justice*) comme suit : « 1. *examiner la valeur de ... par une confrontation avec les faits, ou par un contrôle de la cohérence interne* », il est indiqué que les verbes « *examiner* » et « *contrôler* » en sont des synonymes; « 2. *examiner (une chose)*; 3. *Reconnaître ou faire reconnaître pour vrai par l’examen* ».

[52] Both French words require some sort of examination and conclusion. “*Rechercher*” requires the Minister to look into the matter in a methodical manner in order to make a determination. “*Vérifier*” speaks to the same duty, requiring the Minister to examine the provisions. Both of these words are entirely consistent with the English word “ascertain”. All three words require the Minister of Justice to undertake an examination and come to a conclusion.

[53] “Ascertain”, “*rechercher*” and “*vérifier*” cannot be divorced from the words that follow: “whether” and “*si*”. The words “whether” and “*si*” colour the preceding words.

[54] *Le Nouveau Petit Robert* defines “*si*” as “introduit soit une condition (à laquelle correspond une conséquence dans la principale), soit une simple supposition ou éventualité.” That is, the word introduces a conditional clause with a corresponding consequence. The *Canadian Oxford Dictionary* defines “whether” as “1 introducing an indirect question; 2 introducing an indirect question, simple inquiry, or opinion, in which the second alternative is implied only.” The French word “*si*” is closer in meaning to the English word “if” than the word “whether”. However, this difference is not material in interpreting these provisions.

[55] Though the French and English versions are slightly different they do share a common meaning. Taken together the key words ask the Minister to examine the provisions in question and make a determination. The Minister must answer the question “are these provisions inconsistent with guaranteed rights and freedoms?”. If the Minister determines that they are, the Minister is to report to the House of Commons.

[56] The appellant submits at paragraphs 46–50 of his memorandum that the use of the word “whether” calls for a balanced opinion or judgment, “not certainty on one side and faint possibility on the other”. The appellant submits that as a result the Minister must come to both a conclusion on “consistency” with guaranteed rights and freedoms and also a conclusion on “inconsistency”.

[52] Les deux verbes français exigent une sorte d’examen et de conclusion. Le verbe « rechercher » exige que la ministre examine la question de façon méthodique avant de prendre une décision. Le verbe « vérifier » porte sur le même devoir, exigeant que la ministre examine les dispositions. Ces deux verbes sont entièrement compatibles avec le verbe anglais « *ascertain* ». Les trois verbes exigent donc que la ministre de la Justice procède à un examen et parvienne à une conclusion.

[53] Les verbes « rechercher », « vérifier » et « *ascertain* » ne peuvent être dissociés des termes suivants : « si » et « *whether* ». Les termes « si » et « *whether* » influencent les verbes précédents.

[54] *Le Nouveau Petit Robert* définit le terme « si » de la manière suivante : « introduit soit une condition (à laquelle correspond une conséquence dans la principale), soit une simple supposition ou éventualité. » Ainsi, ce terme introduit une clause conditionnelle à laquelle est rattachée une conséquence correspondante. Le *Canadian Oxford Dictionary* définit le terme « *whether* » comme suit : « 1 *introducing an indirect question*; 2 *introducing an indirect question, simple inquiry, or opinion, in which the second alternative is implied only.* » Le mot français « si » est plus proche du mot anglais « *if* » que du mot « *whether* ». Cependant, cette différence n’est pas pertinente dans l’interprétation de ces dispositions.

[55] Bien que les versions française et anglaise soient légèrement différentes, elles ont un sens commun. Pris ensemble, les termes en cause exigent que la ministre examine les dispositions en question et prenne une décision. La ministre doit répondre à la question suivante : « Ces dispositions sont-elles incompatibles avec les droits et libertés garantis? » Si la ministre conclut par l’affirmative, elle doit en faire rapport à la Chambre des communes.

[56] Aux paragraphes 46 à 50 de son mémoire, l’appelant soutient que l’utilisation du mot « si » exige une opinion ou un jugement nuancé, et [TRADUCTION] « non la certitude d’une part et la faible possibilité d’autre part ». L’appelant soutient qu’en conséquence, la ministre doit parvenir à une conclusion sur la « compatibilité » avec les droits et libertés garantis et également à une conclusion sur l’« incompatibilité ».

[57] I disagree.

[58] This argument cannot be reconciled with the express wording of both Acts, which only use the term “inconsistent”, thereby requiring the Minister to undertake only one type of inquiry. Further, this argument cannot be reconciled with the French versions which use the word “si”. The Minister is to act only if she determines that a provision is inconsistent. The conditional clause is the finding of inconsistency and the consequence is a report to the House of Commons. The language of the *Canadian Bill of Rights* and the *Department of Justice Act* cannot support an interpretation that requires the Minister to make two determinations, one about consistency and one to inconsistency, and then “determine which of the two possible views is better”: appellant’s memorandum, at paragraph 49.

[59] To that end, we come to the heart of the disagreement between the appellant and respondent: when is a statute inconsistent with the *Canadian Bill of Rights* and the Charter? Is it inconsistent when it is “more-likely-than-not inconsistent”? Or is it inconsistent if no “credible argument” can be made that it is consistent?

[60] The *Canadian Oxford Dictionary* defines “inconsistent”, in part, as “2 (often foll. by with) not in keeping; discordant; at variance. 3 not staying the same throughout; having self-contradictory elements.”

[61] *Le Nouveau Petit Robert* defines “incompatible” as “[q]ui ne peut coexister; être associé, réuni avec (une autre chose)”; “contraire”, “inconciliable” and “opposé” are listed as words of shared meaning. “Incompatible” is defined in the *Dictionnaire de droit québécois et canadien: avec table des matières et lexique anglais-français*, 5th ed. Montréal: Wilson & Lafleur, 2015, as “1. Se dit certains textes juridiques qui s’opposent ou qui ne peuvent s’appliquer simultanément. (Angl. Inconsistent)”.

[62] Both the French “incompatible” and English “inconsistent” have the same meaning: things are inconsistent

[57] Je ne suis pas de cet avis.

[58] Cet argument ne peut être concilié avec le libellé explicite des deux lois, qui n’utilise que le terme « incompatible », ce qui oblige la ministre à ne procéder qu’à un seul type d’examen. De plus, cet argument ne peut être concilié avec les versions françaises qui utilisent le mot « si ». La ministre ne doit agir que si elle détermine qu’une disposition est incompatible. La clause conditionnelle est la conclusion à l’existence d’une incompatibilité et la conséquence est le rapport à la Chambre des communes. Le libellé de la *Déclaration canadienne des droits* et de la *Loi sur le ministère de la Justice* ne peut justifier une interprétation qui oblige la ministre à prendre deux décisions, l’une portant sur la compatibilité et l’autre sur l’incompatibilité, puis à [TRADUCTION] « déterminer laquelle des deux opinions possibles est la meilleure » : mémoire de l’appelant, au paragraphe 49.

[59] À cette fin, nous arrivons au cœur du désaccord entre l’appelant et l’intimé : dans quelles circonstances une loi est-elle incompatible avec la *Déclaration canadienne des droits* et la Charte? Est-elle incompatible lorsqu’elle est « selon toute vraisemblance, incompatible »? Ou est-elle incompatible lorsqu’aucun « argument crédible » ne permet d’établir la compatibilité?

[60] Le *Canadian Oxford Dictionary* définit le terme « inconsistent » en partie comme suit : « 2 (often followed by with) not in keeping; discordant; at variance. 3 not staying the same throughout; having self-contradictory elements. »

[61] *Le Nouveau Petit Robert* définit le terme « incompatible » comme suit : « [q]ui ne peut coexister, être associé, réuni avec (une autre chose) »; les termes « contraire », « inconciliable » et « opposé » sont synonymes. Le terme « incompatible » est défini dans le *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des matières et lexique anglais-français*, 5^e éd. Montréal : Wilson et Lafleur (2015), comme suit : « 1. Se dit certains textes juridiques qui s’opposent ou qui ne peuvent s’appliquer simultanément. (Angl. Inconsistent) ».

[62] Le terme français « incompatible » et le terme anglais « inconsistent » ont tous deux le même sens : deux

when they cannot stand together; they are opposite of one another; they are repugnant.

[63] The appellant, at paragraphs 30–31 of his memorandum, submits that “not inconsistent” (emphasis in the original) means “consistent for the purposes of the law”. No authority was cited to support this conclusion. To support this interpretation the appellant points to subsection 4.1(2) of the *Department of Justice Act* and subsection 3(2) of the *Canadian Bill of Rights*, the provisions that exempt the Minister of Justice from examining draft regulations if that task was already done by the Clerk of the Privy Council under the *Statutory Instruments Act*. The appellant points out that while the English version uses the words “not inconsistent” the French version uses “à vérifier sa compatibilité”. The appellant argues that in this way “Parliament has confirmed that it understands and intends “not inconsistent” to be the same as “compatible” (i.e., consistent)”.

[64] This submission is not compelling.

[65] Had Parliament intended to require the Minister to ensure that the draft provisions are consistent with guaranteed rights, Parliament could have used that word. It did not. Both subsection 3(1) of the *Canadian Bill of Rights* and subsection 4.1(1) of the *Department of Justice Act* use the word “inconsistent”. The plain meaning of these provisions is not changed by the French version of a subsequent section which exempts the Minister from examining draft regulations if that job was already done by the Clerk of the Privy Council.

[66] The credible argument standard employed by the Minister of Justice allows the Minister of Justice to fulfill her obligations under the examination provisions. If the Minister of Justice believes that there is a *bona fide* argument based on the current state of the law that a court will accept that the proposed legislation passes muster—that it is arguably compliant with both the *Canadian Bill of Rights* and the Charter—she *cannot* come to the conclusion that the proposed legislation is inconsistent with guaranteed rights. The Minister will

éléments sont incompatibles lorsqu’ils ne peuvent coexister; ils sont opposés; ils sont contraires.

[63] Aux paragraphes 30 et 31 de son mémoire, l’appelant soutient que « non incompatible » (souligné dans l’original) signifie [TRADUCTION] « compatible pour l’application de la loi ». Rien n’a été cité pour étayer cet argument. Pour justifier cette interprétation, l’appelant invoque le paragraphe 4.1(2) de la *Loi sur le ministère de la Justice* et le paragraphe 3(2) de la *Déclaration canadienne des droits*, les dispositions qui soustraient la ministre de la Justice à l’examen des projets de règlement si le greffier du Conseil privé s’en est déjà acquitté en application de la *Loi sur les textes réglementaires*. L’appelant fait remarquer que, bien que l’expression « *not inconsistent* » figure dans la version anglaise, l’expression « à vérifier sa compatibilité » figure dans la version française. L’appelant fait valoir que, de cette façon, [TRADUCTION] « le législateur confirme qu’il voulait que le terme “*not inconsistent*” soit synonyme de “compatible” ».

[64] Cette observation n’est pas convaincante.

[65] Si l’intention du législateur était d’exiger que la ministre s’assure que l’avant-projet de loi soit conforme aux droits garantis, il aurait pu utiliser ce terme. Il ne l’a pas fait. Le paragraphe 3(1) de la *Déclaration canadienne des droits* et le paragraphe 4.1(1) de la *Loi sur le ministère de la Justice* utilisent tous deux le terme « incompatible ». Le sens ordinaire de ces dispositions n’est pas modifié par la version française d’un article subséquent qui dispense la ministre d’examiner un projet de règlement si ce travail a déjà été fait par le greffier du Conseil privé.

[66] La norme de l’argument crédible appliquée par la ministre de la Justice lui permet de s’acquitter des obligations que lui imposent les dispositions relatives à l’examen. Si elle estime que, en fonction d’un argument véritable fondé sur l’état actuel du droit, le tribunal acceptera que le projet de loi soit adopté — qu’il est sans aucun doute conforme à la *Déclaration canadienne des droits* et à la Charte — elle *ne peut pas* en venir à la conclusion que le projet de loi est incompatible avec les droits garantis. La ministre ne sera pas tenue de faire

not be required to report. The credible argument standard allows the Minister to answer the only question asked of her.

[67] The Minister is not asked to perform a balancing exercise. This interpretation is bolstered by the use of the words “are” and “est” in the provisions. This language requires certainty as to the inconsistency.

[68] The appellant’s submission that the Minister must satisfy herself that proposed legislation is more-likely-than-not inconsistent is contrary to the text of the provisions. Textually, the provisions do not require a report if the proposed legislation “may be inconsistent”, “could be inconsistent” or “is/are likely to be inconsistent”.

– II –

[69] Now, some additional observations concerning the text of subsection 3(2) of the *Statutory Instruments Act*.

[70] This provision requires the Clerk of the Privy Council, in consultation with the Deputy Minister of Justice, to “examine” a proposed regulation to “ensure” that it does not “trespass unduly on existing rights and freedoms” and “is not, in any case, inconsistent” with the *Canadian Bill of Rights* and the Charter.

[71] As noted by the Federal Court at paragraph 129, the French and English versions are worded differently. The English version states that the Clerk of the Privy Council “shall examine” the regulations “to ensure that” whereas the French version simply requires the Clerk to “procède [...] à l’examen”. The French version does not contain a provision requiring the Clerk to “ensure” any result. In this case then the English version may have a broader meaning than the French version.

[72] In interpreting bilingual provisions, “where one of the two versions is broader than the other, the common meaning [favours] the more restricted or limited

rapport. La norme de l’argument crédible permet à la ministre de répondre à la seule question qui lui est posée.

[67] On ne demande pas à la ministre de procéder à un exercice de mise en balance. Cette interprétation est renforcée par l’utilisation des mots « est » et « are » dans les dispositions. Ce libellé requiert qu’il y ait une certitude quant à l’incompatibilité.

[68] L’argument de l’appelant selon lequel la ministre doit s’assurer que le projet de loi est, selon toute vraisemblance, incompatible est contraire au texte des dispositions. Textuellement, les dispositions n’exigent pas qu’un rapport soit présenté si le projet de loi « peut être incompatible », « pourrait être incompatible » ou « est susceptible d’être incompatible ».

– II –

[69] Maintenant, quelques remarques supplémentaires concernant le texte du paragraphe 3(2) de la *Loi sur les textes réglementaires*.

[70] Cette disposition oblige le greffier du Conseil privé, en consultation avec le sous-ministre de la Justice, à « examiner » un projet de règlement pour s’« assurer » qu’il n’« empiète pas indûment sur les droits et libertés existants » et, « en tout état de cause, n’est pas incompatible » avec la *Déclaration canadienne des droits* et la Charte.

[71] Comme l’a fait remarquer la Cour fédérale au paragraphe 129, les versions française et anglaise sont libellées différemment. La version anglaise précise que le greffier du Conseil privé « shall examine » les règlements « to ensure that », alors que la version française exige simplement que le greffier « procède [...] à l’examen ». La version française ne contient aucune disposition exigeant que le greffier « s’assure » du résultat. Dans ce cas, la version anglaise peut avoir un sens plus large que la version française.

[72] Dans l’interprétation de dispositions bilingues, « lorsqu’une des deux versions possède un sens plus large que l’autre, le sens commun aux deux favorise le sens

meaning”: *Schreiber*, above, at paragraph 56. What, then, is the common meaning?

[73] In this case the French version does not contain a corresponding obligation to ensure any result; the only obligation imposed by the French version is to undertake an examination. Therefore, the shared common meaning requires the Clerk of the Privy Council to undertake an examination, but does not require the Clerk to ensure any result.

[74] As with the *Canadian Bill of Rights* and the *Department of Justice Act*, the Clerk of the Privy Council is called into action he/she, in consultation with the Deputy Minister of Justice, finds an inconsistency. However, the wording of section 3 of the *Statutory Instruments Act* is slightly different: the Clerk must examine to see if the proposed regulations “trespass unduly” and are “not ... inconsistent” with guaranteed rights. Does this mean that the Clerk of the Privy Council is required to undertake a different analysis with regards to regulations than the Minister of Justice would? I think not. If the regulations are not examined by the Clerk of the Privy Council under the *Statutory Instruments Act*, then subsections 3(2) of the *Canadian Bill of Rights* and 4.1(2) of the *Department of Justice Act* are not engaged and the job falls to the Minister of Justice. As set out above, the Minister is required to examine draft bills and regulations and issue a report if there is an inconsistency with guaranteed rights. Since all three statutes deal with the same subject matter and impose complimentary obligations, the interpretation of each statute must be consistent and harmonious with the interpretation of the other statutes: *Ulybel Enterprises Ltd.*, above. The job of the Clerk of the Privy Council, when examining regulations, cannot be interpreted in a different way than the job of the Minister of Justice.

(2) Context and purpose

[75] The examination provisions do not tell us expressly the threshold at which an officer should report an inconsistency. At this point we have only the textual

le plus restreint ou limité » : *Schreiber*, précité, au paragraphe 56. Quel est donc le sens commun?

[73] En l’espèce, la version française ne contient aucune obligation correspondante d’assurer un résultat; la seule obligation imposée par la version française est de procéder à un examen. Par conséquent, le sens commun exige que le greffier du Conseil privé procède à un examen, mais n’exige pas de lui qu’il s’assure du résultat.

[74] Comme dans le cas de la *Déclaration canadienne des droits* et de la *Loi sur le ministère de la Justice*, le greffier du Conseil privé entre en jeu s’il constate, en consultation avec le sous-ministre de la Justice, une incompatibilité. Toutefois, le libellé de l’article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* est légèrement différent : le greffier doit examiner si le projet de règlement « empiète [...] indûment » et n’est « pas incompatible » avec les droits garantis. Est-ce à dire que, en ce qui concerne les règlements, le greffier du Conseil privé est tenu d’effectuer une analyse différente de celle que ferait la ministre de la Justice? Je ne crois pas. Si les règlements ne sont pas examinés par le greffier du Conseil privé en application de la *Loi sur les textes réglementaires*, les paragraphes 3(2) de la *Déclaration canadienne des droits* et 4.1(2) de la *Loi sur le ministère de la Justice* ne s’appliquent donc pas et la charge revient à la ministre de la Justice. Comme nous l’avons déjà indiqué, la ministre est tenue d’examiner les projets de loi et de règlement et de présenter un rapport en cas d’incompatibilité avec les droits garantis. Puisque les trois lois traitent du même sujet et imposent des obligations complémentaires, l’interprétation de chaque loi doit être compatible et s’harmoniser avec l’interprétation des autres lois : *Ulybel Enterprises Ltd.*, précité. La charge du greffier du Conseil privé, lorsqu’il examine des règlements, ne peut être interprétée différemment du travail de la ministre de la Justice.

2) Contexte et objet

[75] Les dispositions relatives à l’examen n’indiquent pas expressément le seuil à partir duquel un agent devrait signaler une incompatibilité. À ce stade-ci, nous

clues that the respondent's view of the examination provisions is correct.

[76] We must proceed, as we always must, to a review of the context and purpose of the examination provisions: *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at paragraph 48.

[77] In the record before us, we see no analysis by the Minister and the Clerk of the Privy Council themselves concerning the context and purpose of the examination provisions. However, there is plenty of evidence that assists us in understanding the context of these provisions and their overall role. I refer to some of this evidence below.

[78] Part of the surrounding context is what the House of Commons has adopted for itself when vetting private members' bills, which are not subject to the examination provisions. The House will only pass bills that clearly do not violate the Charter: see the affidavit evidence in the appeal book, Vol. 2, at pages 457–458 and 927–928. If the appellant's interpretation of the examination provisions is correct, it would seem perverse that the House would adopt a laxer standard than the examination provisions require for government bills. More likely is that the House adopted a standard commensurate with the one in the examination provisions.

[79] Another important element of context is found in legislative history. In 1960, Parliament enacted the examination provision found in section 3 of the *Canadian Bill of Rights*. From 1960 to 1985, consistent with the high threshold for reporting an inconsistency to the House of Commons, only one report under this examination provision was made. In 1985, Parliament amended the *Department of Justice Act* to include the examination provision now found in section 4.1. If Parliament believed that the reporting threshold in section 3 of the *Canadian Bill of Rights* was too high, it could have enacted a different threshold in section 4.1 of the *Department of Justice*

pouvons seulement nous servir des indices textuels pour confirmer que l'opinion de l'intimé sur les dispositions relatives à l'examen est correcte.

[76] Comme toujours, nous devons procéder à l'examen du contexte et de l'objet des dispositions relatives à l'examen : *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, au paragraphe 48.

[77] Selon le dossier dont nous disposons, il semble que ni la ministre ni le greffier du Conseil privé n'a analysé le contexte et l'objet des dispositions relatives à l'examen. Cependant, beaucoup d'indices nous aident à comprendre le contexte de ces dispositions et leur rôle global. Je renvoie à certains de ces indices ci-dessous.

[78] Une partie du contexte se trouve dans les règles que la Chambre des communes a adoptées lorsqu'elle doit examiner les projets de loi d'initiative parlementaire, qui ne sont pas assujettis aux dispositions relatives à l'examen. La Chambre n'adoptera que des projets de loi qui ne violent manifestement pas la Charte : voir la preuve par affidavit dans le dossier d'appel, vol. 2, aux pages 457–458 et 927–928. Si l'interprétation que donne l'appelant aux dispositions relatives à l'examen est correcte, il semblerait contradictoire que la Chambre adopte une norme moins rigoureuse que celle exigée dans les dispositions relatives à l'examen des projets de loi du gouvernement. Il est plus probable que la Chambre ait adopté une norme qui corresponde à celle des dispositions relatives à l'examen.

[79] Un autre élément important du contexte se trouve dans l'historique législatif. En 1960, le législateur a adopté la disposition relative à l'examen figurant à l'article 3 de la *Déclaration canadienne des droits*. De 1960 à 1985, comme le seuil pour signaler une incompatibilité à la Chambre des communes était élevé, un seul rapport a été présenté en application de cette disposition. En 1985, le législateur a modifié la *Loi sur le ministère de la Justice* afin d'y inclure la disposition relative à l'examen qui figure maintenant à l'article 4.1. Si le législateur estimait que le seuil prévu à l'article 3 de la *Déclaration canadienne des droits* était trop élevé, il aurait pu établir

Act. It did not. It used wording that is virtually identical to that in section 3 of the *Canadian Bill of Rights*.

[80] An important part of the context that affects the interpretation of the examination provisions is the relationship between the executive, Parliament, and the judiciary—in other words, the separation of powers, a fundamental part of our constitutional arrangements: *Ref re Remuneration of Judges of the Prov. Court of P.E.I.*; *Ref re Independence and Impartiality of Judges of the Prov. Court of P.E.I.*, [1997] 3 S.C.R. 3, (1997), 150 D.L.R. (4th) 577; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraph 54. The examination provisions were enacted against this backdrop and must be interpreted in a manner consistent with it.

[81] I agree with the Federal Court’s description of this backdrop (at paragraphs 277–278):

To each his own obligation: the Executive governs and introduces bills to Parliament; Parliament examines and debates government bills and, if they are acceptable to Parliament, enacts them into law; the Judiciary, following litigation or a reference, determines whether or not legislation is compliant with guaranteed rights. Each branch of our democratic system is responsible for its respective role and should not count on the others to assume its responsibilities.

As Deputy Minister of Justice Pentney said in his affidavit at paragraph 84 and during his testimony before the Court:

The examination standard must therefore reflect the role of Parliament in our constitution. Elected governments shape policy and introduce legislation as they think best, while remaining mindful of the outer boundaries set by the *Constitution* and by guaranteed rights. Parliament debates and enacts legislation, including giving consideration to its consistency with the *Constitution* and the *Bill of Rights*; Courts have the ultimate responsibility to decide whether legislation is constitutional. The credible argument standard is intended to allow each Branch of Government to perform its appropriate role in ensuring that guaranteed rights are respected.

un seuil différent à l’article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice*. Il ne l’a pas fait. Il a utilisé un libellé pratiquement identique à celui de l’article 3 de la *Déclaration canadienne des droits*.

[80] Une partie importante du contexte qui influence l’interprétation des dispositions relatives à l’examen est la relation entre les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire — autrement dit, la séparation des pouvoirs, un élément fondamental de nos arrangements constitutionnels : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*; *Renvoi relatif à l’indépendance et à l’impartialité des juges de la Cour provinciale de I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 54. Les dispositions relatives à l’examen ont été adoptées dans ce contexte et doivent être interprétées d’une manière compatible avec celui-ci.

[81] Je souscris à la description de ce contexte énoncée par la Cour fédérale (aux paragraphes 277 et 278) :

À chacun ses obligations : l’organe exécutif gouverne et soumet les projets de loi au Parlement; le Parlement examine et débat les projets de loi émanant du gouvernement et, s’ils sont acceptables pour le Parlement, il les adopte; la magistrature, suivant un litige ou un renvoi, décide si une loi respecte les droits garantis. Chacun des organes de notre système démocratique assume son propre rôle et ne devrait pas se fier aux autres pour qu’ils assument ses responsabilités.

Comme le sous-ministre de la Justice William Pentney l’a déclaré au paragraphe 84 de son affidavit et dans son témoignage devant la Cour :

[TRADUCTION] La norme relative à l’examen doit donc refléter le rôle du Parlement dans notre constitution. Les gouvernements élus établissent les politiques et présentent les projets de loi qu’ils estiment appropriés, tout en tenant compte des limites extérieures établies par la *Constitution* et par les droits garantis. Le Parlement débat les projets de loi et les adopte, tout en tenant compte de leur compatibilité avec la *Constitution* et la *Déclaration canadienne des droits*; les tribunaux sont en fin de compte chargés de décider si la loi est constitutionnelle. La norme de l’argument crédible a pour but de permettre à chacun des organes du gouvernement de jouer le rôle qui lui revient afin de veiller au respect des droits garantis.

This system is referred to as “checks and balances”. The actions of each branch, when they assume their respective roles, create multiple checks and balances, all of which aim to ensure that our laws are compliant with the rights guaranteed by the Charter and the *Bill of Rights*. As Professor emeritus Peter W. Hogg was referred to saying previously [Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., vol. 2 (Scarborough: Carswell, 2007), referred to at paragraph 189 of the Federal Court’s reasons], the main safeguards of civil liberties in Canada are the democratic character of Canadian political institutions, the independence of the judiciary, and a legal tradition of respect for civil liberties. Each component has a vital role to play in ensuring our laws are properly enacted and respect our rights.

[82] It is not part of the formal job of the Minister of Justice and the Attorney General of Canada to give legal advice to Parliament regarding whether or not proposed legislation is constitutional. Neither the Minister of Justice nor the Attorney General of Canada are legal advisors to Parliament.

[83] This is seen in sections 4 and 5 of the *Department of Justice Act*. These sections read as follows:

Powers, duties and function of Minister

4 The Minister is the official legal adviser of the Governor General and the legal member of the Queen’s Privy Council for Canada and shall

- (a) see that the administration of public affairs is in accordance with law;
- (b) have the superintendence of all matters connected with the administration of justice in Canada, not within the jurisdiction of the governments of the provinces;
- (c) advise on the legislative Acts and proceedings of each of the legislatures of the provinces, and generally advise the Crown on all matters of law referred to the Minister by the Crown; and
- (d) carry out such other duties as are assigned by the Governor in Council to the Minister.

...

Ce système est appelé « freins et contrepoids ». Les actions de chacun des organes, alors qu’ils assument leurs rôles respectifs, créent de multiples freins et contrepoids, tout cela dans le but de faire en sorte que nos lois respectent les droits garantis par la Charte et la *Déclaration canadienne des droits*. Comme je l’ai mentionné précédemment, le professeur émérite Peter W. Hogg a dit que les principales protections concernant les libertés civiles au Canada sont le caractère démocratique des institutions politiques canadiennes [Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd., vol. 2 (Scarborough, Ont. : Carswell, 2007), mentionné au paragraphe 189 des motifs de la Cour fédérale], l’indépendance du pouvoir judiciaire et la tradition, sur le plan juridique, de respect des libertés civiles. Chacun de ces éléments a un rôle primordial à jouer pour veiller à ce que nos lois soient dûment édictées et à ce qu’elles respectent nos droits.

[82] Il n’appartient pas à la ministre de la Justice ni au procureur général du Canada de donner des conseils juridiques au législateur sur la question de savoir si les projets de loi sont constitutionnels ou non. Ni la ministre de la Justice ni le procureur général du Canada ne sont des conseillers juridiques du législateur.

[83] C’est ce que l’on constate aux articles 4 et 5 de la *Loi sur le ministère de la Justice*. Ces articles prévoient ce qui :

Attributions

4 Le ministre est le conseiller juridique officiel du gouverneur général et le juriconsulte du Conseil privé de Sa Majesté pour le Canada; en outre, il :

- a) veille au respect de la loi dans l’administration des affaires publiques;
- b) exerce son autorité sur tout ce qui touche à l’administration de la justice au Canada et ne relève pas de la compétence des gouvernements provinciaux;
- c) donne son avis sur les mesures législatives et les délibérations de chacune des législatures provinciales et, d’une manière générale, conseille la Couronne sur toutes les questions de droit qu’elle lui soumet;
- d) remplit les autres fonctions que le gouverneur en conseil peut lui assigner.

[...]

Powers, duties and functions of Attorney General**5 The Attorney General of Canada**

(a) is entrusted with the powers and charged with the duties that belong to the office of the Attorney General of England by law or usage, in so far as those powers and duties are applicable to Canada, and also with the powers and duties that, by the laws of the several provinces, belonged to the office of attorney general of each province up to the time when the *Constitution Act, 1867*, came into effect, in so far as those laws under the provisions of the said Act are to be administered and carried into effect by the Government of Canada;

(b) shall advise the heads of the several departments of the Government on all matters of law connected with such departments;

(c) is charged with the settlement and approval of all instruments issued under the Great Seal;

(d) shall have the regulation and conduct of all litigation for or against the Crown or any department, in respect of any subject within the authority or jurisdiction of Canada; and

(e) shall carry out such other duties as are assigned by the Governor in Council to the Attorney General of Canada.

[84] Parliamentarians may ask the Minister and the Attorney General for their views on the constitutionality of proposed legislation and the Minister and the Attorney General may choose to answer. But Parliamentarians have access to legal advice and support from Law Clerks and other sources: see the affidavit evidence at appeal book, Vol. 1, at pages 399–421. It is not as if Parliamentarians are bereft of access to legal advice and so the examination provisions were enacted to give them that access.

[85] Under our system of government, the executive is accountable to the elected members of Parliament and, should legal proceedings be later brought, to the judiciary. The executive has the power to propose policies to Parliament in the form of bills for Parliament's consideration. It is entitled to propose bills that may violate Charter rights and freedoms but which pursue pressing

Attributions

5 Les attributions du procureur général du Canada sont les suivantes :

a) il est investi des pouvoirs et fonctions afférents de par la loi ou l'usage à la charge de procureur général d'Angleterre, en tant que ces pouvoirs et ces fonctions s'appliquent au Canada, ainsi que de ceux qui, en vertu des lois des diverses provinces, ressortissaient à la charge de procureur général de chaque province jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dans la mesure où celle-ci prévoit que l'application et la mise en œuvre de ces lois provinciales relèvent du gouvernement fédéral;

b) il conseille les chefs des divers ministères sur toutes les questions de droit qui concernent ceux-ci;

c) il est chargé d'établir et d'autoriser toutes les pièces émises sous le grand sceau;

d) il est chargé des intérêts de la Couronne et des ministères dans tout litige où ils sont parties et portant sur des matières de compétence fédérale;

e) il remplit les autres fonctions que le gouverneur en conseil peut lui assigner.

[84] Les parlementaires peuvent demander à la ministre et au procureur général leur opinion sur la constitutionnalité d'un projet de loi, et ces derniers peuvent décider de répondre. Or, les parlementaires peuvent obtenir les conseils juridiques et l'appui des techniciens juridiques et d'autres sources : voir la preuve par affidavit dans le dossier d'appel, vol. 1, aux pages 399 à 421. On ne peut donc pas dire que les parlementaires n'ont pas accès à des conseils juridiques et que les dispositions relatives à l'examen ont donc été adoptées pour leur donner cet accès.

[85] Selon notre système de gouvernement, l'exécutif doit rendre des comptes aux députés élus et, si des poursuites judiciaires sont intentées plus tard, à la magistrature. L'exécutif a le pouvoir de proposer des politiques au Parlement sous forme de projets de loi qu'il soumet à son examen. Il a le droit de proposer des projets de loi qui pourraient porter atteinte aux droits et libertés

and substantial objectives and, thus, may be saved under section 1.

[86] A good example of this is seen by *An Act to Amend the Criminal Code (Production of Records in Sexual Offence Proceedings)*, S.C. 1997, c. 30, which amended the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] to include sections 278.1 to 278.91, which deal with the production of records in sexual offence proceedings. Before this Act was enacted, it was known as Bill C-46. In broad measure, Bill C-46 implemented the dissenting reasons—not the majority reasons—of the Supreme Court in its Charter decision in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, (1995), 130 D.L.R. (4th) 235. Thus, it ran the substantial risk of being found to be unconstitutional. But Bill C-46 was found to be constitutional: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, (1999), 180 D.L.R. (4th) 1.

[87] Put bluntly, the executive is not limited to proposing measures that are *certain* to be constitutional or *likely* to be constitutional. Rather, as a constitutional matter, in the words of the Federal Court (at paragraph 177), it is entitled to put forward proposed legislation that, after a “robust review of the clauses of draft legislation” is “defendable in Court”. As *Mills* demonstrates, this is not a standpoint unfriendly to constitutional standards. Again, as mentioned at paragraph 36 above, the Charter is a document suffused with balances—not unequivocal, unqualified guarantees of rights and freedoms. And it is a standpoint that recognizes that after proposed legislation is placed before Parliament, there is considerable scope for investigation, questioning and debate in Parliament as to how it may be viewed against guaranteed rights and freedoms; in particular, we see this in the proceedings and often rich deliberations of Parliamentary Committees on proposed legislation. And in the end result, courts have their constitutional role to play too.

[88] The Federal Court put it well when it stated that under our system of government, consistency with guaranteed rights is not the sole responsibility of the Executive, the Minister of Justice and the Attorney General of Canada. Rather (at paragraph 279), “it is an

garantis par la Charte, mais qui servent des objectifs urgents et réels et qui, par conséquent, peuvent être justifiés par l’article premier.

[86] Un bon exemple en est la *Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d’infractions d’ordre sexuel)*, L.C. 1997, ch. 30, qui a modifié le *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] pour inclure les articles 278.1 à 278.91, qui portent sur la communication de dossiers dans des cas d’infractions d’ordre sexuel. Avant d’être adoptée, cette loi était connue sous le nom de projet de loi C-46. Dans une large mesure, le projet de loi C-46 a mis en œuvre les motifs dissidents — et non les motifs de la majorité — de la Cour suprême dans son arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, portant sur la Charte. Ainsi, il risquait fortement d’être déclaré inconstitutionnel. Mais le projet de loi C-46 a été jugé constitutionnel : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

[87] En somme, l’exécutif ne se limite pas à proposer des mesures qui sont *assurément* constitutionnelles ou *probablement* constitutionnelles. Au contraire, d’un point de vue constitutionnel, la Cour fédérale a indiqué (au paragraphe 177) qu’il est habilité à présenter un projet de loi qui, après un « examen rigoureux [de ses] dispositions », est « défendable devant les tribunaux ». Comme le démontre l’arrêt *Mills*, il ne s’agit pas d’un point de vue hostile aux normes constitutionnelles. Là encore, comme nous l’avons précédemment indiqué au paragraphe 36, la Charte est un document empreint de nuances — non pas de garanties sans équivoque et absolues de droits et de libertés. Il s’agit également d’un point de vue qui reconnaît qu’après le dépôt du projet de loi au Parlement, les parlementaires bénéficient d’une latitude considérable pour enquêter, s’interroger et débattre sur la façon dont il peut être perçu par rapport aux droits et libertés garantis; on le voit notamment dans les travaux et les délibérations souvent intenses des comités parlementaires sur un projet de loi. En fin de compte, les tribunaux aussi ont leur rôle constitutionnel à jouer.

[88] La Cour fédérale l’a bien dit lorsqu’elle a affirmé que, dans notre système de gouvernement, la compatibilité avec les droits garantis ne relève pas uniquement de l’exécutif, de la ministre de la Justice et du procureur général du Canada. En fait (au paragraphe 279), « [i]

ideal to be strived for collectively and attained through the concerted efforts of the three branches of government working towards a common goal.”

[89] Another contextual factor supporting the respondent’s interpretation of the examination provisions is the nature of the public service and the conventions surrounding it. To administer and implement laws and to prepare legislative proposals that ministers wish to put to Parliament, the executive relies on the public service: *Fraser v. P.S.S.R.B.*, [1985] 2 S.C.R. 455, (1985), 23 D.L.R. (4th) 122, at page 470 S.C.R. In Canada, public servants are subject to a convention of political neutrality: *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, (1991), 82 D.L.R. (4th) 321, at page 86 S.C.R.; preamble to the *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13. This neutrality supports the threshold for reporting that the respondent urges upon us: one that supports the Minister in performing her duties and not one that purports to dictate how she should exercise her powers: see the evidence at appeal book, Vol. 3, at pages 1128–1129.

[90] In my view, the respondent’s view of the examination provisions is also supported by the nature of constitutional law and the giving of advice concerning it. Constitutional law is a variable, debatable and frequently uncertain thing.

[91] Constitutional authorities are not necessarily good precedent in later cases. Courts can now depart more readily from earlier constitutional precedents: *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

[92] The constitutional law can change. A few examples will suffice to show this. In section 15 of the Charter, compare *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1 with *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 and *Quebec (Attorney General) v. A.*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paragraph 346. On subsection 24(2) [of the Charter] and the

s’agit d’un idéal vers lequel on doit tendre collectivement et qui est atteint grâce aux efforts concertés des trois organes du gouvernement qui travaillent dans un but commun ».

[89] Un autre facteur contextuel appuyant l’interprétation que donne l’intimé aux dispositions relatives à l’examen est la nature de la fonction publique et les conventions qui l’entourent. Pour appliquer et mettre en œuvre les lois et préparer les propositions de loi que les ministres souhaitent soumettre à l’attention du législateur, l’exécutif s’appuie sur la fonction publique : *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la page 470. Au Canada, les fonctionnaires sont soumis à une convention de neutralité politique : *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, à la page 86; préambule de la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12, 13. Cette neutralité appuie le seuil exigé pour faire rapport que l’intimé nous propose : celui qui appuie la ministre dans l’exercice de ses fonctions et non celui qui prétend dicter la façon dont elle devrait exercer ses pouvoirs : voir la preuve au dossier d’appel, vol. 3, aux pages 1128 et 1129.

[90] À mon avis, le point de vue de l’intimé sur les dispositions relatives à l’examen est également étayé par la nature du droit constitutionnel et les conseils donnés à cet égard. Le droit constitutionnel est variable, discutable et souvent incertain.

[91] Les décisions en matière constitutionnelle ne créent pas toujours de bons précédents dans la jurisprudence subséquente. Les tribunaux peuvent désormais s’écarter plus facilement des précédents constitutionnels : *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

[92] Le droit constitutionnel peut changer. Quelques exemples suffiront à le démontrer. En ce qui concerne l’article 15 de la Charte, il suffit de comparer l’arrêt *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, avec les arrêts *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, et *Québec (Procureur général) c. A.*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 346. S’agissant du

exclusion of evidence, compare *R. v. Stillman*, [1997] 1 S.C.R. 607, (1997), 144 D.L.R. (4th) 193 and *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508 with *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. On the territorial scope of the Charter, compare *R. v. Cook*, [1998] 2 S.C.R. 597, (1998), 164 D.L.R. (4th) 1, at paragraphs 25 and 46–48 with *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at paragraphs 103–113. On the meaning of “detention” under section 10 [of the Charter], compare *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, (1985), 18 D.L.R. (4th) 655 with *Grant*, above. On the use of Charter values, compare *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416 with *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 and with *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613. On the scope of language rights, compare *Société des Acadiens v. Association of Parents*, [1986] 1 S.C.R. 549, (1986), 27 D.L.R. (4th) 406 with *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, (1999), 173 D.L.R. (4th) 193. On paragraph 11(b) of the Charter, compare *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, (1990), 74 D.L.R. (4th) 355 with *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, (1992), 71 C.C.C. (3d) 1 with *R. v. Jordan*, 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631. Many more examples can be cited.

[93] Adding to the uncertainty is the fact that the Supreme Court sometimes overrules its own constitutional authorities. Recent examples include *Carter*, above (effectively overruling *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, (1993), 107 D.L.R. (4th) 342); *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3 (overruling *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, (1999), 176 D.L.R. (4th) 513); *Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan*, 2015 SCC 4, [2015] 1 S.C.R. 245 (overruling *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, (1987), 38 D.L.R. (4th) 161); *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 (overruling *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, (1996), 140 D.L.R. (4th) 193).

paragraphe 24(2) [de la Charte] et de l’exclusion de la preuve, il suffit de comparer les arrêts *R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607, et *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, avec l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. En ce qui concerne la portée territoriale de la Charte, il suffit de comparer l’arrêt *R. c. Cook*, [1998] 2 R.C.S. 597, aux paragraphes 25 et 46 à 48, avec l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, aux paragraphes 103 à 113. S’agissant du sens du terme « détention » figurant à l’article 10 de la Charte, il suffit de comparer l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, avec l’arrêt *Grant*, précité. En ce qui concerne l’utilisation des valeurs de la Charte, il suffit de comparer l’arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, avec les arrêts *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613. En ce qui a trait à la portée des droits linguistiques, il suffit de comparer l’arrêt *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549, avec l’arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768. Concernant l’alinéa 11b) de la Charte, il suffit de comparer l’arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, avec l’arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, et avec l’arrêt *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631. Beaucoup d’autres exemples peuvent être cités.

[93] Pour ajouter à l’incertitude, la Cour suprême annule parfois ses propres décisions constitutionnelles. Parmi les exemples récents, mentionnons l’arrêt *Carter*, précité (annulant l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519); l’arrêt *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3 (annulant l’arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989); l’arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245 (abrogeant le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313); et l’arrêt *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 (infirmant l’arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854).

[94] Sometimes, the methodology of analyzing a constitutional issue can change drastically or a different outcome is reached by characterizing the problem differently: for example, compare the analysis of so-called “positive rights” in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Native Women’s Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, (1994), 119 D.L.R. (4th) 224; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673 and *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295. While section 7 of the Charter does not protect economic rights or a right to a job (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; *Walker v. Prince Edward Island*, [1995] 2 S.C.R. 407, (1995), 124 D.L.R. (4th) 127), sometimes section 7 can have the effect of allowing a person to keep her job and the economic interests associated with it (*Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, (1997), 152 D.L.R. (4th) 577).

[95] Sometimes definitive constitutional statements end up being not so definitive. In 2007, we all thought that the doctrine of interjurisdictional immunity could not apply to new situations and was restricted to those already covered by precedent: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3. But in a few short years, we were proven to be wrong: *Rogers Communications Inc. v. Châteauguay (City)*, 2016 SCC 23, [2016] 1 S.C.R. 467.

[96] Sometimes, despite decades of silence in the case law, constitutional rights, statuses and entitlements—never before imagined—simply pop up with little advance warning: see, e.g., *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433. Sometimes rights are given exactly the meaning their framers intended: see, e.g., *Reference re Bill 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 S.C.R. 1148, (1987), 40 D.L.R. (4th) 18. But sometimes not: see, e.g., *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, (1985), 24 D.L.R. (4th) 536.

[94] Parfois, la méthode d’analyse d’une question constitutionnelle peut changer radicalement, ou il se peut que la Cour parvienne à un résultat différent selon la façon dont elle qualifie la question : par exemple, il convient de comparer l’analyse des droits dits « positifs » dans les arrêts *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; et *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiants et étudiantes — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295. Bien que l’article 7 de la Charte ne protège pas les droits économiques ni le droit à l’emploi (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Walker c. Île-du-Prince-Édouard*, [1995] 2 R.C.S. 407), cette disposition peut parfois avoir pour effet de permettre à une personne de conserver son emploi et les intérêts économiques qui y sont rattachés (*Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844).

[95] Parfois, les déclarations constitutionnelles définitives ne sont finalement pas si définitives. En 2007, nous pensions tous que la doctrine de l’exclusivité des compétences ne pouvait s’appliquer à de nouvelles situations et se limitait à celles déjà couvertes par les arrêts précédents : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3. Or, il n’a fallu que quelques années pour nous prouver que nous avions tort : *Rogers Communications Inc. c. Châteauguay (Ville)*, 2016 CSC 23, [2016] 1 R.C.S. 467.

[96] Parfois, malgré des décennies de silence dans la jurisprudence, des droits et des statuts constitutionnels — jamais imaginés auparavant — font simplement leur apparition sans grand préavis : voir, par exemple, l’arrêt *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; et le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433. On donne parfois aux droits exactement le sens voulu par les rédacteurs : voir, par exemple, le *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Mais ce n’est pas toujours le cas : voir, par exemple, le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

[97] And sometimes there is a stalemate on points of constitutional law: see *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161 where the Court split 1-1-1-1-1; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, (1987), 39 D.L.R. (4th) 481, where the Court split 2-2-2-2; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, (1991), 77 D.L.R. (4th) 385, where six separate reasons were written by seven Justices.

[98] And so far, only for convenience, I have restricted myself to Supreme Court jurisprudence, the jurisprudence at the top of the judicial apex. Much more fodder can be found in the jurisprudence of courts of appeal, to say nothing of first-instance courts. They also frequently revise, adjust and tweak their jurisprudence. And conflicts in their jurisprudence frequently arise and remain unresolved. This adds to the uncertain terrain the Minister must explore when she assesses proposed legislation under the examination provisions.

[99] Parliament must be taken to have drafted the examination provisions knowing the practical nature of the Minister's task. Under the examination provisions, the Minister has to assess proposed legislation against the case law of many different jurisdictions: four federal courts, thirteen jurisdictions' courts of appeal, superior courts and provincial/territorial courts all supervising the vast and variable terrains of federal, provincial, and territorial law. Obviously, the law may not be the same across Canada. In the absence of guidance from the Supreme Court on a point, courts of appeal may differ. Even where there is a controlling authority from the Supreme Court of Canada, courts of appeal may interpret and implement the authority differently. The outcome of a constitutional case may well depend on where the constitutional challenge is brought, something that simply cannot be predicted.

[97] Il arrive parfois que les juges se trouvent dans une impasse sur des points de droit constitutionnel : voir l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, où les cinq juges ont exprimé une opinion différente (1-1-1-1-1); l'arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, où les huit juges de la Cour ayant pris part au jugement ont formulé quatre séries de motifs (2-2-2-2); et l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, où les sept juges de la Cour ont formulé six séries de motifs.

[98] Et jusqu'à présent, uniquement par souci de commodité, je me suis limité à la jurisprudence de la Cour suprême, soit la jurisprudence de la plus haute instance judiciaire. On trouve beaucoup plus de matière dans la jurisprudence des cours d'appel, sans parler des tribunaux de première instance. Ils révisent, ajustent et modifient souvent leur jurisprudence. Et des conflits dans leur jurisprudence surviennent fréquemment et demeurent non résolus. Tout cela s'ajoute à l'incertitude à laquelle la ministre est confrontée lorsqu'elle évalue un projet de loi en application des dispositions relatives à l'examen.

[99] Il faut présumer que le législateur a rédigé les dispositions relatives à l'examen en connaissant la nature pratique de la tâche du ministre. Pour se conformer aux dispositions relatives à l'examen, la ministre doit évaluer les projets de loi en fonction de la jurisprudence de plusieurs juridictions : quatre cours fédérales, des cours d'appel, des cours supérieures et des tribunaux provinciaux et territoriaux provenant de l'ensemble des provinces et territoires et qui sont tous chargés d'appliquer diverses lois fédérales, provinciales et territoriales. Évidemment, la loi peut ne pas être la même partout au Canada. En l'absence de directives de la Cour suprême sur un point, les cours d'appel peuvent rendre des jugements différents. Même si la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt faisant autorité, les cours d'appel peuvent l'interpréter et le mettre en œuvre différemment. L'issue d'une affaire constitutionnelle peut très bien dépendre de l'endroit où la contestation a été présentée, ce qui ne peut tout simplement pas être prédit.

[100] It also must be appreciated that under the examination provisions the Minister is assessing only proposed legislation. She does not know the nature of a constitutional challenge that might be brought against a provision with any degree of certainty. As is well-known, the outcome of constitutional litigation often turns on the facts of the case (*Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385) but at the time she assesses proposed legislation, the Minister does not know the facts that may be offered in support of a challenge. She can only imagine possible challenges and speculate. This is a very difficult environment in which to make constitutional assessments with any certainty and to give any estimates of the probability of a finding of unconstitutionality.

[101] One thing, however, is perfectly clear: even in this difficult, uncertain, speculative environment, some proposed legislation may be so deficient that the Minister can conclude with confidence that no credible arguments can be made to support it.

[102] In the examination provisions, Parliament must be taken to have imposed an obligation on the Minister that the Minister can practically meet, not one that is impossible to meet.

[103] So in conclusion, I ask this question: given the nature of constitutional law and litigation and the practical obstacles facing the Department of Justice, what is more likely? That the examination provisions require the Minister to reach a definitive view, settle upon probability assessments and report when she concludes that proposed legislation is “likely” unconstitutional? Or that the examination provisions require the Minister to report whenever there is no credible argument supporting the constitutionality of proposed legislation?

[104] I would suggest the latter. Given the uncertain, difficult jurisprudential terrain of constitutional law and the time when the Minister is expected to assess proposed legislation, the only responsible, reliable report that could be given under the examination provisions is

[100] Il faut également comprendre que, en application des dispositions relatives à l’examen, la ministre n’évalue que les projets de loi. Elle ne connaît pas avec certitude la nature de la contestation constitutionnelle qui aurait pu être intentée contre une quelconque disposition. Comme on le sait, l’issue d’un litige constitutionnel dépend souvent des faits de l’espèce (*Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357), mais, au moment où elle évalue le projet de loi, la ministre ne connaît pas les faits qui peuvent être invoqués à l’appui de la contestation. Elle ne peut qu’imaginer les contestations qui ont pu être soulevées et faire des hypothèses. Il s’agit là d’un contexte où il est très difficile d’évaluer la constitutionnalité avec certitude et d’estimer la probabilité que le projet de loi soit déclaré inconstitutionnel.

[101] Cependant, une chose est parfaitement claire : même dans ce contexte difficile, incertain et spéculatif, certains projets de loi peuvent être viciés au point que la ministre peut conclure avec confiance qu’aucun argument crédible ne peut être établi pour les appuyer.

[102] S’agissant des dispositions relatives à l’examen, il faut présumer que le législateur a imposé à la ministre une obligation qu’elle peut pratiquement respecter, et non une obligation dont il lui est impossible de s’acquitter.

[103] En conclusion, je pose donc la question suivante : étant donné la nature du droit et des litiges constitutionnels et les obstacles pratiques auxquels le ministère de la Justice est confronté, qu’est-ce qui est le plus probable? Que les dispositions relatives à l’examen obligent la ministre à adopter une position définitive, à évaluer les probabilités et à faire rapport lorsqu’elle conclut que le projet de loi est « probablement » inconstitutionnel? Ou que les dispositions relatives à l’examen obligent la ministre à faire rapport chaque fois qu’aucun argument crédible n’est établi à l’appui de la constitutionnalité d’un projet de loi?

[104] Je dirais la dernière réponse. Étant donné le contexte jurisprudenciel incertain et difficile en matière constitutionnelle et le moment où la ministre est censée évaluer le projet de loi, le seul rapport fiable et responsable qui pourrait être donné en application des

when proposed legislation is so constitutionally deficient, it cannot be credibly defended. I consider the Minister's view of what the examination provisions require to be acceptable and defensible. Indeed, as I have said earlier, I consider the Minister's view to be correct.

[105] As mentioned at the outset of these reasons, in support of this conclusion I also agree substantially with the reasons of the Federal Court.

H. Conclusion

[106] Therefore, for the foregoing reasons, I conclude that the "credible argument" examination standard used by the Department in its review of legislation under section 3 of the *Canadian Bill of Rights*, section 4.1 of the *Department of Justice Act*, and section 3 of the *Statutory Instruments Act* is a reasonable reading of what this legislation requires.

[107] In its formal judgment, the Federal Court chose to make its own declarations about the meaning of the examination provisions. As a matter of remedial discretion, I would have issued a judgment simply dismissing the appellant's request for a declaration and let my reasons in support of the dismissal speak for themselves. However, in this respect I cannot say that the Federal Court committed reversible error.

I. Proposed disposition

[108] Therefore, I would dismiss the appeal. Given the novel nature of the issues raised by the appellant in this proceeding, I would make no order as to costs.

NEAR, J.A.: I agree.

RENNIE, J.A.: I agree.

dispositions relatives à l'examen est lorsque le projet de loi est vicié sur le plan constitutionnel au point qu'aucun argument crédible ne peut être établi à l'appui. J'estime que le point de vue de la ministre sur ce que les dispositions relatives à l'examen exigent est acceptable et justifiable. En effet, comme je l'ai déjà dit, j'estime que le point de vue de la ministre est correct.

[105] Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, à l'appui de cette conclusion, je souscris pour l'essentiel aux motifs de la Cour fédérale.

H. Conclusion

[106] Par conséquent, pour les motifs qui précèdent, je conclus que la norme de l'« argument crédible » appliquée par le Ministère dans son examen de la loi conformément à l'article 3 de la *Déclaration canadienne des droits*, à l'article 4.1 de la *Loi sur le ministère de la Justice* et à l'article 3 de la *Loi sur les textes réglementaires* est une interprétation raisonnable des exigences de cette législation.

[107] Dans son jugement officiel, la Cour fédérale a choisi de formuler ses propres déclarations quant au sens des dispositions relatives à l'examen. À titre de mesure corrective discrétionnaire, j'aurais rendu un jugement rejetant simplement la demande de jugement déclaratoire présentée par l'appelant, laissant mes motifs à l'appui du rejet parler d'eux-mêmes. Toutefois, à cet égard, je ne saurais dire que la Cour fédérale a commis une erreur.

I. Dispositif proposé

[108] Par conséquent, je rejetterais l'appel. Compte tenu du caractère nouveau des questions soulevées par l'appelant en l'espèce, je ne rendrais aucune ordonnance quant aux dépens.

LE JUGE NEAR, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE RENNIE, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-51-16
2018 FCA 174

A-51-16
2018 CAF 174

Bell Canada and Bell Media Inc. (Appellants)

Bell Canada et Bell Média Inc. (appelantes)

v.

c.

7262591 Canada Ltd. (d.b.a. Gusto TV), Access Communications Co-operative Limited, Allarco Entertainment Inc., Anthem Media Group, Blue Ant Media Inc., Canadian Cable Systems Alliance Inc., CBC/Radio-Canada, Cogeco Inc., Competition Bureau, DHX Media Ltd., Eastlink, Groupe V Média Inc., Independent Broadcast Group/Le groupe de diffuseurs indépendants, l'Office des télécommunications éducatives de langue française de l'Ontario (Groupe Média TFO), Mediamind Digital, MTS Inc., Pelmorex Communications Inc., Public Interest Advocacy Centre, Québecor Média Inc., Saskatchewan Telecommunications, Sogetel Inc., Stingray Digital Group Inc., Stornoway Communications Limited Partnership, TekSavvy Solutions Inc. and Hastings Cable Vision Ltd., Telus, TV5 Québec Canada, VMedia Inc. and Zazeeen Inc. (Respondents)

7262591 Canada Ltd. faisant affaire sous le nom de Gusto TV, Access Communications Co-operative Limited, Allarco Entertainment Inc., Anthem Media Group, Blue Ant Media Inc., Canadian Cable Systems Alliance Inc., CBC/Radio-Canada, Cogeco Inc., Bureau de la concurrence, DHX Media Ltd., Eastlink, Groupe V Média Inc., Independent Broadcast Group/Le groupe de diffuseurs indépendants, l'Office des télécommunications éducatives de langue française de l'Ontario (Groupe Média TFO), Mediamind Digital, MTS Inc., Pelmorex Communications Inc., Centre pour la défense de l'intérêt public, Québecor Média Inc., Saskatchewan Telecommunications, Sogetel Inc., Stingray Digital Group Inc., Stornoway Communications Limited Partnership, TekSavvy Solutions Inc. et Hastings Cable Vision Ltd., Telus, TV5 Québec Canada, VMedia Inc. et Zazeeen Inc. (intimées)

INDEXED AS: BELL CANADA v. 7262591 CANADA LTD.

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. 7262591 CANADA LTD.

Federal Court of Appeal, Nadon, Rennie and Woods JJ.A.—Ottawa, November 14, 2017 and October 1, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Rennie et Woods, J.C.A.—Ottawa, 14 novembre 2017 et 1^{er} octobre 2018.

Broadcasting — Appeal under Broadcasting Act, s. 31 from two decisions made by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) — In 2015, CRTC imposing policy to govern affiliation agreements between programming undertakings (PUs), broadcasting distribution undertakings (BDUs) — CRTC implementing policy through two decisions: Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 (the 2015 Wholesale Code or Code), Distribution of the programming of licensed programming undertakings by broadcasting distribution undertakings, Broadcasting Order 2015-439 (Order) — 2015 Wholesale Code establishing certain parameters on negotiation, content of affiliation agreements — Order making 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings — Order issued under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) — Appellants asserting that 2015 Wholesale Code not authorized by Broadcasting Act, s. 9(1)(h); that Code violating appellants' copyright interests guaranteed under Copyright Act,

Radiodiffusion — Appel interjeté en vertu de l'art. 31 de la Loi sur la radiodiffusion à l'encontre de deux décisions rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) — En 2015, le CRTC a imposé une politique ayant pour but de régir les ententes d'affiliation entre les entreprises de programmation (EP) et les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) — Le CRTC a mis en œuvre cette politique par deux mesures : la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 (le Code sur la vente en gros de 2015 ou le Code) et l'Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 (l'Ordonnance) — Le Code sur la vente en gros de 2015 établissait certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation — L'Ordonnance rendait le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des entreprises de distribution de radiodiffusion — L'Ordonnance a été rendue aux termes de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion — Les appelantes ont soutenu que le Code sur la vente en

ss. 3(1)(f), 13(4); therefore, that 2015 Wholesale Code, Order ultra vires CRTC's powers — Main issues: which standard of review applied in present case; whether decision of Supreme Court of Canada in Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168 (Cogeco) dispositive of issues in this appeal; whether CRTC reasonably concluding having power under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) to issue Order, by implication, power to enforce 2015 Wholesale Code to extent that terms encompassed by Order — Per Woods J.A.: Agreeing with Rennie J.A.'s dissenting reasons, with exception of finding that CRTC reasonably concluding that Broadcasting Act, s. 9(1)(h) enabled CRTC to issue 2015 Wholesale Code, Order — Not reasonable to interpret s. 9(1)(h) as granting CRTC general power to regulate terms, conditions of affiliation agreements — Interpretation going far beyond ordinary meaning of language in Broadcasting Act, s. 9(1)(h); not reasonably supported by textual, contextual, purposive interpretation of legislation — Also not reasonable to apply doctrine of necessary implication in present case — General objectives set out in Broadcasting Act, s. 5(1) subject to specific powers granted to CRTC in other parts of legislation, which includes s. 9(1)(h) — Therefore, interpretation of Broadcasting Act, s. 9(1)(h) reflected in Order unreasonable — Appeal allowed, Rennie J.A. dissenting — Per Nadon J.A. (concurring): Broadcasting Act, s. 9(1)(h) not allowing CRTC to enact Order so as to give effect to 2015 Wholesale Code — Standard of reasonableness that both Rennie, Woods J.A. applying to whether Broadcasting Act, s. 9(1)(h) conferring authority to CRTC to issue Order not agreed upon — Correctness applicable standard on that issue — Parliament, by way of Broadcasting Act, s. 31(2) sending unequivocal signal that questions of law or jurisdiction, arising from decisions made by CRTC, to be determined by Federal Court of Appeal, which can only mean on standard of correctness — Parliament's intent regarding s. 9(1)(h) can only be determined by this Court, meaning that it is Court's responsibility to determine whether CRTC's view of Broadcasting Act, s. 9(1)(h) is correct view — Per Rennie J.A. (dissenting): Cogeco not dispositive of whether Broadcasting Act, s. 9(1)(h) authorizing CRTC to make Code binding — Standard of review to be applied to orders made under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) previously determined by Federal Court of Appeal as reasonableness — Insofar as conflict between Copyright Act, Broadcasting Act concerned, applicable standard of review correctness — Appeal pivoting on intention of Parliament, whether Parliament intending, through Broadcasting Act, s. 9(1)(h) to give CRTC jurisdiction to enact measures directly affecting PUs — Order, Code not “too great a stretch” from what Parliament intended but directly within its contemplation — As to possible conflict of 2015 Wholesale Code with Copyright Act, some provisions of Code constraining how copyright holder may exercise its copyright by limiting some terms, conditions it is allowed to include in affiliation agreement — However, this not violating Copyright Act, ss. 3(1)(f) or 13(4).

gros de 2015 n'était pas autorisé par l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion; que le Code était contraire aux droits d'auteur de l'appelante garantis par les art. 3(1)(f) et 13(4) de la Loi sur le droit d'auteur; par conséquent, que le Code sur la vente en gros de 2015 et l'Ordonnance excédaient la compétence du CRTC — Il s'agissait principalement de savoir quelle était la norme de contrôle applicable dans la présente affaire; si la décision de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 (Cogeco) était déterminante quant aux questions faisant l'objet de l'appel; s'il était raisonnable pour le CRTC de conclure qu'il avait le pouvoir aux termes de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion de rendre l'Ordonnance et, par voie de conséquence, le pouvoir de faire appliquer le Code sur la vente en gros de 2015 dans la mesure où ses modalités étaient couvertes par l'Ordonnance — La juge Woods, J.C.A. : Les motifs de dissidence du juge Rennie, J.C.A., à l'exception de la conclusion selon laquelle il était raisonnable pour le CRTC de conclure que l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion habilitait le CRTC à prendre le Code sur la vente en gros de 2015 et à rendre l'Ordonnance, ont été retenus — Il n'était pas raisonnable d'interpréter l'art. 9(1)(h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation — Cette interprétation allait beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion; elle n'était pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi — Il n'était pas raisonnable non plus de suivre la doctrine de la déduction nécessaire en l'espèce — Les objectifs généraux énoncés à l'art. 5(1) de la Loi sur la radiodiffusion sont assujettis aux pouvoirs précis conférés au CRTC dans d'autres parties de la loi, ce qui inclut l'art. 9(1)(h) — L'interprétation de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion qui figurait dans l'Ordonnance était donc déraisonnable — Appel accueilli, le juge Rennie, J.C.A., dissident — Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : L'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion n'autorise pas le CRTC à émettre l'Ordonnance de manière à donner effet au Code sur la vente en gros de 2015 — La norme de la décision raisonnable, que les juges Rennie et Woods, J.C.A. ont appliquée à la question de savoir si l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion conférait au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance, n'a pas été retenue — La norme applicable était celle de la décision correcte — Le législateur a porté un signal non équivoque, par l'art. 31(2) de la Loi sur la radiodiffusion, que les questions de droit ou de compétence qui découlent des décisions du CRTC doivent être tranchées par la Cour d'appel fédérale, ce qui signifie forcément que la norme de la décision correcte doit être suivie — Seule la Cour peut décider de l'intention du législateur relativement à l'art. 9(1)(h), ce qui signifie qu'il incombe à la Cour de déterminer si la façon dont le CRTC interprète l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion est la façon correcte — Le juge Rennie, J.C.A. (dissident) : L'affaire Cogeco n'a

pas permis de déterminer si l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion autorisait le CRTC à rendre le Code exécutoire — La Cour d'appel fédérale a déjà décidé que la norme de contrôle à appliquer aux ordonnances rendues en application de l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion était celle de la décision raisonnable — En ce qui concerne le conflit entre la Loi sur le droit d'auteur et la Loi sur la radiodiffusion, la norme de contrôle était celle de la décision correcte — Le nœud de l'appel résidait dans l'intention du législateur et dans la question de savoir s'il était dans son intention, au moyen de l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion, de donner au CRTC le pouvoir de promulguer des mesures touchant directement les EP — L'Ordonnance et le Code ne constituaient pas « une mesure trop éloignée » de l'intention du législateur, mais ils étaient en fait directement visés par cette intention — En ce qui concerne le conflit possible entre le Code sur la vente en gros de 2015 et la Loi sur le droit d'auteur, certaines dispositions du Code restreignaient la manière dont le titulaire du droit d'auteur pouvait exercer son droit d'auteur en limitant certaines des modalités et conditions que le titulaire était autorisé à inclure dans l'entente d'affiliation — Toutefois, cela n'était pas contraire aux art. 3(1)f ou 13(4) de la Loi sur le droit d'auteur.

This was an appeal under section 31 of the *Broadcasting Act* from two decisions made by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC). In 2015, the CRTC imposed a policy to govern affiliation agreements between programming undertakings (PUs) and broadcasting distribution undertakings (BDUs). The CRTC implemented this policy through two decisions: Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 (the 2015 Wholesale Code or the Code) and *Distribution of the programming of licensed programming [undertakings by broadcasting distribution undertakings]*, Broadcasting Order 2015-439] (the Order). The 2015 Wholesale Code establishes certain parameters on the negotiation and content of affiliation agreements. The Order makes the 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings and requires them to distribute programs according to prescribed terms and conditions. The Order was issued under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* to enable the CRTC to enforce parts of the 2015 Wholesale Code.

The appellants asserted that the mandate vested in the CRTC by section 3 of the *Broadcasting Act* to implement the broadcasting policy for Canada does not authorize the CRTC to interfere in the economic relationship between BDUs and PUs. Their argument was twofold: the 2015 Wholesale Code is not authorized by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and, secondly, the Code violates the appellant's copyright interests guaranteed under paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of

Il s'agissait d'un appel interjeté en vertu de l'article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion* à l'encontre de deux décisions rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). En 2015, le CRTC a imposé une politique ayant pour but de régir les ententes d'affiliation entre les entreprises de programmation (EP) et les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR). Le CRTC a mis en œuvre cette politique par deux mesures : la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 (le Code sur la vente en gros de 2015 ou le Code) et l'Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 [*Distribution de la programmation des entreprises de programmation autorisées par les entreprises de distribution de radiodiffusion*] (l'Ordonnance). Le Code sur la vente en gros de 2015 établissait certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation. L'Ordonnance rendait le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des entreprises de distribution de radiodiffusion et les obligeait à distribuer les émissions suivant certaines modalités et conditions. L'Ordonnance a été rendue aux termes de l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* afin d'habiliter le CRTC à mettre en application des parties du Code sur la vente en gros de 2015.

Les appelantes ont soutenu que la mission conférée au CRTC par l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, dans le but de mettre en œuvre la Politique canadienne de radiodiffusion, n'autorisait pas le CRTC à intervenir dans la relation économique entre les EDR et les EP. Leur argumentation comportait deux volets : premièrement, le Code sur la vente en gros de 2015 n'était pas autorisé par l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*; deuxièmement, le Code était contraire aux

the *Copyright Act*. In consequence, they submit that the 2015 Wholesale Code and Order are *ultra vires* the CRTC's powers.

The main issues were what was the standard of review in this case; whether the decision of the Supreme Court of Canada in *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168 (Cogeco)* was dispositive of the issues in this appeal (p. 9, item A.); and whether the CRTC reasonably concluded that it has the power under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* to issue the Order, and, by implication, the power to enforce the 2015 Wholesale Code to the extent that its terms are encompassed by the Order.

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

Per Woods J.A.: The dissenting reasons, with the exception of the finding that the CRTC reasonably concluded that paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* enables the CRTC to issue the 2015 Wholesale Code and the Order were agreed upon. It was not reasonable to interpret paragraph 9(1)(h) as granting the CRTC a general power to regulate the terms and conditions of affiliation agreements. This interpretation went far beyond the ordinary meaning of the language in paragraph 9(1)(h) and was not reasonably supported by a textual, contextual and purposive interpretation of the legislation. The ordinary meaning of paragraph 9(1)(h) does not encompass a general power to regulate the terms and conditions of carriage. Such regulation must relate to terms and conditions of programming services that the CRTC specifies and requires to be provided by a licensee. While the context and purpose of the legislation are important, they do not reasonably support an interpretation that the ordinary meaning of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* cannot bear. It was also not reasonable to apply the doctrine of necessary implication in this case. The general objectives set out in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act* are subject to the specific powers granted to the CRTC in other parts of the legislation, which include paragraph 9(1)(h). Therefore, the interpretation of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* that is reflected in the Order was unreasonable.

Per Nadon J.A. (concurring): Paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* does not allow the CRTC to enact the Order so as to give effect to the 2015 Wholesale Code. The standard of reasonableness that both Rennie and Woods J.A. concluded applied to whether paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* confers authority to the CRTC to issue the Order was not

droits d'auteur de l'appelante garantis par l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, ont-elles soutenu, le Code sur la vente en gros de 2015 et l'Ordonnance excédaient la compétence du CRTC.

Il s'agissait principalement de savoir quelle était la norme de contrôle applicable dans la présente affaire; si la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 (Cogeco)* était déterminante quant aux questions faisant l'objet de l'appel; et s'il était raisonnable pour le CRTC de conclure qu'il avait le pouvoir aux termes de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* de rendre l'Ordonnance et, par voie de conséquence, le pouvoir de faire appliquer le Code sur la vente en gros de 2015 dans la mesure où ses modalités étaient couvertes par l'Ordonnance.

Arrêt (le juge Rennie, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

La juge Woods, J.C.A. : Les motifs de dissidence, à l'exception de la conclusion selon laquelle il était raisonnable pour le CRTC de conclure que l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* habilite le CRTC à prendre le Code sur la vente en gros de 2015 et à rendre l'Ordonnance, ont été retenus. Il n'était pas raisonnable d'interpréter l'alinéa 9(1)h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation. Cette interprétation allait beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'alinéa 9(1)h) et elle n'était pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi. Vu son sens ordinaire, cette disposition n'inclut pas le pouvoir général de régir les modalités et conditions relatives à la prestation des services. Le CRTC ne peut que régir les modalités et conditions des services de programmation qu'il précise et que doivent assurer les titulaires. Le contexte et le but de la loi sont importants, mais ils n'appuient pas raisonnablement une interprétation que ne peut soutenir le sens ordinaire de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il n'était pas raisonnable non plus de suivre la doctrine de la déduction nécessaire en l'espèce. Les objectifs généraux énoncés au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* sont assujettis aux pouvoirs précis conférés au CRTC dans d'autres parties de la loi, ce qui inclut l'alinéa 9(1)h). L'interprétation de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui figure dans l'Ordonnance était donc déraisonnable.

Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : L'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* n'autorise pas le CRTC à émettre l'Ordonnance de manière à donner effet au Code sur la vente en gros de 2015. La norme de la décision raisonnable, qui de l'avis des juges Rennie et Woods, J.C.A., s'appliquait à la question de savoir si l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la*

agreed upon. The applicable standard on that issue was correctness. The standard applied by the Supreme Court in *Cogeco* was binding and was therefore the standard that should be applied in the present matter. Parliament has clearly said, by way of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, that appeals on questions of law or jurisdiction are to be taken to the Federal Court of Appeal upon leave. Thus, Parliament has sent an unequivocal signal that questions of law or of jurisdiction, arising from decisions made by the CRTC, are to be determined by this Court, which can only mean on a standard of correctness. The only possible interpretation of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act* is that Parliament intended that courts provide the answers to the questions of law raised before them. Because Parliament did not intend courts to sanction incorrect interpretations of its legislation, it did not intend for the CRTC to interpret paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* in a manner that was not in accordance with its intent. Parliament's intent with regard to paragraph 9(1)(h) can only be determined by this Court, meaning that it is the Court's responsibility to determine whether the CRTC's view of paragraph 9(1)(h) is the correct view. If it is not, then the Order cannot stand. When Parliament, as it has done here with subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, sends a message directing this Court to provide answers to legal questions arising from decisions made by the CRTC, this Court should determine, on a correctness standard, what the answers are to the legal questions.

Per Rennie J.A. (dissenting): *Cogeco* was not dispositive of whether paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* authorizes the CRTC to make the Code binding. However, the principles of statutory interpretation employed by the Supreme Court of Canada in *Cogeco* to read the *Broadcasting Act* were binding. The standard of review to be applied to orders made under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* has previously been determined by this Court as reasonableness. Considerations such as the extent of deference and the nature of the question as well as the Court's previous rulings all weighed in favour of the conclusion that whether the 2015 Wholesale Code is authorized by paragraph 9(1)(h) was a "reasonableness" exercise for which there could be only one answer. Insofar as the conflict between the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* was concerned, the standard of review was correctness. This was a question of competing or conflicting legislative schemes and correctness governed the question whether the exercise of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* conflicted with the *Copyright Act*.

radiodiffusion confère au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance, n'a pas été retenue. La norme applicable était celle de la décision correcte. La norme appliquée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cogeco* était obligatoire et constituait donc la norme qui devait être appliquée en l'espèce. Le législateur a clairement décidé, par le paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que les appels des questions de droit ou de compétence doivent être présentés devant la Cour d'appel fédérale avec l'autorisation de celle-ci. Ainsi, le législateur a porté un signal non équivoque que les questions de droit ou de compétence qui découlent des décisions du CRTC doivent être tranchées par cette Cour, ce qui signifie forcément que la norme de la décision correcte doit être suivie. La seule interprétation possible du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* est que le législateur voulait que les juges tranchent les questions de droit qui leur sont déferées. Puisqu'il n'avait pas pour intention que les juges sanctionnent les interprétations incorrectes de la législation, le législateur ne souhaitait pas que le CRTC interprète l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* d'une manière qui n'était pas conforme à son intention. Seule la Cour peut décider de l'intention du législateur relativement à l'alinéa 9(1)(h), ce qui signifie qu'il incombe à la Cour de déterminer si la façon dont le CRTC interprète l'alinéa 9(1)(h) est la façon correcte. Si ce n'est pas le cas, l'Ordonnance ne peut être maintenue. Lorsque le législateur, comme il l'a fait en l'espèce au paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, porte le message enjoignant la Cour de répondre aux questions de droit qui découlent des décisions prises par le CRTC, la Cour doit décider, selon la norme de la décision correcte, quelles sont les réponses aux questions de droit.

Le juge Rennie, J.C.A. (dissident) : L'affaire *Cogeco* n'a pas permis de déterminer si l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* autorise le CRTC à rendre le Code exécutoire. Toutefois, les principes d'interprétation des lois que la Cour suprême du Canada a suivis dans *Cogeco* pour lire la *Loi sur la radiodiffusion* s'imposaient. La Cour a déjà décidé que la norme de contrôle à appliquer aux ordonnances rendues en application de l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* était celle de la décision raisonnable. Les considérations comme la portée de la retenue et la nature de la question ainsi que les décisions antérieures de la Cour militaient toutes en faveur de la conclusion selon laquelle la question de savoir si le Code sur la vente en gros de 2015 était autorisé aux termes de l'alinéa 9(1)(h) devait être examinée selon le critère de la raisonabilité, et il ne pouvait y avoir qu'une seule réponse. En ce qui concerne le conflit entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion*, la norme de contrôle était celle de la décision correcte. Il s'agissait d'une question de régimes législatifs contradictoires ou concurrents, et la norme de la décision correcte régissait la question de savoir si l'application de l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* entraînait en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

This appeal pivoted on the intention of Parliament and whether Parliament intended, through paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*, to give the CRTC jurisdiction to enact measures directly affecting PUs. The Order and the Code which it makes binding are not “too great a stretch” from what Parliament intended but, in fact, are directly within its contemplation. On the basis of the context within which paragraph 9(1)(h) is situated, the Order and the Code are within the CRTC’s jurisdiction. Also, since the terms and conditions of affiliation agreements directly dictate the terms on which consumers are offered programming services, by necessary implication, paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* must include the ability to affect affiliation agreements. The CRTC could not effectively impose broadcasting policy on the distribution of programming services without regulating affiliation agreements, either through a mechanism like the 2015 Wholesale Code or through conditions of licence.

As to a possible conflict of the 2015 Wholesale Code with the *Copyright Act*, some provisions of the Code constrain how the copyright holder may exercise its copyright by limiting some of the terms and conditions it is allowed to include in the affiliation agreement. This does not violate paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4) of the *Copyright Act*. The Code preserves the copyright holder’s right to choose *whether* to communicate its work or not. The PU is free to reject the terms offered at any time. The appellants retain their right to exclude anyone from using their works if they choose to do so. Thus, adherence to both the Code and the *Copyright Act* is possible and there is no operational conflict between the Code and paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4) of the *Copyright Act*.

Le nœud du présent appel résidait dans l’intention du législateur et dans la question de savoir s’il était dans son intention, au moyen de l’alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, de donner au CRTC le pouvoir de promulguer des mesures touchant directement les EP. L’Ordonnance et le Code qui la rendait obligatoire ne constituaient pas « une mesure trop éloignée » de l’intention du législateur, mais ils étaient en fait directement visés par cette intention. À la lumière du contexte de l’alinéa 9(1)h), l’Ordonnance et le Code relevaient du pouvoir du CRTC. De plus, puisque les modalités et conditions des ententes d’affiliation dictent directement les modalités selon lesquelles les services de programmation sont offerts aux clients, par déduction nécessaire, l’alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* doit inclure la possibilité d’influencer les ententes d’affiliation. Le CRTC n’a pas pu imposer efficacement la politique de la radiodiffusion sur la distribution de services de programmation sans régler les ententes d’affiliation, soit par le truchement d’un mécanisme comme le Code sur la vente en gros de 2015, soit par le truchement de conditions de licence.

En ce qui concerne le conflit possible entre le Code sur la vente en gros de 2015 et la *Loi sur le droit d’auteur*, certaines dispositions du Code restreignaient la manière dont le titulaire du droit d’auteur pouvait exercer son droit d’auteur en limitant certaines des modalités et conditions que le titulaire était autorisé à inclure dans l’entente d’affiliation. Cela n’était pas contraire à l’alinéa 3(1)f) ou au paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le Code préservait le droit du titulaire du droit d’auteur de choisir *s’il* devait communiquer ses œuvres ou non. L’EP était libre de rejeter les modalités offertes en tout temps. Les appelantes se réservaient le droit d’empêcher toute personne d’utiliser leurs œuvres si elles choisissaient de le faire. Ainsi, l’adhésion tant au Code qu’à la *Loi sur le droit d’auteur* était possible, et par conséquent, il n’y avait aucun conflit entre le Code et l’alinéa 3(1)f) ou le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2 “distribution undertaking”, “programming undertaking” 3, 5(1), 9, 10, 31.
Broadcasting Distribution Regulations, SOR/97-555, ss. 12(4), 15, 12–15.02.
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].
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, R.S.C., 1985, c. C-22.
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 32.
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “broadcaster”, 3, 13(4), 21, 31.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 32.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2 « entreprise de distribution », « entreprise de programmation », 3, 5(1), 9, 10, 31.
Loi sur le Conseil de la Radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, L.R.C. (1985), ch. C-22.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « radiodiffuseur », 3, 13(4), 21, 31.
Loi sur le statut de l’artiste, L.C. 1992, ch. 33.

Occupational Health and Safety Regulation, B.C. Reg. 296/97, s. 26.2(1).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 78–103.
Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38.

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 78–103.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38.
Occupational Health and Safety Regulation, B.C. Reg. 296/97, art. 26.2(1).
Règlement sur la distribution de la radiodiffusion, DORS/97-555, art. 12(4), 15, 12–15.02.

CASES CITED

CONSIDERED:

Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, [2018] 6 W.W.R. 211; *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57; *Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.); *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Astral Media inc. and its licensed subsidiaries*, Broadcasting Decision CRTC 2013-310.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombi-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57; *Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.); *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *S.C.F.P. c. Ontario (Canadian Region)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *David Suzuki Foundation c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Astral Media inc. et ses filiales autorisées*, Décision de radiodiffusion CRTC 2013-310.

REFERRED TO:

Quinn v. Leathem, [1901] A.C. 495 (H.L.); *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 249, [2018] 4 F.C.R. 300, 154 C.P.R. (4th) 85, leave to appeal to S.C.C. granted, [2018] 1 S.C.R. v.; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, 416 D.L.R. (4th) 579; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45; *ProLife Alliance, R. (on the application of) v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459.

AUTHORS CITED

Allan, Trevor R.S. "Human Rights and Judicial Review: A Critique of 'Due Deference'" (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671.

Allan, Trevor R.S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Interpretation of the Wholesale Code* (24 September 2015), Broadcasting Information Bulletin CRTC 2015-440.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Lets Talk TV* (19 March 2015), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-96.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Practices and procedures for staff-assisted mediation, final offer arbitration and expedited hearing* (28 November 2013), Broadcasting and Telecom Information Bulletin CRTC 2013-637.

DÉCISIONS CITÉES :

Quinn v. Leathem, [1901] A.C. 495 (H.L.); *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 249, [2018] 4 R.C.F. 300, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, [2018] 1 R.C.S. v.; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 R.C.F. 199; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45; *ProLife Alliance, R. (on the application of) v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459.

DOCTRINE CITÉE

Allan, Trevor R.S. « Human Rights and Judicial Review : A Critique of 'Due Deference' » (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671.

Allan, Trevor R.S. *The Sovereignty of Law : Freedom, Constitution, and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Chambre des communes. Comité permanent des communications et de la culture. *Recommandations concernant une nouvelle loi sur la radiodiffusion : le sixième rapport à la Chambre*, Ottawa : Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1987.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Cadre réglementaire relatif à l'intégration verticale* (21 septembre 2011), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2011-601.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Code sur la vente en gros* (24 septembre 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-438.

- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Regulatory framework relating to vertical integration* (21 September 2011), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2011-601.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *The Wholesale Code* (24 September 2015), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438.
- Cromwell, Thomas. “Appellate Review: Policy and Pragmatism” in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Law Society of Manitoba, 2006.
- Daly, Paul. “Dunsmuir’s Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson)” September 15, 2018, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>>.
- Daly, Paul. “Dunsmuir’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review” (2012), 58:2 *McGill L.J.* 483.
- Daly, Paul. “The Dunsmuir Decade/10 ans de Dunsmuir” (11 January 2018), online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>.
- Daly, Paul. “The Scope and Meaning of Reasonableness Review” (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799.
- Daly, Paul. “The Signal and the Noise in Administrative Law” (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 68.
- Daly, Paul. “Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47”, October 28, 2015, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28>>.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Gall, Peter A. QC, “Dunsmuir: Reasonableness and the Rule of Law” (6 March 2018), Administrative Law Matters, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>.
- House of Commons. Standing Committee on Communications and Culture, *Sixth Report to the House: Recommendations for a New Broadcasting Act*, Ottawa: Queen’s Printer for Canada, 1987.
- Knight, Dean R. *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review*, New York: Cambridge University Press, 2018.
- Lewans, Mark. *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford: Hart Publishing, 2016.
- Mancini, Mark. “10 Things I Dislike About Administrative Law” (10 Septembre 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>>.
- Mancini, Mark. “Dark Art of Deference: Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation” (6 March 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Interprétation du Code sur la vente en gros* (24 septembre 2015), Bulletin d’information de radiodiffusion CRTC 2015-440.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Parlons télé* (19 mars 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-96.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Pratiques et procédures concernant la médiation assistée par le personnel, l’arbitrage de l’offre finale et les audiences accélérées* (28 novembre 2013), Bulletin de radiodiffusion et de télécommunication CRTC 2013-637.
- Cromwell, Thomas. « Appellate Review : Policy and Pragmatism » dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*. Winnipeg : Law Society of Manitoba, 2006.
- Daly, Paul. « Dunsmuir’s Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson) » 15 septembre 2018, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>>.
- Daly, Paul. « Dunsmuir’s Flaws Exposed : Recent Decisions on Standard of Review » (2012), 58:2 *R.D. McGill* 483.
- Daly, Paul. « The Dunsmuir Decade/10 ans de Dunsmuir » (11 janvier 2018), en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>.
- Daly, Paul. « The Scope and Meaning of Reasonableness Review » (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799.
- Daly, Paul. « The Signal and the Noise in Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 68.
- Daly, Paul. « Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47 », 28 octobre 2015, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28>>.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.
- Gall, Peter A. c.r. « Dunsmuir : Reasonableness and the Rule of Law » (6 mars 2018), Administrative Law Matters, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>.
- Knight, Dean R. *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review*, New York : Cambridge University Press, 2018.
- Lewans, Mark. *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford : Hart Publishing, 2016.
- Mancini, Mark. « 10 Things I Dislike About Administrative Law » (10 septembre 2018), Double Aspect, en ligne :

- 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>.
- Mancini, Mark. “Not Just a Pillowfight: How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review” in *Advocates for the Rule of Law* (blog), online: <<http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>>.
- Sossin L. “Why the Standard of Review Matters (or at least why it should)!” (September 25, 2018), online: <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.
- Stratas, David. “Looking Past Dunsmuir: Beginning Afresh” in *Double Aspect* (blog), online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>>.
- Stratas, David. “The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency” (2016), 42 *Queen’s L.J.* 27.
- Stratas, David. “The Canadian Law of Judicial Review: Some Doctrine and Cases”, September 18, 2018, online: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049>.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.
- <<https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>>.
- Mancini, Mark. « Dark Art of Deference : Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation » (6 mars 2018), Double Aspect, en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>.
- Mancini, Mark. « Not Just a Pillowfight : How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review » dans *Advocates for the Rule of Law* (blogue), en ligne : <<http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>>.
- Sossin L. « Why the Standard of Review Matters (or at least why it should)! » (25 septembre 2018), en ligne : <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.
- Stratas, David. « Looking Past Dunsmuir : Beginning Afresh » dans *Double Aspect* (blogue), en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>>.
- Stratas, David. « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016), 42 *Queen’s L.J.* 27.
- Stratas, David. « The Canadian Law of Judicial Review : Some Doctrine and Cases », 18 septembre 2018, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049>.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014.

APPEAL from two decisions of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 (the 2015 Wholesale Code) and Broadcasting Order 2015-439 (the Order)) whereby the 2015 Wholesale Code establishes certain parameters on the negotiation and content of affiliation agreements and the Order makes the 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings. Appeal allowed, Rennie J.A. dissenting.

APPEL interjeté à l’encontre de deux décisions du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 (le Code sur la vente en gros de 2015) et l’Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 (l’Ordonnance)), par lesquelles le Code sur la vente en gros de 2015 établit certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d’affiliation et l’Ordonnance rend le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des entreprises de distribution de radiodiffusion. Appel accueilli, le juge Rennie, J.C.A., dissident.

APPEARANCES

Steve Mason, Brandon Kain and Richard J. Lizius for appellants.

Christian Leblanc and Michael Shortt for respondents Blue Ant Media Inc. et al.

ONT COMPARU :

Steve Mason, Brandon Kain et Richard J. Lizius pour les appelantes.

Christian Leblanc et Michael Shortt pour les intimées Blue Ant Media Inc. et al.

Judith Robinson and Eric Bellemare for respondent Cogeco Communications Inc.
Michael H. Ryan and Christopher C. Rootham for respondent Telus.

Judith Robinson et Eric Bellemare pour l'intimée Cogeco Communications Inc.
Michael H. Ryan et Christopher C. Rootham pour l'intimée Telus.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for appellants.
Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for respondents Blue Ant Media Inc. et al.
Norton Rose Fulbright Canada LLP, Montréal, for respondent Cogeco Communications Inc.
Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for respondent Telus.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les appelantes.
Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour les intimées Blue Ant Media Inc. et al.
Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour l'intimée Cogeco Communications Inc.
Nelligan O'Brien Payne s.r.l., Ottawa, pour l'intimée Telus.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

RENNIE J.A. (dissenting):

LE JUGE RENNIE, J.C.A. (dissident) :

I. Introduction

I. Introduction

[1] Television services are provided to Canadians through the interaction of two types of commercial entities. Programming undertakings create content, either on their own or under licence from others. They transmit their programs to broadcasting distribution undertakings, which retransmit the programs through their networks, whether cable, satellite or broadband. There is, in effect, a symbiotic relationship between programming undertakings and broadcasting distribution undertakings, the commercial terms of which are negotiated and reflected in “affiliation agreements”.

[1] Les services télévisuels sont assurés aux Canadiens par l'interaction de deux types d'entités commerciales. Les entreprises de programmation créent le contenu, en leur propre compte ou en application d'une licence d'autres entreprises. Elles transmettent leurs émissions aux entreprises de distribution de radiodiffusion, lesquelles retransmettent les émissions par l'intermédiaire de leurs réseaux, soit par câble, satellite ou large bande. Il existe, en effet, une relation symbiotique entre les entreprises de programmation et les entreprises de distribution de radiodiffusion, dont les modalités commerciales sont négociées et reflétées dans les « ententes d'affiliation ».

[2] In 2015, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) imposed a policy to govern affiliation agreements, or simply, the contracts, between programming undertakings (PUs) and broadcasting distribution undertakings (BDUs). The CRTC implemented this policy through two decisions: Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 [*The Wholesale Code* (24 September 2015)] (the

[2] En 2015, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a imposé une politique ayant pour but de régir les ententes d'affiliation ou, simplement, les contrats entre les entreprises de programmation (EP) et les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR). Le CRTC a mis en œuvre cette politique par deux mesures : la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 [*Code sur la vente*

2015 Wholesale Code or the Code), and Broadcasting Order 2015-439 [*Distribution of the programming of licensed programming undertakings by broadcasting distribution undertakings*] (the Order). The 2015 Wholesale Code establishes certain parameters on the negotiation and content of affiliation agreements. The Order makes the 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings and requires them to distribute programs according to prescribed terms and conditions.

[3] I will turn to the 2015 Wholesale Code and its implications for affiliation agreements shortly, but pause to emphasize that while the Code, via the Order, is expressly binding only on BDUs (distribution licensees), it necessarily affects those that are counter-party to any negotiation and contract with a BDU, namely the programming undertakings.

[4] Bell Canada and Bell Media Inc. appeal these decisions under section 31 of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11. Bell asserts that the mandate vested in the CRTC by section 3 of the *Broadcasting Act* to implement the broadcasting policy for Canada does not authorize the CRTC to interfere in the economic relationship between BDUs and PUs. Its argument is twofold: the 2015 Wholesale Code is not authorized by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and secondly, the Code violates Bell's copyright interests guaranteed under paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42. In consequence, the 2015 Wholesale Code and Order are *ultra vires* the CRTC's powers.

[5] There is no doubt that the exercise by the CRTC of its authority in respect of BDUs will have effects, both direct and consequential, on PUs. The question in their appeal, however, is whether, given the reach of the Code and its effects, it is "too great a stretch from the core purposes [of] ... and from the powers granted to the CRTC under the *Broadcasting Act*" (*Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting*

en gros (24 septembre 2015)] (le Code sur la vente en gros de 2015, ou le Code) et l'Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 [*Distribution de la programmation des entreprises de programmation autorisées par les entreprises de distribution de radiodiffusion*] (l'Ordonnance). Le Code sur la vente en gros de 2015 établit certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation. L'Ordonnance rend le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des EDR et les oblige à distribuer les émissions suivant certaines modalités et conditions.

[3] Je me pencherai sur le Code sur la vente en gros de 2015 et ses incidences sur les ententes d'affiliation, mais je soulignerai d'abord que, tandis que le Code, au moyen de l'Ordonnance, est expressément contraignante à l'égard des EDR seulement (titulaires de licence de distribution), il influe nécessairement sur les entreprises qui sont des contreparties dans le cadre d'une négociation et d'un contrat avec une EDR, c'est-à-dire les EP.

[4] Bell Canada et Bell Média Inc. interjettent appel de ces décisions en vertu de l'article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11. Bell soutient que la mission conférée au CRTC par l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, dans le but de mettre en œuvre la Politique canadienne de radiodiffusion, n'autorise pas le CRTC à intervenir dans la relation économique entre les EDR et les EP. Son argumentation comporte deux volets : premièrement le Code sur la vente en gros de 2015 n'est pas autorisé par l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion*; deuxièmement, le Code est contraire aux droits d'auteur de Bell garantis par l'alinéa 3(1)(f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42. Par conséquent, le Code sur la vente en gros de 2015 et l'Ordonnance excèdent la compétence du CRTC.

[5] Il ne fait aucun doute que l'exercice par le CRTC de sa compétence en matière d'EDR aura une incidence, à la fois directe et moins directe, sur les EP. La question en appel consiste cependant à savoir si, compte tenu de la portée du Code et de ses effets, il constitue une « mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux [...] et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* » (*Renvoi relatif à la Politique réglementaire*

Order CRTC 2010-168, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489 (*Cogeco*), at paragraph 33, per Rothstein J.).

[6] In order to understand the issues in this appeal some context is necessary.

II. Background

[7] The Broadcasting Information Bulletin CRTC 2015-440 [*Interpretation of the Wholesale Code* (24 September 2015)] (the Bulletin), released contemporaneously with the Code, explains that the Code and the implementing Order arise from a concern on the part of the CRTC about increasing vertical integration of programming and broadcasting distribution entities and resulting concentration of market power. Beginning in 2011, the CRTC responded to this change in the commercial landscape through measures aimed at ensuring that vertical integration did not occur at the expense of a healthy wholesale market for the sale of program content, programming diversity and consumer choice as to types and combinations of programs they wish to receive and the platform or means by which they would receive programs. Those measures included:

- issuing non-binding guidelines for the negotiation of commercial agreements between PUs and BDUs, such as the Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2011-601 [*Regulatory framework relating to vertical integration* (21 September 2011)] (Ottawa: CRTC, 2011) (amended in 2011-601-1) (the 2011 Wholesale Code or the 2011 Code);
- imposing conditions of licence and group-based licence renewals on a case by case basis; and
- establishing a dispute resolution process to address impasses in negotiations between PUs and BDUs (*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, ss. 12–15.02).

de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489 (*Cogeco*), au paragraphe 33, sous la plume du juge Rothstein).

[6] Comprendre les questions soulevées dans le présent appel, l'on ne peut faire abstraction du contexte.

II. Faits et procédures

[7] Le Bulletin d'information de radiodiffusion CRTC 2015-440 [*Interprétation du Code sur la vente en gros* (24 septembre 2015)] (le Bulletin), publié en même temps que le Code, explique que le Code et l'Ordonnance de mise en œuvre ont été motivés par l'inquiétude du CRTC concernant l'intégration verticale croissante des entités de distribution de programmation et de radiodiffusion, et de la concentration de la puissance commerciale qui en résulte. À partir de 2011, le CRTC a répondu à cette évolution de la situation commerciale en prenant des mesures pour veiller à ce que l'intégration verticale ne se fasse pas au détriment d'un marché de gros en bonne santé pour la vente du contenu des émissions, la diversité de la programmation et le choix des consommateurs quant aux types et aux combinaisons d'émissions qu'ils souhaitent voir et à la plateforme ou au moyen de réception des émissions. Ces mesures incluaient notamment :

- l'établissement de lignes directrices non contraignantes pour la négociation d'ententes commerciales entre les EP et les EDR, par exemple, la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2011-601 [*Cadre réglementaire relatif à l'intégration verticale* (21 septembre 2011)] (Ottawa : CRTC, 2011) (modifiée avec la version 2011-601-1) (le Code sur la vente en gros de 2011 ou le Code de 2011);
- l'imposition, au cas par cas, de conditions de licence et de renouvellements de licence par groupe;
- la mise en place d'un processus de règlement des différends afin de remédier aux impasses dans les négociations entre les EP et les EDR (*Règlement sur la distribution de la radiodiffusion*, DORS/97-555, articles 12 à 15.02).

[8] In 2015, the CRTC replaced the voluntary 2011 Code with the more comprehensive Wholesale Code and, via the 9(1)(h) Order, required existing licensees to “abide” by the provisions in the 2015 Wholesale Code.

A. *The 2015 Wholesale Code*

[9] The Code is divided into five parts:

- Application (sections 1–3);
- Prohibitions (section 4);
- Commercially unreasonable practices (section 5);
- Commercially reasonable practices (sections 6–12); and
- Affiliation agreements (sections 13–15).

[10] The 2015 Wholesale Code applies to “licensed programming and distribution undertakings” (sections 1–3). BDUs and PUs are both defined terms under the *Broadcasting Act*:

Definitions

2 (1) In this Act,

...

distribution undertaking means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking; (*entreprise de distribution*)

...

programming undertaking means an undertaking for the transmission of programs, either directly by radio waves or other means of telecommunication or indirectly through a distribution undertaking, for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus; (*entreprise de programmation*) [Emphasis added.]

[8] En 2015, le CRTC a remplacé le Code volontaire de 2011 par un Code sur la vente en gros plus détaillé et, aux termes de l’alinéa 9(1)h) de l’Ordonnance, il a exigé que les détenteurs de licence existants « respectent » les dispositions du Code sur la vente en gros de 2015.

A. *Le Code sur la vente en gros de 2015*

[9] Ce document se subdivise en cinq parties :

- Application (sections 1 à 3)
- Interdictions (section 4)
- Pratiques déraisonnables sur le plan commercial (section 5)
- Pratiques raisonnables sur le plan commercial (sections 6 à 12)
- Ententes d’affiliation (sections 13 à 15)

[10] Le Code sur la vente en gros de 2015 vise les « entreprises de programmation et de distribution autorisées » (sections 1 à 3). Les EDR, tout comme les EP, sont définies dans la *Loi sur la radiodiffusion* :

Définitions

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

[...]

entreprise de distribution Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable. (*distribution undertaking*)

[...]

entreprise de programmation Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur. (*programming undertaking*) [Soulignement ajouté.]

[11] In the policy statement accompanying the Code, the CRTC explains that it intends to gradually “impose the Wholesale Code on all licensed [BDUs and PUs] by means of a condition of licence with a view to ultimately repealing the 9(1)(h) order” (at paragraph 137). Indeed, many of the requirements of the Code are already included as conditions in the appellants’ licences (see Blue Ant memorandum of fact and law, Appendix B). The Order, which requires licensees to “abide” by the Code, bridges the gap between licence renewals and presumably seeks to ensure some degree of equivalency in licence conditions across the regulated industry.

[12] Section 4 of the Code sets out seven specific terms that are not permitted in affiliation agreements between PUs and BDUs. They include:

- (a) terms that prohibit the distribution of programming services on a stand-alone basis;
- (b) terms that prohibit the offering of programming services on a build-your-own-package or small package basis;
- (c) provisions that unilaterally grandfather distribution on the same terms and conditions as the previously negotiated agreement;
- (d) veto rights by PUs of BDU packaging changes;
- (e) requirements to mirror existing analog tiers in a digital offering;
- (f) most favoured nation (MFN) provisions, or any similarly worded provision that has the effect of guaranteeing terms as favourable as those agreed to with other parties in other affiliation agreements; and
- (g) minimum penetration, revenue or subscription levels, except where negotiated by an independent programming service.

[11] Dans l’énoncé de politique qui accompagne le Code, le CRTC explique son intention d’« imposer [graduellement] le Code sur la vente en gros [...] à toutes les entreprises de programmation et de distribution autorisées, dans le but ultime d’abroger l’ordonnance rendue en vertu de l’article 9(1)(h) » (au paragraphe 137). En effet, bon nombre des exigences du Code sont déjà intégrées à titre de conditions aux licences des appelantes (consulter le mémoire des faits et du droit de Blue Ant, Annexe B). L’Ordonnance, qui impose aux détenteurs de licence de « respecter » le Code, comble l’écart entre les renouvellements de licence et vise vraisemblablement à assurer une certaine équivalence des conditions de licence dans l’ensemble de l’industrie réglementée.

[12] La section 4 du Code énonce sept conditions précises qui sont interdites dans les ententes d’affiliation entre les EP et les EDR. Il s’agit des conditions suivantes :

- a) toute condition interdisant la distribution d’un service de programmation sur une base individuelle;
- b) toute condition interdisant l’offre d’un service de programmation dans un forfait sur mesure ou dans un petit forfait;
- c) toute clause transitoire qui impose unilatéralement la distribution aux mêmes modalités et conditions que celles énoncées dans l’entente précédente;
- d) tout droit de veto d’une entreprise de programmation sur les modifications que souhaiterait apporter une EDR à ses forfaits;
- e) toute exigence de dédoubler les volets de services analogiques existants en mode numérique;
- f) toute clause dite de la « nation la plus favorisée » ou toute clause formulée de manière similaire et ayant pour effet de garantir des conditions aussi favorables que celles accordées à d’autres parties dans d’autres ententes d’affiliation;
- g) tout seuil minimum pour le taux de pénétration, le taux de revenu ou le nombre d’abonnés, sauf s’il est négocié par un service de programmation indépendant.

[13] Section 5 precludes commercially unreasonable practices, including:

- (a) requiring an unreasonable rate (defined as other than fair market value);
- (b) requiring an unreasonable volume-based rate card;
- (c) requiring an unreasonable penetration-based rate card;
- (d) requiring the acquisition of a program or service in order to obtain another program or service (tied-selling);
- (e) imposing unreasonable terms and conditions that restrict the ability of a BDU to provide consumer choice; and
- (f) imposing unreasonable terms and conditions that restrict a programming service or a BDU from providing programming on multiple distribution platforms.

[14] Section 6 describes what the CRTC considers to be commercially reasonable practices. It mandates that seven factors—6(a) to 6(g)—be considered during negotiations to establish the fair market value of the wholesale rate for programming. Sections 7 to 12 are aimed at preventing vertically-integrated entities from discriminating against independent programming services. In particular, sections 7 to 10 are aimed at the packaging and marketing of independent programming services, and sections 11 and 12 at ensuring multiplatform access to independent programming services.

[15] Where an affiliation agreement has not been renewed by 120 days before its expiration date and where both parties confirm in writing their intention to renew, the Code requires that the dispute be referred to the CRTC for dispute resolution (section 13). As I will explain, this requirement is a key component of Bell's argument.

[13] La section 5 exclut les pratiques déraisonnables sur le plan commercial, notamment :

- a) l'imposition d'un tarif déraisonnable (c.-à-d. qui n'est pas fondé sur la juste valeur marchande);
- b) l'imposition d'une carte de tarification déraisonnable liée au volume;
- c) l'imposition d'une carte de tarification déraisonnable liée à la pénétration;
- d) l'imposition de l'acquisition d'un service ou d'une émission pour obtenir un autre service ou une autre émission (vente jumelée);
- e) l'imposition de conditions déraisonnables qui restreignent la capacité d'une EDR à donner le libre choix aux consommateurs;
- f) l'imposition de conditions déraisonnables qui empêche un service de programmation ou une EDR d'assurer les programmations sur des plateformes multiples de distribution.

[14] La section 6 présente les pratiques que le CRTC considère comme raisonnables sur le plan commercial. Elle impose la prise en compte de sept facteurs — 6(a) à 6(g) — au cours de négociations visant à établir la juste valeur marchande d'un tarif de gros pour un service de programmation. Les sections 7 à 12 visent à empêcher les entités intégrées verticalement de subir une discrimination par rapport aux services de programmation indépendants. Plus précisément, les sections 7 à 10 visent l'assemblage et la commercialisation des services de programmation indépendants, et les sections 11 et 12, ont pour but d'assurer l'accessibilité des services de programmation indépendants sur de multiples plateformes.

[15] Lorsqu'une entente d'affiliation n'a pas été renouvelée 120 jours avant la date d'expiration de cette entente et que les deux parties confirment par écrit leur intention de la renouveler, le Code prévoit que les parties renvoient l'affaire au CRTC qui règle le différend (section 13). Comme je l'expliquerai, cette exigence est un élément clé de l'argumentaire de Bell.

[16] Finally, affiliation agreements and all other agreements regarding programming services are to be filed with the CRTC (sections 14–15).

[17] With the context having been set, I turn to the substantive issues.

III. Issues

[18] Bell contends that the Code, and its enabling Order, are *ultra vires* the CRTC's powers insofar as they affect its interests as a programming undertaking. Whether that argument succeeds lies in the answer to three subsidiary questions:

- A. Is the decision of the Supreme Court of Canada in *Cogeco* dispositive of the issues in this appeal?
- B. If *Cogeco* is not dispositive, is the Code within the power of the CRTC under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*?
- C. Does the Code conflict, in operation or purpose, with the *Copyright Act*?

[19] I will address the applicable standard of review in the context of issues B and C. Blue Ant Media, a respondent, raises the additional argument that the Court should, in the exercise of its discretion, bar Bell from any remedy by reason of its conduct. This will be addressed at the end of these reasons.

IV. Analysis

- A. *Is the decision of the Supreme Court of Canada in Cogeco dispositive of the issues in this appeal?*

[20] Bell submits *Cogeco* stands for the principle that the CRTC cannot regulate any aspect of the economic and commercial relationship between PUs and BDUs. Bell contends that as the Code directly interferes in the manner and content of affiliation agreements and effectively

[16] Enfin, les ententes d'affiliation et toutes les autres ententes concernant les services de programmation doivent être déposées auprès du CRTC (sections 14 et 15).

[17] Le contexte ayant été défini, je me penche à présent sur les questions de fond.

III. Questions en litige

[18] Bell soutient que le Code et l'Ordonnance qui s'y rattache excèdent les compétences du CRTC dans la mesure où ils ont une incidence sur ses intérêts en tant qu'entreprise de programmation. La validité de cet argument repose sur la réponse aux trois questions subsidiaires suivantes :

- A. La jurisprudence *Cogeco* de la Cour suprême du Canada est-elle déterminante quant aux questions faisant l'objet du présent appel?
- B. Si la jurisprudence *Cogeco* n'est pas déterminante, le Code relève-t-il du pouvoir conféré au CRTC par l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*?
- C. Y a-t-il conflit entre le Code et le texte ou l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur*?

[19] Je discuterai la norme de contrôle applicable dans le cadre des questions B et C. Blue Ant Media, une des intimées, soutient également que la Cour doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser à Bell tout recours en raison de sa conduite. Cet argument sera traité à la fin des présents motifs.

IV. Analyse

- A. *La jurisprudence Cogeco de la Cour suprême du Canada est-elle déterminante quant aux questions faisant l'objet du présent appel?*

[20] Bell soutient que la jurisprudence *Cogeco* enseigne que le CRTC ne peut régir aucun aspect des rapports économiques et commerciaux entre les EP et les EDR. Bell soutient que puisque le Code affecte directement le mode et le contenu des ententes d'affiliation

limits, dilutes or negates some of its rights under the *Copyright Act*, the Code falls squarely within the scope of the prohibition in *Cogeco*. Bell's argument requires careful consideration of what *Cogeco* decided.

[21] The issue in *Cogeco* was “whether the CRTC ha[d] the jurisdiction to implement the proposed value for signal regime” (VSR) (*Cogeco*, at paragraph 14). The VSR, what it was and what it did, is critical to understanding *Cogeco*.

[22] In 2010, the CRTC was concerned about the economic viability of broadcasters (which, in effect, meant only PUs because BDUs are not included in the definition of “broadcaster” under section 2 of the *Copyright Act*). In order to ensure that the public would continue to benefit from the diversity of programming offered by broadcasters, and relying on subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* as the source of its jurisdiction, the CRTC proposed to create the VSR (*Cogeco*, at paragraphs 1, 6–7, 21).

[23] The VSR sought to alleviate the financial challenges faced by broadcasters by granting them new and exclusive rights to control the exploitation of their communication signals or works by retransmission. The VSR allowed broadcasters to negotiate directly with BDUs for the retransmission of all of their signals. When broadcasters were unable to agree with a BDU on compensation for the distribution of their programming services, the VSR would have given broadcasters “deletion rights”, thereby preventing their retransmission by BDUs (*Cogeco*, at paragraphs 7, 19, 69).

[24] In so doing, the VSR dealt directly with the subject matter of sections 21 and 31 of the *Copyright Act*. Subsection 21(1) of the *Copyright Act* grants a broadcaster

et, de fait, limite, affaiblit ou rend caducs certains des droits qu'elle tire de la *Loi sur le droit d'auteur*, le Code s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'interdiction consacrée par la jurisprudence *Cogeco*. L'argumentation de Bell appelle un examen attentif de la jurisprudence *Cogeco*.

[21] La question dans l'affaire *Cogeco* consistait à savoir « si le CRTC [avait] compétence pour mettre en œuvre le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé » (*Cogeco*, au paragraphe 14). Pour comprendre cette jurisprudence, il est essentiel de savoir ce qu'était le régime de compensation pour la valeur des signaux et les résultats qu'il a eus.

[22] En 2010, le CRTC était préoccupé par la viabilité économique des radiodiffuseurs (lesquels, en fait, désignaient uniquement les EP, car les EDR ne relèvent pas de la définition de « radiodiffuseur » de l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*). Afin que le public continue de profiter de la diversité de la programmation offerte par les radiodiffuseurs, et fondant sa compétence sur le paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC a proposé la création du régime de compensation pour la valeur des signaux (*Cogeco*, aux paragraphes 1, 6, 7 et 21).

[23] Le régime de compensation pour la valeur des signaux avait pour but d'alléger le fardeau financier des radiodiffuseurs en leur accordant des droits nouveaux et exclusifs de contrôle de l'exploitation de leurs signaux de communication ou de leurs œuvres par retransmission. Le régime de compensation pour la valeur des signaux permettait aux radiodiffuseurs de négocier directement avec les EDR la retransmission de tous leurs signaux. Lorsque les radiodiffuseurs n'arrivaient pas à s'entendre avec une EDR sur la compensation pour la distribution de leurs services de programmation, le régime de compensation pour la valeur des signaux donnait aux radiodiffuseurs le « droit d'exiger le retrait », empêchant ainsi leur retransmission par les EDR (arrêt *Cogeco*, aux paragraphes 7, 19 et 69).

[24] Ce faisant, le régime de compensation pour la valeur des signaux a porté directement sur l'objet des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le

an exclusive, limited copyright in the communication signals it broadcasts, with paragraph (c) giving it the sole right to authorize or prohibit the simultaneous retransmission by another broadcaster to the public. Since BDUs are not considered “broadcasters” under section 2 of the *Copyright Act*, a broadcaster’s exclusive copyright under section 21 does not include a right to prohibit a BDU from retransmitting its communication signals (*Cogeco*, at paragraphs 48–50). This is critical, as the salient feature of the VSR was the right of broadcasters to prohibit BDUs from retransmitting their signals (*Cogeco*, at paragraphs 19, 69).

[25] Importantly, paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* protects the right of copyright holders to distribute their work by various means, including telecommunication. However, section 31 of the *Copyright Act* creates a “user right” (or, an exception to copyright infringement) that allows BDUs to retransmit copyright protected works carried in local and distant (over-the-air) signals without the authorization of the copyright holder. The copyright holders in those works do not have the right to block the retransmission by BDUs of local and distant signals carrying their works (*Cogeco*, at paragraphs 56, 58). The decision in *Cogeco* pivots on the CRTC’s “creation of exclusive control rights over signals or programs” and the “right” of a broadcaster to require a BDU “to delete any program owned by the broadcaster” (*Cogeco*, at paragraphs 7, 13, 31–33), notwithstanding the rights granted under sections 21 and 31 of the *Copyright Act*.

[26] The Supreme Court held that the VSR was not authorized by any provision in the *Broadcasting Act*, including paragraph 9(1)(h), and that it conflicted with the purposes of sections 21 and 31 of the *Copyright Act*. For the Court, Rothstein J. said [at paragraph 13]:

paragraphe 21(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* confère au radiodiffuseur un droit d’auteur exclusif et limité à l’égard des signaux de communication qu’il émet, et l’alinéa c) lui confère le droit exclusif d’autoriser un autre radiodiffuseur à les retransmettre au public simultanément à son émission ou de lui interdire de le faire. Étant donné que les EDR ne sont pas considérées comme des « radiodiffuseurs » au sens de l’article 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le droit d’auteur exclusif conféré à un radiodiffuseur aux termes de l’article 21 n’inclut pas le droit d’interdire à une EDR de retransmettre ses signaux de communication (*Cogeco*, aux paragraphes 48 à 50). Ce point est essentiel, car la principale caractéristique du régime de compensation pour la valeur des signaux est le droit qu’ont les radiodiffuseurs d’interdire aux EDR de retransmettre leurs signaux (*Cogeco*, aux paragraphes 19 et 69).

[25] Chose importante à souligner, l’alinéa 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d’auteur* protège le droit des titulaires de droits d’auteur de communiquer leur œuvre par divers moyens, notamment par télécommunication. Cependant, l’article 31 de la *Loi sur le droit d’auteur* crée un « droit de l’utilisateur » (ou une exception à la violation du droit d’auteur) qui autorise les EDR à retransmettre, sans l’autorisation du titulaire du droit d’auteur, les œuvres protégées par ce droit qui sont diffusées par des signaux locaux ou éloignés (en direct). Les titulaires du droit d’auteur sur ces œuvres n’ont pas le droit de bloquer la retransmission par des EDR de signaux locaux ou éloignés portant leurs œuvres (*Cogeco*, aux paragraphes 56 et 58). La décision rendue dans la jurisprudence *Cogeco* repose sur la « création de droits de contrôle exclusifs sur les signaux ou les émissions » par le CRTC et le « droit » du radiodiffuseur d’obliger une EDR « à retirer [...] toute émission appartenant au radiodiffuseur » (*Cogeco*, aux paragraphes 7, 13 et 31 à 33), nonobstant les droits conférés aux termes des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[26] La Cour suprême a décidé que le régime de compensation pour la valeur des signaux n’était pas autorisé par les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*, notamment par l’alinéa 9(1)(h), et qu’il était incompatible avec l’objet des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d’auteur*. La Cour a observé [au paragraphe 13] sous la plume du juge Rothstein :

In my respectful opinion, for two reasons, the provisions of the *Broadcasting Act*, considered in their entire context, may not be interpreted as authorizing the CRTC to implement the proposed value for signal regime. First, a contextual reading of the provisions of the *Broadcasting Act* themselves reveals that they were not meant to authorize the CRTC to create exclusive rights for broadcasters to control the exploitation of their signals or works by retransmission. Second, the proposed regime would conflict with specific provisions enacted by Parliament in the *Copyright Act*.

(See also paragraph 68 of *Cogeco*.)

[27] With respect to the *Broadcasting Act*, the Court ruled that the broad licensing and regulatory powers in sections 9 and 10 had to be read in light of the *Broadcasting Act* as a whole. It found that not all links, however tenuous, between a licensing requirement and a broadcasting policy objective described in subsection 3(1) were sufficient to establish jurisdiction in the CRTC (*Cogeco*, at paragraphs 25, 28–29).

[28] In its reasoning, the Supreme Court observed that, in contrast to the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, which expressly granted the CRTC jurisdiction to ensure rates charged by Canadian carriers were just and reasonable, “none of the specific fields for regulation set out in s. 10(1) pertain to the ... control [of] the direct economic relationship between the BDUs and the broadcasters [that is, programming undertakings]” (*Cogeco*, at paragraphs 26, 29).

[29] This phrase is the foundation of Bell’s argument in this appeal. It submits that none of the specific fields in subsection 9(1) pertain to the control of the direct economic relationship between BDUs and PUs.

À mon humble avis, lorsqu’on les interprète à la lumière de leur contexte global, on ne peut, et ce pour deux raisons, considérer que les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* ont pour effet d’autoriser le CRTC à mettre en œuvre le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux. Premièrement, l’interprétation contextuelle des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* révèle qu’elles ne visent pas à autoriser le CRTC à créer, en faveur des radiodiffuseurs, des droits exclusifs habilitant ces derniers à contrôler l’exploitation de leurs signaux ou de leurs œuvres par retransmission. Deuxièmement, le régime proposé entrerait en conflit avec certaines dispositions précises édictées par le Parlement dans la *Loi sur le droit d’auteur*.

(Voir aussi le paragraphe 68 de l’arrêt *Cogeco*.)

[27] À l’égard de la *Loi sur la radiodiffusion*, la Cour a décidé que les larges pouvoirs d’attribution de licences et de réglementation conférés par les articles 9 et 10 doivent être lus au regard de la *Loi sur la radiodiffusion* dans son ensemble. Elle a conclu que les liens, aussi ténus soient-ils, entre l’exigence d’attribution de licences et l’objectif de la politique de radiodiffusion présentée au paragraphe 3(1) ne suffisent pas tous à établir la compétence du CRTC (*Cogeco*, aux paragraphes 25, 28 et 29).

[28] Dans son raisonnement, la Cour suprême a fait observer que, contrairement à la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, laquelle confère expressément au CRTC la compétence de s’assurer que les tarifs imposés par les entreprises canadiennes sont justes et raisonnables, « aucun des sujets précis et susceptibles d’être réglementés qui sont énumérés au par. 10(1) ne se rapporte à la création de droits exclusifs qui permettraient [...] de contrôler les rapports économiques directs entre les EDR et les radiodiffuseurs [c’est-à-dire les entreprises de programmation] » (*Cogeco*, aux paragraphes 26 et 29).

[29] Cette citation constitue le fondement de l’argumentation de Bell dans le présent appel. Bell soutient qu’aucune des matières précises du paragraphe 9(1) ne se rapporte au contrôle des rapports économiques directs entre les EDR et les EP.

[30] Significantly, the passages from *Cogeco* reproduced in paragraphs 78 and 80 of Bell’s memorandum omit a key sentence from *Cogeco* (bolded below) [at paragraphs 30–31]:

However, the broadcasters submit that s. 10(1)(g), which enables the CRTC to make regulations “respecting the carriage of any foreign or other programming services”, and s. 9(1)(h), which empowers the CRTC to require a licensed BDU “to carry ... programming services specified by the Commission”, together with the broad wording of ss. 10(1)(k) and 9(1)(b)(i), empower the CRTC to “dictate the terms of the carriage relationship between broadcasters and BDUs” (R.F., at para. 65). Thus, the CRTC would, in their opinion, have jurisdiction to implement the proposed regime.

I cannot agree. On their face, ss. 9(1)(h) and 10(1)(g) could, for example, allow the CRTC to require the BDUs to distribute to Canadians certain types of programs, arguably, because they are deemed to be important for the country’s cultural fabric. However, it is a far cry from concluding that, coupled with ss. 10(1)(k) and 9(1)(b)(i), they entitle the CRTC to create exclusive control rights for broadcasters. [Emphasis added.]

[31] When read in its context, the Supreme Court’s statement “I cannot agree”, was in response to the last sentence in paragraph 30. Indeed, as is clear from the last sentence in paragraph 31 of the decision, and the point on which the case turned, was that paragraph 9(1)(h) did not “entitle the CRTC to create exclusive control rights”.

[32] A reading of *Cogeco*, keeping in mind the particular exclusive control right created by the VSR, reveals that it cannot be interpreted as widely as urged by Bell. The Supreme Court decided whether the CRTC could give PUs “an exclusive right to require deletion of the programming to which they hold exhibition rights from all signals transmitted by the BDU” (*Cogeco*, at paragraph 19), not whether the CRTC can regulate *any* aspect of the economic relationship between PUs and BDUs. In relation to the *latter*, the Supreme Court merely stated

[30] Chose importante, les extraits de l’arrêt *Cogeco* qui ont été reproduits aux paragraphes 78 et 80 du mémoire de Bell omettent une phrase clé de cet arrêt (soulignée ci-dessous) [aux paragraphes 30 et 31] :

Cependant, les radiodiffuseurs affirment que l’al. 10(1)(g), aux termes duquel le CRTC peut, par règlement, « régir la fourniture de services de programmation — même étrangers — par les entreprises de distribution », ainsi que l’al. 9(1)(h), qui permet au CRTC d’obliger les titulaires de licences d’exploitation d’entreprises de distribution « à offrir certains services de programmation selon les modalités qu’il précise », conjugués aux dispositions générales que sont les al. 10(1)(k) et 9(1)(b), habilent le CRTC à [TRADUCTION] « dicter les modalités des rapports entre les radiodiffuseurs et les EDR en ce qui concerne la fourniture des services de programmation » (m.i., par. 65). Par conséquent, le CRTC aurait, de l’avis des radiodiffuseurs, compétence pour mettre en œuvre le régime proposé.

Je ne partage pas cet avis. À première vue, les al. 9(1)(h) et 10(1)(g) pourraient, par exemple, permettre au CRTC d’obliger les EDR à distribuer aux Canadiens certains types d’émissions, au motif que celles-ci seraient considérées importantes pour la structure culturelle du Canada. Toutefois, cela n’équivaut pas vraiment à conclure que, conjugués aux al. 10(1)(k) et 9(1)(b), les alinéas susmentionnés autorisent le CRTC à conférer aux radiodiffuseurs des droits de contrôle exclusifs. [Non souligné dans l’original.]

[31] Lorsqu’on les lit au regard du contexte, on comprend que l’observation « Je ne partage pas cet avis » de la Cour suprême constitue la réponse à la dernière phrase du paragraphe 30. En effet, comme l’indique clairement la dernière phrase du paragraphe 31 de la décision, et le point en jeu dans l’affaire, l’alinéa 9(1)(h) n’avait pas pour but « [d’autoriser] le CRTC à conférer [...] des droits de contrôle exclusifs ».

[32] En lisant l’arrêt *Cogeco*, sans perdre de vue le droit de contrôle exclusif et particulier qu’a créé le régime de compensation pour la valeur des signaux, on constate qu’il ne peut être interprété aussi largement que Bell l’a fait valoir. La Cour suprême a tranché la question de savoir si le CRTC peut donner à une EP « le droit exclusif d’exiger le retrait des émissions dont [elle] a acquis les droits de diffusion de tous les signaux émis par une EDR » (*Cogeco*, au paragraphe 19), et non pas si le CRTC peut réglementer *n’importe quel* aspect des rapports

that the fields of regulation in subsection 10(1) of the *Broadcasting Act* do not expressly authorize control of “the direct economic relationship between BDUs and the [PUs]” (*Cogeco*, at paragraph 29). This statement has to be read and understood in light of what the VSR attempted to do and the question the Court was asked to decide.

[33] I do not understand the Supreme Court to have concluded that any and all exercises of authority under paragraph 9(1)(h), which may have an effect, direct or incidental, on PUs, would be an overreach. In the result, the extent to which paragraph 9(1)(h) authorizes the CRTC to impose terms and conditions on the carriage of “programming services” by BDUs, which will incidentally affect PUs, remains an open question. I therefore agree with the respondents that *Cogeco* is not dispositive of whether paragraph 9(1)(h) authorizes the CRTC to make the Code binding.

[34] For similar reasons, *Cogeco* is also not determinative of the copyright conflict issue in this appeal. The Supreme Court decided that the CRTC could not, by granting an *exclusive control* right, create a functional equivalent to a copyright for broadcasters (PUs as copyright owners) that was deliberately withheld from the *Copyright Act*. In section 21 of that Act, Parliament set out a carefully tailored regime relating to the specific kind of copyright with respect to communication signals and a specific type of user right with respect to works transmitted in over-the-air signals under section 31 of the *Copyright Act*. The VSR, however, created exclusive control rights “for broadcasters to control the exploitation of their [over-the-air] signals or works by retransmission” (*Cogeco*, at paragraphs 13, 19, 31, 33, 69–70). The VSR, in effect, created new copyright, and conflicted with the purpose of sections 21 and 31 of the *Copyright Act* (*Cogeco*, at paragraphs 13, 62–64, 67–70, 75–76). As I will explain, in contrast to the VSR, the Code does not create a “special right” akin to that contemplated by the VSR.

économiques entre les EP et les EDR. Concernant ce dernier point, la Cour suprême a simplement indiqué que les matières susceptibles d’être réglementées qui sont énumérées au paragraphe 10(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* n’autorisent pas expressément le contrôle « [d]es rapports économiques directs entre les EDR et les [EP] » (*Cogeco*, au paragraphe 29). Cette observation doit être lue et comprise au regard de l’objectif du régime de compensation pour la valeur des signaux et de la question que la Cour a été appelée à trancher.

[33] Si je comprends bien la Cour suprême, elle n’as pas conclu que tout exercice des pouvoirs prévus à l’alinéa 9(1)(h), lesquels peuvent avoir un effet direct ou accessoire sur les EP, serait excessif. En conséquence, la mesure dans laquelle l’alinéa 9(1)(h) autorise le CRTC à imposer les modalités des « services de programmation » offerts par les EDR, qui toucheront accessoirement les EP, demeure une question en suspens. Par conséquent, j’abonde dans le sens des intimées : la jurisprudence *Cogeco* ne permet pas de déterminer si l’alinéa 9(1)(h) autorise le CRTC à rendre le Code exécutoire.

[34] Pour des raisons similaires, la jurisprudence *Cogeco* n’est pas déterminante pour la question en litige dans le présent appel, un différend entourant le droit d’auteur. La Cour suprême a décidé que le CRTC ne pouvait pas, en conférant un *droit de contrôle exclusif*, créer pour les radiodiffuseurs (les EP à titre de titulaires des droits d’auteur) l’équivalent fonctionnel du droit d’auteur qu’on a délibérément refusé dans la *Loi sur le droit d’auteur*. À l’article 21 de cette loi, le législateur a conçu un régime soigneusement adapté au type précis de droit d’auteur relatif aux signaux de communication ainsi qu’un type précis de droit de l’utilisateur à l’égard des œuvres diffusées par des signaux en direct aux termes de l’article 31 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Cependant, le régime de compensation pour la valeur des signaux a créé, « en faveur des radiodiffuseurs, des droits exclusifs habilitant ces derniers à contrôler l’exploitation de leurs signaux [en direct] ou de leurs œuvres par retransmission » (*Cogeco*, aux paragraphes 13, 19, 31, 33, 69 et 70). En substance, le régime de compensation pour la valeur des signaux a créé un nouveau droit d’auteur et est incompatible avec l’objet des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d’auteur* (*Cogeco*, aux paragraphes 13, 62 à 64, 67 à 70, 75 et 76).

[35] In considering the effect of *Cogeco*, guidance can be found in the principle expressed in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 (*Henry*), at paragraph 53, citing *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.), that “a case is only an authority for what it actually decides”. Of particular resonance in this appeal is Binnie J.’s observation at paragraph 57 that:

.... All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative.

[36] Having concluded that *Cogeco* is not dispositive does not mean that it is of no consequence to this appeal. To the contrary, and consistent with *Henry*, the principles of statutory interpretation employed by the Supreme Court of Canada to read the *Broadcasting Act* are binding. I note, in particular, Rothstein J.’s observation at paragraph 23 of *Cogeco* that references to the *Broadcasting Act*’s policy objectives in subsection 3(1) are, without more, insufficient to ground jurisdiction. Of equal force and effect is the Court’s recognition that the property interests created by the *Copyright Act* cannot be constrained or diminished unless authorized by Parliament. This bears on the second branch of Bell’s argument which is founded on its copyright interests.

[37] In conclusion, whether, to borrow the language of Rothstein J., the 2015 Wholesale Code “is too great a stretch from the core purposes intended by Parliament” and from the power granted to the CRTC under the *Broadcasting Act* (*Cogeco*, at paragraph 33) and engages in the direct economic relationship in a manner not contemplated by Parliament remains a live question, the

Comme je l’expliquerai, contrairement au régime de compensation pour la valeur des signaux, le Code ne crée aucun « droit spécial » comparable à celui que prévoit ledit régime.

[35] Pour apprécier l’incidence de la jurisprudence *Cogeco*, on a pour guide le principe retenu par l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 (*Henry*), au paragraphe 53, qui cite la doctrine professée par la jurisprudence *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.) : « “une décision ne fait autorité qu’à l’égard des questions qu’elle tranche effectivement” ». L’observation du juge Binnie au paragraphe 57 a une résonance particulière dans le présent appel :

[...] Les remarques incidentes n’ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu’elles s’éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s’inscrire dans un cadre d’analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité.

[36] La conclusion que la jurisprudence *Cogeco* n’est pas déterminante ne signifie pas qu’elle n’a aucune conséquence sur le présent appel. Au contraire, conformément à la jurisprudence *Henry*, les principes d’interprétation des lois que la Cour suprême du Canada a suivis pour lire la *Loi sur la radiodiffusion* s’imposent. Je remarque plus précisément l’observation du juge Rothstein, au paragraphe 23 de l’arrêt *Cogeco*, selon laquelle les objectifs de politique de la *Loi sur la radiodiffusion* qui sont énoncés au paragraphe 3(1) sont, sans plus, insuffisants pour établir la compétence. Le fait que la Cour ait reconnu que les droits de propriété créés par la *Loi sur le droit d’auteur* ne peuvent être circonscrits, ni amoindris sans l’autorisation du législateur a tout autant de force. Cela a un rapport avec le deuxième volet de l’argumentation de Bell, qui repose sur ses intérêts en matière de droit d’auteur.

[37] En conclusion, reste ouverte la question de savoir, pour reprendre les observations du juge Rothstein, le Code sur la vente en gros de 2015 « constitue une mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux visés par le législateur et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* » (*Cogeco*, au paragraphe 33) et s’il s’immisce dans les rapports économiques directs

answers to which lie in an understanding of the intention of Parliament in enacting paragraph 9(1)(h). Whether the Code diminishes or conflicts with Bell's copyright interests also remains unsettled.

B. *What is the standard of review?*

[38] The parties do not agree on the standard of review. Bell contends that the question whether the Code is authorized by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* is jurisdictional and attracts a correctness standard of review. The respondents contend that the question is simply a matter of interpretation of a home statute by a tribunal and that the standard of review is reasonableness. Insofar as the conflict with the *Copyright Act* is concerned, Bell says that this too should be examined through a correctness lens, as that act is not the home statute of the CRTC.

[39] The parties pressed their positions with respect to standard of review. Given the jurisprudence it is easy to understand why that was so. From the respondents' perspective, reasonableness triggers the presumption which requires the Court to defer to the CRTC's interpretation of its home statute. This makes short work of the appeal. A favourable result is virtually assured by the near-irrefutable nature of that presumption. From the appellants' perspective, correctness opens the door, at least a crack, to a closer analysis of the legislation and potentially a different result.

[40] Bell makes a compelling case that this is a jurisdictional question. Parliament made a clear and express choice to limit the CRTC's power to make orders under paragraph 9(1)(h) to BDUs and the "programming services" which they carry. In Bell's view, the Code derogates from Bell's rights under the *Copyright Act* and circumvents Parliament's clear language with respect to copyright.

d'une manière que le législateur n'avait pas prévue. Les réponses à ces questions se trouvent dans la saisie de l'intention du législateur lors de la promulgation de l'alinéa 9(1)h). Reste également ouverte la questions de savoir si le Code affaiblit les droits de Bell en matière de droit d'auteur ou entre en conflit avec ces intérêts.

B. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[38] Est controversée entre les parties la question de la norme de contrôle. Bell soutient que la question de savoir si le Code est autorisé en application de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* en est une de compétence et qu'elle doit être examinée selon la norme de la décision correcte. Les intimées soutiennent que la question est simplement une question d'interprétation d'une loi constitutive par le juge et que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable. En ce qui concerne le conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*, Bell affirme que cette question doit aussi être examinée du point de vue de la norme de la décision correcte, puisque cette loi n'est pas la loi constitutive du CRTC.

[39] Les parties ont défendu leurs positions relativement à la norme de contrôle. Compte tenu de la jurisprudence, il est facile de comprendre pourquoi. Du point de vue des intimées, la norme de la décision raisonnable donne lieu à la présomption qui impose à la Cour de s'en remettre à l'interprétation du CRTC de sa loi constitutive. Cela simplifie l'appel. Une issue favorable est virtuellement garanti par la nature quasi irréfutable de cette présomption. Du point de vue des appelantes, la norme de la décision correcte ouvre la porte, du moins une brèche, à une analyse plus approfondie de la législation et peut-être à une issue différente.

[40] Bell défend avec force la thèse portant qu'il s'agit d'une question de compétence. Le législateur a fait le choix clair et délibéré de limiter le pouvoir du CRTC de rendre des ordonnances en vertu de l'alinéa 9(1)h) aux entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) et aux « services de programmation » que celles-ci offrent. De l'avis de Bell, le Code déroge aux droits que tire Bell de la *Loi sur le droit d'auteur* et contourne le texte clair du législateur quant au droit d'auteur.

[41] Jurisdictional questions are, however, difficult to identify. We know that a jurisdictional question is one the answer to which must be correct. But this sheds little light on the defining characteristics of a jurisdictional question. As observed by Brown J. in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635 (*West Fraser*) “the distinction between matters of statutory interpretation which implicate truly jurisdictional questions and those going solely to a statutory delegate’s application of its enabling statute will be, at best, elusive” (at paragraph 124). The definitional challenges around jurisdictional questions continue to vex courts, here and abroad.

[42] The distinction between jurisdictional and non-jurisdictional questions has been described by one judge of the High Court of Australia as “chimerical” (*Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57 (*Ex parte Miah*), at paragraph 212), as a “vague and probably undefinable concept” by the New Zealand Court of Appeal (*Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.), at page 136) and as a “mirage” by the Supreme Court of the United States (*City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), at paragraph 5). Academics have been no less restrained in their criticism. Professor Daly notes “the weak theoretical basis for the category and the historical difficulty in applying the concept ... in a clear and coherent manner” [footnote omitted] (Paul Daly, “*Dunsmuir’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review*” (2012), 58:2 *McGill L.J.* 483, at page 492 (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*)).

[43] The Supreme Court of Canada, echoing the suggestion of the High Court of Australia that the concept be “interred” (*Ex parte Miah*, at paragraph 212) (Kirby J.), has hinted that it might “euthanize” this category of review (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 (*CHRC*), at paragraph 41, citing Binnie J. in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v.*

[41] Les questions de compétence sont toutefois difficiles à cerner. Nous savons qu’une question de compétence est une question à laquelle la réponse doit être correcte. Mais cela nous éclaire peu quant aux caractéristiques fondamentales d’une question de compétence. Ainsi que l’observe le juge Brown dans l’arrêt *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (*West Fraser*) « la distinction entre une affaire qui soulève une véritable question de compétence et celle qui fait seulement intervenir l’application de la loi habilitante par le délégué sera au mieux insaisissable » (paragraphe 124). Les problèmes de définition touchant les questions de compétence continuent de troubler les juridictions judiciaires, au Canada comme à l’étranger.

[42] La distinction entre les questions de compétence et celles ne relevant pas de la compétence a été qualifiée de [TRADUCTION] « chimérique » par un juge de la Haute Cour d’Australie (*Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57 (*Ex parte Miah*), au paragraphe 212), de [TRADUCTION] « concept vague et probablement indéfinissable » par la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande (*Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.), à la page 136) et de [TRADUCTION] « mirage » par la Cour suprême des États-Unis (*City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), au paragraphe 5). La doctrine se montre tout aussi critique. Le professeur Daly souligne [TRADUCTION] « la base théorique faible pour la catégorie et la difficulté historique d’appliquer le concept [...] d’une manière claire et cohérente » [note en bas de page omise] (Paul Daly, « *Dunsmuir’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review* » (2012), 58:2 *R.D. McGill* 483, à la page 492 (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*)).

[43] La Cour suprême du Canada, reprenant la conclusion de la Haute Cour d’Australie selon laquelle le concept est [TRADUCTION] « tombé dans l’oubli » (*Ex parte Miah*, au paragraphe 212, sous la plume du juge Kirby), a laissé entendre qu’elle pourrait « en finir avec » cette grille d’examen de questions (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 654

Alberta Teachers' Association, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 88).

[44] That said, the Supreme Court has also confirmed the centrality of jurisdictional issues in ensuring that Parliamentary intention is respected. Even *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 30 notes that “the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal’s authority” (citing Thomas A. Cromwell, “Appellate Review: Policy and Pragmatism” in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). As Cromwell J. noted in *Alberta Teachers* [at paragraph 94]:

I agree that the use of the terms “jurisdiction” and “*vires*” have often proved unhelpful to the standard of review analysis. This, however, should not distract us from the fundamental principles: as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues in the sense that the courts and not the tribunal have the last word on what is “correct”.

[45] There is also considerable thoughtful and compelling academic commentary in support of the concept (see e.g. T.R.S. Allan, “Judicial Review: A Critique of ‘Due Deference’” (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671). Professor Daly recognizes that the “category” of jurisdictional error could be removed “without undermining the availability of review for correctness” (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*, at page 492, note 36). Put otherwise, the problem lies in the category, not with the principles which it embodies.

[46] Thus, as Brown J. observed in *CHRC*, at paragraph 110, “[w]hile ... one might ‘euthanize’ the category of true jurisdictional questions, it would not follow that *such questions themselves* will disappear” [italics in original]. This is because there is a symbiotic relationship between the rule of law and jurisdiction. Jurisdictional issues are a label given to a fundamental

(*CCDP*), au paragraphe 41, citant le juge Binnie dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61 [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 88).

[44] Cela dit, la Cour suprême a également confirmé l’importance des questions de compétence pour garantir le respect de l’intention du législateur. Même l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 30, indique que « [TRADUCTION] la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif » (citant Thomas A. Cromwell, « Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Comme le juge Cromwell l’a noté dans l’arrêt *Alberta Teachers* [au paragraphe 94] :

Je conviens que l’emploi du mot « compétence » s’est souvent révélé inutile dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Il ne faut cependant pas perdre de vue les principes fondamentaux : suivant le droit constitutionnel ou l’intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ».

[45] Il y a également une abondante doctrine réfléchie et convaincante à l’appui de ce concept (voir notamment T.R.S. Allan, « Human Rights and Judicial Review : A Critique of ‘Due Deference’ » (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671). Le professeur Daly reconnaît que la [TRADUCTION] « catégorie » de l’erreur de compétence pourrait être retirée [TRADUCTION] « sans miner la disponibilité d’un examen selon la norme de la décision correcte » (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*, à la page 492, note 36). En d’autres termes, le problème repose sur la catégorie et non sur les principes qu’elle représente.

[46] Ainsi, comme le juge Brown l’a observé au paragraphe 110 de l’arrêt *CCDP*, « bien que l’on puisse ‘en finir avec’ la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence, cela ne veut pas dire que *ces questions elles-mêmes* disparaîtront » [italiques dans l’original]. Cela s’explique par la relation symbiotique entre la primauté du droit et la compétence. Les questions de

principle—that all exercises of power by public authorities must be authorized by law. Parliament is acutely cognizant of this principle. In granting rights of appeal or judicial review, Parliament recognizes the incompatibility of an unfettered discretion in tribunals to decide the scope of their jurisdiction with the fundamentals of the Westminster parliamentary democracy, and mandates the courts to demarcate the boundaries.

[47] The persistency of jurisdictional questions is telling. They have coursed through our jurisprudence for over half a century, playing an integral role in ensuring the rule of law remains more than mere words. Efforts to categorize jurisdiction may have floundered, but this should not be understood either as a problem with the principle or as a rationale for its elimination.

[48] As observed by Brown J. in *CHRC*, despite definitional challenges of jurisdictional questions, the underlying principle that tribunals must remain squarely within the limits of the mandate that *Parliament* (and not the tribunal itself) determined, cannot be erased: “[T]here will remain questions that tend more to the former, including matters which are still widely regarded as jurisdictional by lower courts” (*CHRC*, at paragraph 111). The question as to the CRTC’s authority under the *Broadcasting Act* in this appeal is precisely of that nature. It is one that *tends* to the jurisdictional, so much so that there is only one reasonable interpretation.

[49] We do not, however, need to decide whether the question in this appeal is jurisdictional. The standard of review to be applied to orders made under paragraph 9(1)(h) has previously been determined by this Court as reasonableness (*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 249, [2018] 4 F.C.R. 300, 154 C.P.R. (4th) 85 (*NFL*), at paragraph 9, leave to appeal to S.C.C. granted, 37896 (10 May 2018) [[2018] 1 S.C.R. v]). *Stare decisis* requires that it should be followed and applied here (*Miller*

compétence sont une étiquette apposée sur un principe fondamental, à savoir que tout exercice du pouvoir par une autorité publique doit être autorisé par la loi. Le législateur est pleinement conscient de ce principe. En accordant le droit d’appel ou de contrôle judiciaire, le législateur reconnaît qu’un pouvoir discrétionnaire illimité des juridictions judiciaires de décider de la portée de leur compétence est incompatible avec les principes fondamentaux de la démocratie parlementaire de Westminster, et demande aux juges de définir les limites.

[47] La persistance des questions de compétence est éloquente. Ces questions ont parcouru notre jurisprudence depuis plus d’un demi-siècle, contribuant de manière cruciale à garantir que la primauté du droit ne soit pas lettre morte. Les efforts pour catégoriser la compétence ont peut-être échoué, mais cela ne doit pas être perçu comme un problème touchant le principe ni comme un fondement à son élimination.

[48] Ainsi que l’a observé le juge Brown dans l’arrêt *CCDP*, malgré les problèmes de définition touchant les questions de compétence, on ne peut effacer le principe de fond selon lequel les juridictions judiciaires doivent demeurer strictement dans les limites de la mission établie par le *législateur* (et non la juridiction elle-même) : « Il reste cependant des questions qui s’apparentent davantage à la première catégorie, notamment celles encore largement reconnues comme des questions de compétence par les juridictions inférieures » (*CCDP*, au paragraphe 111). La question de l’autorité du CRTC aux termes de la *Loi sur la radiodiffusion* dans le présent appel est précisément de cette nature. Elle *tend* à être une question de compétence, tant et si bien qu’il n’existe qu’une seule interprétation raisonnable.

[49] Toutefois, nous ne sommes pas appelés à décider si la question dans le présent appel en est une de compétence. La Cour a déjà décidé que la norme de contrôle à appliquer aux ordonnances rendues en application de l’alinéa 9(1)h) est celle de la décision raisonnable (*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 249, [2018] 4 R.C.F. 300 (*NFL*), au paragraphe 9 — autorisation d’appel devant la C.S.C. accordée, 37896, 10 mai 2018 [[2018] 1 R.C.S. v]). La doctrine du

v. *Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149).

[50] That said, reasonableness “is a deceptively simple omnibus term” (*Alberta Teachers*, at paragraph 87 (per Binnie J.)) and, if it is to be applied, it must be given definition and content. The Court should be transparent about what it means when it conducts a reasonableness review, and identify the factors which shape the degree of scrutiny or intensity of review it intends to bring to the question. To that end, I begin with a few observations about reasonableness and deference.

[51] Reasonableness, in its conception, is a highly elastic concept. Notwithstanding rule of law considerations, it tolerates the proposition that different decision makers can reach contradictory interpretations and both be reasonable (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*), at paragraphs 32–33; *CHRC*, at paragraph 52; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 17 (per Abella J. (*Wilson*), see also paragraphs 70–71 wherein McLachlin C.J.C., Karakatsanis, Wagner, Gascon, Cromwell JJ. concurred on this point)). The other end of the spectrum also contemplates circumstances where there can be only one reasonable interpretation, and “no degree of deference can justify [the] acceptance” of any other interpretation (*McLean*, at paragraph 38).

[52] Reasonableness also applies, without differentiation, across a wide range of decisions made by a broad spectrum of decision makers: *ad hoc* arbitrators, quasi-judicial tribunals, permit and licensing authorities and large specialized standing quasi-judicial tribunals supported by professional staff, such as the CRTC, the National Energy Board and the Canadian Transportation Agency, for example. It also applies to ministers of the Crown and the Governor in Council, whether acting under prerogative or statute. Reasonableness also embraces,

précédent obligatoire exige que la norme de la décision raisonnable soit suivie et appliquée ici (*Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370).

[50] Cela dit, la raisonabilité « est une notion générale d'apparence trompeusement simple » (*Alberta Teachers*, au paragraphe 87, sous la plume du juge Binnie) et, si elle doit être appliquée, sa définition et son contenu doivent être précisés. La Cour doit être transparente quant à la signification de la raisonabilité lorsqu'elle effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, et indiquer les facteurs qui déterminent le degré d'intensité du contrôle qu'elle a l'intention d'appliquer à la question en jeu. À cette fin, je commence par quelques observations au sujet de la norme de la décision raisonnable et de la déférence.

[51] Dans sa conception, la norme de la décision raisonnable est une notion très large. Malgré les considérations liées à la primauté du droit, elle admet l'idée voulant que des décideurs différents puissent parvenir à des interprétations divergentes et qu'elles soient toutes deux raisonnables (*McLean c. Colombie Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*), aux paragraphes 32 et 33; *CCDP*, au paragraphe 52; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 17 (sous la plume de la juge Abella (*Wilson*), voir aussi les paragraphes 70 et 71, où la juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon et Cromwell étaient d'accord sur ce point)). Par ailleurs, il existe des circonstances où une seule interprétation raisonnable est possible, et « nul droit à la déférence ne peut justifier [la] confirmation » de toute autre interprétation (*McLean*, au paragraphe 38).

[52] La norme de la décision raisonnable s'applique aussi, sans distinction, à un large éventail de décisions rendues par un grand nombre de décideurs : des arbitres ponctuels, des tribunaux quasi judiciaires, des organismes chargés de l'attribution de permis et de licences et d'importants tribunaux quasi judiciaires spécialisés permanents, soutenus par un personnel professionnel, notamment le CRTC, l'Office national de l'énergie et l'Office des transports du Canada. La norme s'applique également aux ministres et au gouverneur en conseil,

without distinction, entirely distinct functions and responsibilities. At one end of the continuum stand administrative and adjudicative decisions affecting the interests of a single party on a discrete set of facts. At the other end are highly discretionary, policy-infused decisions, such as those of the Governor in Council as to whether a certain matter is in the public interest. There are many points in between, depending on the legal and factual matrix.

[53] The existing administrative law framework, predicated as it is on categories, forces a choice between reasonableness or correctness review. It assumes that there is a bright line between jurisdictional questions and all other types of decisions. But the line between the two, if there is one, becomes blurred as the range of reasonable outcomes narrows. When it tapers to only one reasonable outcome, correctness and reasonableness review merge and become indistinguishable. This can arise in the context of near-jurisdictional issues (*Wilson*, at paragraph 27) as well as in the context of specific exercises of discretion: *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909.

[54] The challenges inherent with categorization and classification as an over-arching framework were identified as early as 2003. Writing prior to *Dunsmuir*, the Supreme Court observed that the standard of review should focus on “the polar star of legislative intent” based on “principled analysis rather than categories” (*C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 149). More recently, in *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112, Stratas J.A. observed [at paragraph 58]:

Put another way, the issue whether an administrative tribunal is inside or outside the “jurisdictional” fences set up by Parliament is really an issue of where those fences are—in other words, an interpretation of what the legislation says about what the administrative decision-maker can or cannot do.

qu’ils interviennent en vertu d’une prérogative ou d’une loi. La norme de la décision raisonnable concerne aussi, sans distinction, des fonctions et des charges complètement différentes. À une extrémité du continuum, on trouve les décisions administratives et judiciaires touchant les intérêts d’une seule partie, au regard d’un ensemble de faits distincts. À l’autre extrémité, on trouve les décisions hautement discrétionnaires découlant de politiques, comme celles du gouverneur en conseil qui tranchent si une question précise concerne un aspect d’intérêt public. Entre les deux, on trouve de nombreux éléments, selon le fondement juridique ou factuel.

[53] Le régime de droit administratif actuel, fondé sur des catégories, appelle un choix entre un contrôle fondé sur la décision raisonnable ou sur la décision correcte. Il part du principe qu’il existe une ligne de démarcation très nette entre les questions de compétence et les autres types de décisions. Toutefois, la ligne de démarcation entre les deux, s’il en existe une, s’estompe à mesure que la gamme des issues raisonnables diminue. Lorsqu’il ne reste plus qu’une seule issue raisonnable, la norme de la décision correcte et celle de la décision raisonnable se confondent et deviennent impossibles à distinguer. Une telle situation peut découler de quasi-questions de compétence (*Wilson*, au paragraphe 27) ainsi que de cas où des pouvoirs discrétionnaires sont exercés de manière très précise : *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909.

[54] Les défis inhérents à la catégorisation et à la classification comme cadre général ont été définis dès 2003. Dans un arrêt antérieur à l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a noté que la norme de contrôle doit reposer sur « l’intention du législateur, qui doit nous guider », selon « une analyse fondée sur des principes » (*S.C.F.P. c. Ontario (Canadian Region)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, au paragraphe 149). Plus récemment, dans l’arrêt *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58, le juge Stratas a noté ce qui suit [au paragraphe 58] :

Autrement dit, la question de savoir si un tribunal administratif agit à l’intérieur ou à l’extérieur des limites de « compétence » définies par le législateur consiste en réalité à savoir où se situent ces limites. Autrement dit, il s’agit d’interpréter ce que la loi prévoit quand à ce que le décideur administratif peut ou ne peut pas faire.

[55] Stratas J.A. continued and concluded [at paragraph 75] “[t]here comes a point where an administrative decision-maker adopts a view of its statutory powers and the statutory scope of its authority that is neither acceptable nor defensible. When that happens, reviewing courts acting under the reasonableness standard will quash the administrative decision, thereby keeping the administrative decision-maker within its authority.”

[56] In sum, the focus of the standard of review analysis should be on discerning legislative intent according to received principles of interpretation—not on choosing categories and applying *a priori* presumptions. If, after considering the statute, a court concludes that the decision was not authorized by the legislation, it cannot stand. The label applied to the exercise—whether unreasonable or jurisdictional—is of no consequence.

[57] As manifested by the arguments in this appeal, the stark choice between reasonableness and correctness has repercussions for both the parties and the courts.

[58] First, as Binnie J. cautioned in *Dunsmuir*, threshold debates about standard of review lead to lengthy and arcane discussions, which have little to do with the merits of the case. This truism has given rise to the contemporary view that the focus of judicial review should be on answering whether the particular power or decision was authorized by law, not on debating the category of review (see generally the contributions listed in Paul Daly, “The *Dunsmuir* Decade/10 ans de *Dunsmuir*” (11 January 2018), online: *Administrative Law Matters* <<http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>, (A Decade of *Dunsmuir* / Les 10 ans de *Dunsmuir*, forthcoming *C.J.A.L.P.*, Fall 2018).

[59] Binnie J. also urged that the courts move the parties away from arguing about tests and back to arguing

[55] Le juge Stratas a ensuite conclu [au paragraphe 75] : « Il vient un moment où le décideur administratif adopte une vision des pouvoirs que lui confère la loi et de la portée de sa compétence qui n’est ni acceptable ni défendable. Lorsque cela se produit, les cours de révisions annulent la décision administrative en appliquant la norme du caractère raisonnable et empêchent le décideur administratif d’outrepasser les limites de sa compétence. »

[56] En résumé, l’accent de l’analyse de la norme de contrôle applicable doit être de dégager l’intention du législateur, selon des principes d’interprétation établis, et non de choisir des catégories et d’appliquer des hypothèses *a priori*. Si, après examen de la loi, le juge conclut que la décision ne peut s’appuyer sur le texte législatif, elle ne peut être maintenue. La qualification de l’approche, que ce soit le caractère raisonnable ou la compétence, est sans conséquence.

[57] Comme il découle des moyens invoqués en l’espèce, le choix sans ambiguïté à faire entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte a des conséquences pour les parties et pour les juges.

[58] En premier lieu, comme le juge Binnie l’a signalé à l’occasion de l’affaire *Dunsmuir*, les débats préliminaires portant sur les critères applicables en matière de norme de contrôle aboutissent à de longues discussions ésotériques qui ont peu à voir avec le fond de l’affaire. Cette évidence a donné lieu au consensus actuel selon lequel le recours en contrôle judiciaire doit consister à décider si la décision visée ou le pouvoir particulier s’appuie sur la loi, plutôt que de consister en un débat concernant la catégorie du contrôle (voir, de manière générale, les contributions énoncées dans le billet du professeur Paul Daly intitulé « The *Dunsmuir* Decade/10 ans de *Dunsmuir* » (11 janvier 2018), en ligne : *Administrative Law Matters* <<http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>, (A Decade of *Dunsmuir* / Les 10 ans de *Dunsmuir*, prochaine publication de la *C.J.A.L.P.*, automne 2018).

[59] Le juge Binnie a également exhorté les juges à amener les parties à cesser de débattre les critères applicables

about the substantive merits of their cases. In collapsing three standards of review into two, Binnie J. wrote “the result of today’s decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another without any overall saving to motorists in time or expense” (*Dunsmuir*, at paragraph 139). This has proven prescient. As noted by Professor D.R. Knight, in *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review* (New York: Cambridge University Press, 2018), at page 195 (Knight, *Vigilance and Restraint*), “[j]udicial review doctrines which mostly concentrate on judicial methodology, without strongly elaborating norms for the administration, undermines its effectiveness. Again, the Canadian experience illustrates this criticism”.

[60] The second consequence arising from the stark choice between “categories” is that the compelling points of law and legal policy encompassed by the standard of review that is rejected are jettisoned, in their entirety (see e.g. dissenting opinions in *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 (*Edmonton East*), at paragraph 63 (*per* Côté, Brown JJ., McLachlin C.J.C., Moldaver J. concurring) and in *West Fraser*, at paragraphs 52–111 (*per* Côté J.), at paragraphs 112–125 (*per* Brown J.); see also the reasons concurring in the result of Côté, Rowe JJ. in *CHRC*, at paragraphs 73–81). The adverse policy consequences of the categorical approach are also detailed by L. Sossin in “Why the Standard of Review Matters (or at least why it should!)” (September 25, 2018), online: Sossin’s Law Blog <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.

[61] Reasonableness, nevertheless, grants reviewing judges “a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense” (*Alberta Teachers*, at paragraph 87 (*per*

et fassent plutôt valoir leurs moyens sur le fond. En réduisant le nombre de normes de contrôle de trois à deux, le juge Binnie a observé : « Le résultat du présent arrêt pourrait bien s’apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l’heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d’une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d’argent pour les automobilistes » (*Dunsmuir*, au paragraphe 139). Cela s’est avéré prémonitoire. Comme l’a souligné le professeur D.R. Knight dans son traité intitulé *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review* (New York : Cambridge University Press, 2018), à la page 195 (Knight, *Vigilance and Restraint*), [TRADUCTION] « [I]es principes portant sur le contrôle judiciaire qui se concentrent sur la démarche judiciaire, sans élaborer de normes fermes pour l’administration, minent l’efficacité de cette démarche. Une fois de plus, la pratique canadienne illustre cette critique ».

[60] La deuxième conséquence du choix difficile à faire entre les « catégories » est l’abandon de l’ensemble des points de droit et de la politique juridique compris dans la norme de contrôle rejetée (voir notamment les opinions dissidentes des arrêts *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 (*Edmonton East*), au paragraphe 63 (sous la plume des juges Côté et Brown, avec l’accord de la juge en chef McLachlin et du juge Moldaver) et *West Fraser*, aux paragraphes 52 à 111 (sous la plume de la juge Côté), aux paragraphes 112 à 125 (sous la plume du juge Brown); voir aussi les motifs conjoints concordants des juges Côté et Rowe dans l’arrêt *CCDP*, aux paragraphes 73 à 81). Les conséquences politiques néfastes de l’approche fondée sur des catégories sont aussi recensées par le professeur L. Sossin dans son billet intitulé « Why the Standard of Review Matters (or at least why it should!) » (25 septembre 2018) : Sossin’s Law Blog, en ligne, <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.

[61] La « raisonabilité » confère néanmoins au juge réformateur « le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d’examen, allant de celui relativement intense à celui qui l’est moins » (*Alberta Teachers*, au

Binnie J.)). In *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120, at paragraphs 12–14, Stratas J.A. articulated a number of factors which, “while situated comfortably in the context of a deferential application of reasonableness review”, nevertheless point to intense scrutiny and narrowing of reasonable outcomes. The most critical of these is whether the decision turned on statutory interpretation, as in this appeal.

[62] Factors both internal and external to the decision under review inform the intensity of scrutiny. The use of these contextual factors has a long provenance. From *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, at paragraphs 29–38 to *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 to *Dunsmuir*, at paragraphs 62 to 64 to *West Fraser*, contextual factors have been considered constructive in informing the answer to the question as to the role Parliament intended the court to play in relation to any particular decision. While contextualism has its critics, its use has not led to a proliferation of litigation. To the contrary, it cannot be avoided without turning a blind eye to Parliamentary intention and the stakes at hand for the parties.

[63] There are also other advantages. As noted by Brown J. in *West Fraser*, at paragraph 124, the intensity of review allows for “sufficient flexibility to reflect the varied nature of administrative bodies, the question before them, their decisions, their expertise and their mandates”. Brown J. continued and noted that an intensity of review approach, which focuses on the language of Parliament and the nature of the issue is consistent “with the dual constitutional functions performed by judicial review: upholding the rule of law, and maintaining legislative supremacy (*Dunsmuir*, at paras. 27 and 30)” (*West Fraser*, at paragraph 124).

[64] This observation reflects an underlying concern, in both the jurisprudence and academic commentary, about the consistency of a binding presumption of deference

paragraphe 87 (sous la plume du juge Binnie)). Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, aux paragraphes 12 à 14, le juge Stratas a formulé plusieurs facteurs qui, [TRADUCTION] « bien qu’appliqués sans difficulté dans le cadre d’une demande de contrôle du caractère raisonnable appelant un degré de retenue », signalent un examen rigoureux et la réduction des issues raisonnables. Le critère le plus essentiel consiste à rechercher si la décision porte sur l’interprétation d’un texte de loi, comme dans le présent appel.

[62] Les facteurs externes et internes à la décision faisant l’objet du contrôle sont instructifs sur le degré de l’examen. Le recours à ces facteurs contextuels ne date pas d’hier. De l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux paragraphes 29 à 38, en passant par les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, *Dunsmuir*, aux paragraphes 62 à 64, et *West Fraser*, les facteurs contextuels ont été jugés utiles pour répondre à la question de l’intention du législateur quant au rôle de la cour à l’égard d’une décision donnée. Bien que la contextualisation soit parfois critiquée, son utilisation n’a pas résulté en une multiplication des litiges. Au contraire, ne pas y recourir reviendrait à faire fi de l’intention du législateur et des intérêts particuliers des parties.

[63] Elle présente également d’autres avantages. Comme l’a noté le juge Brown au paragraphe 124 de l’arrêt *West Fraser*, le degré de contrôle doit être « suffisamment souple pour tenir compte de la diversité des organismes administratifs, des questions dont ils sont saisis, de leurs décisions, de leur expertise et de leurs mandats ». Le juge Brown a ensuite noté que la portée d’une approche de contrôle qui se concentre sur la formulation employée par le législateur et la nature de la question est conforme à « la double fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire, à savoir maintenir la primauté du droit et assurer la suprématie législative (*Dunsmuir*, par. 27 et 30) » (*West Fraser*, au paragraphe 124).

[64] Cette observation indique une préoccupation sous-jacente, à la fois dans la jurisprudence et la doctrine, concernant la cohérence entre une présomption de

to tribunal interpretations of statutes with Parliamentary intent reflected in rights of appeal or review, the rule of law and legislative supremacy. I will turn to this issue shortly in the discussion of the degree of deference to be accorded the decision under appeal.

[65] Reasonableness as a standard of review has been described as points on a continuum from reasonable to the unreasonable, as a single standard which applies with increased focus or scrutiny or, as Professor Knight aptly notes, “[r]easonableness ... ‘floats’ along an infinite spectrum of deference” (Knight, *Vigilance and Restraint*, at page 206). These metaphors describe that which is a single question—what role did Parliament intend the reviewing court play in relation to the issue before it, and what are the criteria or markers which guide the court in conducting its review? These contextual factors ensure that judicial review does not become an entirely subjective enterprise, with a consequential erosion of predictability and efficacy of administrative bodies.

[66] The legislation is the first and controlling point of reference in answering the question as to the role a court should play in relation to the decision in question. The degree of judicial scrutiny may be calibrated by the existence of a privative clause; whether Parliament granted a right of appeal or a more limited recourse in judicial review; the nature of the decision (the extent to which it is adjudicative as opposed to policy or legislative); the extent of the discretion granted and the degree to which it truly draws on expertise unique to a tribunal; the question before the court and its consequences for the parties; and importantly, rule of law considerations. These are all beacons that guide the answer to the question of the degree of scrutiny with which the decision is to be assessed.

[67] The language of Parliament can inform the intensity of review in another fashion. The legislature may be prescriptive about the decision making process and the factors to be considered by a tribunal. That, along with

déférence contraignante applicable à l’interprétation des textes législatifs par les juges et l’intention du législateur, laquelle s’illustre par les droits d’interjeter appel ou de demander un contrôle, la primauté du droit et la suprématie législative. Je me pencherai bientôt sur cette question, lors de la discussion concernant le degré de déférence à accorder à la décision portée en appel.

[65] La norme de la décision raisonnable a été décrite comme des points sur un continuum, allant de raisonnable à déraisonnable, comme une norme unique qui s’applique avec une attention accrue ou encore, comme le professeur Knight le souligne à juste titre, [TRADUCTION] « [l]e caractère raisonnable [...] “varie” sur un éventail infini de déférence » (Knight, *Vigilance and Restraint*, à la page 206). Ces métaphores décrivent ce qui constitue une seule question : quel est le rôle que le législateur avait l’intention d’accorder à la cour réformatrice concernant la question dont elle est saisie et quels sont les critères ou les indications qui guident la cour dans la réalisation de l’examen? Ces facteurs contextuels assurent que le contrôle judiciaire ne se transforme pas en une initiative complètement subjective résultant en l’effritement de la prévisibilité et de l’efficacité des instances administratives.

[66] Le texte législatif est le premier point et le point directeur de référence pour déterminer le rôle que la cour doit jouer relativement à la décision en cause. Le degré de l’examen judiciaire peut être ajusté en fonction de l’existence d’une clause privative, de l’octroi par le législateur d’un droit d’appel ou d’un recours plus limité sous la forme d’un contrôle judiciaire, de la nature de la décision (la mesure dans laquelle elle est décisionnelle plutôt que politique ou législative), de la portée du pouvoir discrétionnaire accordé et du degré du recours véritable à l’expertise unique d’un tribunal, de la question dont la cour est saisie et de ses conséquences pour les parties et, surtout, des considérations portant sur la primauté du droit. Ces éléments sont tous des balises qui permettent de répondre à la question concernant le degré d’examen auquel la décision doit être soumise.

[67] Le texte adopté par le législateur peut, d’une autre manière, renseigner sur le degré d’examen. Le législateur peut prescrire le processus décisionnel et les facteurs qu’un tribunal doit examiner. Cette prescription

a grant of judicial oversight, supports close scrutiny. As noted by Stratas J.A. in *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, the more prescriptive and directive Parliament is to the content of decision making, the lesser the discretion and the greater the scrutiny. In contrast stand cases involving a broad discretion, resulting in a range of possible outcomes and diminished scrutiny.

[68] How then, should the Court consider reasonableness of the decision in this case? What indicia or markers inform the degree of scrutiny the Court should apply to the question whether the 2015 Wholesale Code is authorized by paragraph 9(1)(h)?

- (1) What Parliament said about the role of the court

[69] The legitimacy of standard of review as doctrine depends on its respect for Parliament's intention. Consequently, any consideration of the standard of review begins with an inquiry into the role Parliament intended the supervisory court to play in relation to any particular decision.

[70] If the standard of review is premised on respect for legislative intention, the words of section 31 of the *Broadcasting Act* must be given meaning. Parliament said that, subject to relevant statutory provisions in the *Broadcasting Act*, decisions of the CRTC are "final and conclusive" (*Broadcasting Act*, subsection 31(1)). It also said that appeals lie to this Court on "a question of law or a question of jurisdiction" (*Broadcasting Act*, subsection 31(2)). Parliament was concerned about the CRTC and its jurisdiction—so much so that the term appears no fewer than eight times in the *Broadcasting Act*, six of which are relevant for this purpose. (This is not to suggest that the weight of the argument increases with the number of words.)

ainsi que l'attribution d'une surveillance judiciaire vont dans le sens d'un examen minutieux. Comme l'a noté le juge Stratas à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, plus le législateur est prescriptif et directif concernant le contenu de la décision, moins le pouvoir discrétionnaire est important et plus l'examen est minutieux. À l'inverse, il existe des cas qui appellent l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire, lequel donne ouverture à diverses issues possibles et diminue le degré d'examen.

[68] Par conséquent, comment la Cour doit-elle examiner le caractère raisonnable de la décision en l'espèce? Quels indices renseignent la Cour sur le degré d'intensité qu'elle doit appliquer à l'examen de la question de savoir si le Code sur la vente en gros est permis par l'alinéa 9(1)h)?

- 1) Ce que dit le législateur à propos du rôle de la cour

[69] La légitimité de la norme de contrôle comme principe dépend du respect accordé à l'intention du législateur. Par conséquent, tout examen de la norme de contrôle applicable commence par une recherche du rôle que le législateur avait l'intention d'accorder à la cour réformatrice concernant toute décision particulière.

[70] Si la norme de contrôle repose sur le respect de l'intention du législateur, un sens doit être accordé aux termes employés à l'article 31 de *Loi sur la radiodiffusion*. Le législateur a dit que, sous réserve des dispositions législatives pertinentes figurant dans la *Loi sur la radiodiffusion*, les décisions du CRTC sont « définitives et sans appel » (*Loi sur la radiodiffusion*, paragraphe 31(1)). Il a aussi dit que notre Cour peut entendre des appels sur « une question de droit ou de compétence » (*Loi sur la radiodiffusion*, paragraphe 31(2)). Le législateur était préoccupé par le CRTC et sa compétence, si bien que le mot figure à huit reprises dans la *Loi sur la radiodiffusion*, dont six sont pertinentes à cet égard. (Cela ne veut pas dire que le poids de l'argument augmente avec le nombre de mots.)

[71] Although a “privative clause[] deter[s] judicial intervention, a statutory right of appeal may be at ease with it, depending on its terms” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 55). In other words, a privative clause is not determinative. It is a factor which must be considered in calibrating the degree of scrutiny.

[72] Section 31 of the *Broadcasting Act* is a clear indication that there are limits to the remit of Parliament’s mandate to the CRTC. By these words, Parliament indicated that it wanted the Court to demarcate the borders of the CRTC’s jurisdiction as the word is commonly understood. Indeed, to conclude otherwise would be to say that Parliament delegated an unfettered mandate to the agency to decide the scope of its own jurisdiction. Were that the case, section 31 would have been unnecessary.

(2) Nature of the question

[73] The nature of the question will also inform the degree of scrutiny. Questions of law merit close review although the intensity may vary with the nature of the question. Discretionary decisions, which are highly fact based or infused by policy, merit a highly deferential approach. This requires a precise definition of the true question before the Court.

[74] The answer to the question before us is one of statutory interpretation—text, context and purpose. This question is not a specific, narrow question focused on a discrete set of facts, nor does it turn on the understanding of technical matters which would be in the domain of the CRTC; rather the question probes whether paragraph 9(1)(h) allows the CRTC to directly or incidentally affect entities not expressly mentioned within paragraph 9(1)(h).

[75] Nor does the question ask us to review an adjudicative decision. The Order, and the Code which it mandates, is quasi-legislative in nature. The distinction between the two types of power has been recognized

[71] Bien que « les clauses privatives dissuadent l’intervention judiciaire, un droit d’appel prévu par la loi peut s’en accommoder, selon son libellé » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 55). Autrement dit, une clause privative n’est pas déterminante. Il s’agit d’un facteur qui doit être examiné pour ajuster le degré d’examen.

[72] L’article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion* indique clairement que le législateur voulait limiter la portée de la mission conférée au CRTC. Il ressort du texte adopté par le législateur qu’il voulait que la Cour délimite la compétence du CRTC, au sens habituel du terme. D’ailleurs, tirer une conclusion différente reviendrait à dire que le législateur a conféré une mission sans restrictions à l’organisme lui permettant de décider de l’étendue de sa propre compétence. Si tel avait été le cas, l’article 31 aurait été inutile.

2) Nature de la question

[73] La nature de la question est aussi instructive quant au degré d’examen. Les questions de droit doivent faire l’objet d’un examen minutieux, bien que son intensité puisse varier selon la nature de la question. Les décisions discrétionnaires, qui sont étroitement fondées sur les faits ou les politiques, appellent un grand degré de retenue. Elles nécessitent que la véritable question dont la Cour est saisie soit définie de manière précise.

[74] La question dont nous sommes saisis en est une d’interprétation des lois comportant trois volets : le libellé, le contexte et l’objet de la loi. Ce n’est pas une question particulière précise centrée sur un ensemble de faits distincts, ni une question portant sur la compréhension de questions techniques, qui seraient du ressort du CRTC; il s’agit plutôt de rechercher si l’alinéa 9(1)h) permet au CRTC d’imposer des conditions, de manière directe ou incidente, à des entités qui ne sont pas expressément prévues par le paragraphe 9(1)h).

[75] Cette question n’exige pas non plus que nous examinions une décision tranchant un contentieux. L’ordonnance et le Code qu’elle met en œuvre sont de nature quasi législative. La distinction entre les deux types

(*United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 5; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at paragraphs 51–52). There cannot be two equally reasonable answers where the question asks whether Parliament intended the CRTC to have the power to regulate affiliation agreements. It either did or it did not. It is not possible to have a range of outcomes here.

[76] Bell does not challenge the substantive content of the Order. Its point, and it is an important one, is that it is of no consequence whether the terms of the Code are reasonable—the CRTC has no business imposing conditions on PUs, reasonable or unreasonable. In this regard, “reasonableness” does a disservice to the substance of the argument before the Court. The struggle between the parties over the standard of review is a distraction from the question of legislative intention, and diverts attention to consideration as to whether or not the Code is reasonable—a non-issue. The question of whether the CRTC has the authority to impose the Code cannot depend on the reasonableness of the conditions. The “appropriateness” of the terms of the Code is not the same question as whether the Code can apply to PUs.

[77] *West Fraser*, contrary to the respondents' submissions, does not advance their case. The decision in *West Fraser* did not collapse the question of the authority to make a regulation into the question whether the regulations are a valid exercise of a delegated power. The majority in *West Fraser* found that the Board's enactment of the regulation did not involve a question “of *vires* in the traditional sense” (*West Fraser*, at paragraph 23).

[78] Fairly characterized, Bell's argument is not a disguised attempt to challenge the merits of the regulatory scheme encompassed by the Code. The issue before this Court does not go to the reasonableness of the Code, rather it asks whether it has the authority to enact the Code *at all* (*West Fraser*, at paragraph 56 (*per* Côté J. (dissenting))); *Canadian Copyright Licensing Agency*

de pouvoir est reconnue (*United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 5; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, aux paragraphes 51 et 52). Il ne peut exister deux réponses également raisonnables lorsque la question consiste à rechercher si le législateur avait l'intention de conférer au CTRC le pouvoir de réglementer les ententes d'affiliation. C'est soit l'un, soit l'autre. Il ne peut y avoir un éventail d'issues.

[76] Bell ne conteste pas le fond de l'ordonnance. Sa thèse, et elle est importante, porte qu'il n'est pas important que les modalités du Code soient raisonnables, puisque le CTRC n'a aucun pouvoir d'imposer des conditions aux EP, que ces conditions soient raisonnables ou déraisonnables. À cet égard, le « caractère raisonnable » nuit au fond de la question dont la Cour est saisie. Le débat entre les parties concernant la norme de contrôle applicable fait perdre de vue la question de l'intention du législateur et attire l'attention sur la question de savoir si le Code est raisonnable, ce qui ne concerne pas le litige. La question de savoir si le CRTC a le pouvoir d'imposer le Code ne peut dépendre du caractère raisonnable des conditions. Le « bien-fondé » des modalités du Code est une question différente de celle de savoir si le Code peut s'appliquer aux EP.

[77] La jurisprudence *West Fraser*, contrairement aux observations des intimées, ne conforte pas leur thèse. Cette jurisprudence n'a pas dissout la question sur le pouvoir d'adopter un règlement dans la question de savoir si les règlements constituent un exercice valide du pouvoir délégué. Par l'arrêt *West Fraser*, la majorité a conclu que l'adoption du règlement par la Commission ne soulevait pas une question de « compétence au sens traditionnel » (arrêt *West Fraser*, au paragraphe 23).

[78] On peut raisonnablement dire que l'argument de Bell n'est pas une tentative déguisée de contester la valeur du régime réglementaire compris dans le Code. La question dont notre Cour est saisie ne concerne pas le caractère raisonnable du Code; il s'agit plutôt de savoir si le CRTC a *même seulement* le pouvoir d'adopter le Code (*West Fraser*, au paragraphe 56 (sous la plume de la juge Côté

(*Access Copyright*) v. *Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112 [cited above], at paragraph 80). The question is “a broad question of the tribunal’s authority” (*Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraph 34) and which, in essence, calls for a determination of Parliament’s intent in enacting paragraph 9(1)(h).

[79] Thus viewed, the distinction between reasonableness and correctness standards of review is of no consequence. Regardless of the choice of label or category, the answer orbits around the same question of Parliamentary intent. If, following consideration of the statute, Parliament did not authorize the CRTC to affect third party commercial interests, then any decision to the contrary is unreasonable. It is unreasonable because it was not authorized to do so by Parliament. The categorization of the standard of review is of little guidance in circumstances such as this.

(3) The extent of deference

[80] The respondents place great emphasis on the deference accorded to tribunals in the interpretation of home statutes and, in particular, the statement in *Edmonton East*, at paragraph 33, that “expertise is something that inheres in a tribunal itself as an institution”. If the CRTC has discretion to make orders it considers “appropriate”, its expertise extends to determining both the content of the orders, and, importantly for the purposes of this appeal, to whom they should apply.

[81] While deference is a principle of judicial review, its application must be nuanced.

[82] In *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 (*ATCO*), at paragraphs 21, 27, the Supreme Court held that deference has no role to play in determining the jurisdiction of a tribunal’s mandate and that the expertise of a tribunal is not engaged when deciding the scope of

(motifs dissidents)); *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58 [précité], au paragraphe 80). La question en est une de « question générale de la compétence du tribunal » (*Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 34); il s’agit essentiellement de rechercher l’intention du législateur quant à l’adoption de l’alinéa 9(1)(h).

[79] Vue ainsi, la distinction entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte est sans conséquence. Quelle que soit la qualification ou la catégorie choisie, la question demeure la même : l’intention du législateur. Si, après examen du texte législatif, il apparaît que le législateur n’a pas autorisé le CRTC à imposer des conditions concernant les intérêts commerciaux de tiers, alors toute décision contraire est déraisonnable. Elle est déraisonnable parce que le législateur ne l’a pas autorisée. La qualification de la norme de contrôle n’est d’aucune utilité dans les circonstances de l’espèce.

3) L’étendue de la déférence

[80] Les intimées insistent beaucoup sur la déférence accordée aux tribunaux en matière d’interprétation des textes législatifs habilitants et, plus précisément, sur l’observation figurant dans l’arrêt *Edmonton East*, au paragraphe 33, selon laquelle « [l’expertise est] quelque chose d’inhérent au tribunal administratif en tant qu’institution ». Si le CRTC dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre les ordonnances qu’il juge « appropriées », son expertise lui permet également de décider de la teneur des ordonnances et, plus important encore aux fins du présent appel, des parties visées.

[81] Bien que la déférence soit un principe incontournable en matière de procédure de contrôle judiciaire, son application doit être nuancée.

[82] Par l’arrêt *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 (*ATCO*), aux paragraphes 21 et 27, la Cour suprême a conclu que la détermination de la compétence d’un tribunal n’appelle nulle déférence et que l’expertise d’un tribunal n’est pas en jeu lorsqu’il

its own powers. This statement has been overtaken by, or subordinated to, the strength of the presumption of deference on which the respondents rely.

[83] Deference informs, but does not determine, the degree of scrutiny. Whether the term or provision being interpreted is truly *sui generis* to the tribunal's unique expertise, or is equally capable of consideration by courts, is a necessary element in considering the degree or extent of deference to be accorded. The rationale which underlies or is said to justify deference also varies. In the case of highly policy-based, public interest decisions, those of a minister of the Crown or Cabinet, deference is justified on the basis of democratic accountability—Parliamentarians are elected to make these decisions, not judges. At the other end of the spectrum, deference is warranted in highly specialized areas. But under our existing framework, deference is now a presumption, applied across the board, to all decision makers, in all types of decisions. Deference may be the result, but it should arise as a consequence of a close analysis of the statute, the question before the court and its consequences.

[84] Deference plays, without question, a central role in considering the substantive, technical content of the Code. Deference applies to the *how*, the means and measures employed. However, in answering the question *whether* the CRTC can affect PU's under paragraph 9(1)(h), there are no indicia that the CRTC has any greater expertise than that of the Court in reading the statute. Deference, according to Professor Daly, is most active where there is choice or ambiguity (Paul Daly "The Scope and Meaning of Reasonableness Review" (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799, at page 821). To the same effect, Professor Knight notes, "[t]rue deference only arises where there is a range of outcomes that all meet the test of justification" (Knight, *Vigilance and Restraint*, at pages 215–216); see also *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121). Here, there is no palette fitted with an assortment of hues and colours from which the CRTC may

se prononce sur l'étendue de ses propres pouvoirs. Cette observation a été surpassée, ou est régie, par la force de la présomption de déférence sur laquelle les intimées se fondent.

[83] La notion de déférence est instructive quant au degré d'examen, mais n'est pas déterminante. Lors de l'examen du degré ou de la mesure de la déférence qu'il y a lieu d'accorder, il est nécessaire de déterminer si le mot ou la disposition à interpréter relèvent véritablement de l'expertise unique du tribunal ou s'ils peuvent également être examinés par les juridictions judiciaires. Le fondement ou la justification prétendue de la déférence peuvent aussi changer. Dans les cas de décisions d'intérêt public hautement fondées sur des considérations politiques, soit celles d'un ministre ou d'un membre du Cabinet, la déférence est justifiée par l'obligation de rendre compte en démocratie : les parlementaires sont élus pour rendre ces décisions, alors que tel n'est pas le cas des juges. Par ailleurs, la déférence est justifiée dans des domaines hautement spécialisés. Toutefois, selon notre régime actuel, la déférence constitue maintenant une présomption appliquée de manière générale à l'ensemble des décideurs et pour tout type de décisions. La déférence peut être le résultat, mais elle doit découler d'une analyse minutieuse de la loi, de la question dont la cour est saisie et de ses conséquences.

[84] Il ne fait aucun doute que la déférence occupe une place centrale lors de l'examen des éléments de fond et techniques du Code. La déférence s'applique à la *manière*, aux moyens et aux mesures employés. Toutefois, pour répondre à la question *de savoir si* le CRTC peut imposer des conditions aux EP, aux termes de l'alinéa 9(1)h, rien n'indique qu'il possède plus d'expertise que la Cour pour interpréter la loi. La déférence, selon le professeur Daly, joue davantage lorsqu'un choix ou une ambiguïté se présente (Paul Daly, « The Scope and Meaning of Reasonableness Review » (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799, à la page 821). Dans le même sens, le professeur Knight observe : [TRADUCTION] « [l]a véritable déférence s'impose uniquement lorsqu'il existe diverses issues possibles qui respectent toutes le critère relatif de justification » (Knight, *Vigilance and Restraint*, aux pages 215 et 216); voir aussi *Canada (Procureur*

choose—the CRTC either has the authority to affect third parties or it does not.

[85] The argument advanced by the respondents triggers the caution of Cromwell J. writing in *Alberta Teachers*, at paragraph 94, that “the fact that a legislative provision is in a ‘home statute’ has become a virtually unchallengeable proxy for legislative intent” and poses concerns for both rule of law and legislative supremacy principles. This observation was echoed in *Edmonton East*, at paragraph 85, where the dissenting justices wrote that the assumption of an unlimited inherent expertise, including on matters of interpretation, “risks transforming the presumption of deference into an ir rebuttable rule”. Côté and Brown JJ. further noted that “[r]espect for legislative supremacy must leave open to the legislature the possibility of creating a non-expert administrative decision maker, or creating an administrative decision maker with expertise in some areas but not others” (*Edmonton East*, at paragraph 85).

[86] The need for a tailored and nuanced consideration of deference is also demonstrated by Professor Allan, who notes in his book, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), at pages 268–269 (Allan, *The Sovereignty of Law*):

...The appropriate degree of deference is dictated, in each case, by analysis of the substantive legal issues arising. If properly conducted, the analysis will indicate the correct division of responsibilities between court and agency, making all due allowance for the exercise of administrative discretion and recourse to specialist expertise. That division of responsibilities is itself the *outcome* of legal analysis attuned to the specific questions of legality arising: it cannot determine these questions, a priori, on the basis of general features of the separation of powers divorced from the specific constitutional context. [Emphasis added in original.]

[87] Deference, then, is part of the context, not an *a priori* determination of the outcome. As Professor Allan

général) c. *Boogaard*, 2015 CAF 150). En l’espèce, le CTRC ne fait pas face à une multitude de choix : soit il a le pouvoir d’imposer des conditions à des tiers, soit il ne l’a pas.

[85] L’argument invoqué par les intimées appelle la mise en garde exprimée par le juge Cromwell, au paragraphe 94 de l’arrêt *Alberta Teachers* : « la présence d’une disposition dans une loi constitutive est devenue l’expression presque incontestable de l’intention du législateur », et le même argument est problématique quant aux principes de primauté du droit et de suprématie législative. Cette observation a été reprise dans l’arrêt *Edmonton East*, au paragraphe 85, où les juges dissidents ont écrit que l’hypothèse d’une expertise inhérente illimitée, y compris en matière d’interprétation, « risque de transformer la présomption de déférence en une règle irréfutable ». Les juges Côté et Brown ont également observé que le « respect de la suprématie législative doit laisser la porte ouverte à la possibilité pour le législateur de créer un décideur administratif sans expertise ou doté d’une expertise dans certains domaines, et non dans d’autres » (*Edmonton East*, au paragraphe 85).

[86] La nécessité d’une analyse adaptée et nuancée en matière de déférence est également illustrée par le professeur Allan, qui note ce qui suit dans son traité intitulé *The Sovereignty of Law : Freedom, Constitution, and Common Law* (Oxford : Oxford University Press, 2013), aux pages 268 et 269 (Allan, *The Sovereignty of Law*) :

[TRADUCTION] [...] Le degré approprié de déférence est dicté, dans chaque cas, par l’analyse des questions juridiques de fond soulevées. L’analyse réalisée correctement indiquera la répartition appropriée des responsabilités entre les juridictions judiciaires et les organismes, permettant de bien tenir compte de l’exercice du pouvoir discrétionnaire administratif et du recours à une expertise précise. Cette division des responsabilités constitue elle-même le *résultat* de l’analyse juridique adaptée aux questions de légalité précises soulevées : ces questions ne peuvent être tranchées *a priori*, en fonction des éléments généraux de la séparation des pouvoirs, sans s’arrêter sur le contexte constitutionnel particulier. [Italique dans l’original.]

[87] Par conséquent, la déférence fait partie du contexte, il ne s’agit pas d’une détermination *a priori* de

notes, if deference is viewed as part of the context, rather than as pre-determined rule, it dissolves the antagonism between the rule of law and parliamentary supremacy (Allan, *The Sovereignty of Law*, at page 228).

[88] The degree of deference owed is gleaned from the statutory interpretation exercise. Consideration should be given to what Parliament has said about the structure of the tribunal or agency, the tenure and mandate of its decision makers, whether it is a large standing body with large professional staff, or individual *ad hoc* decision makers. Subordinating a statute to a broad and uncritical presumption of expertise in all aspects of a tribunal's mandate, with the consequential displacement of Parliament's express expectation that the courts are to perform a role in demarcating the boundaries of its legislation, lies at the heart of much of the tension in the current jurisprudence.

[89] Failing to consider whether there are parameters on the presumption of expertise has consequences. If the presumption of expertise-based deference extends to the determination, by the tribunal itself, of the limits of its jurisdiction, then paragraph 9(1)(h) amounts to an unfettered discretion. Rothstein J. noted the point in *Cogeco*, at paragraphs 27–28:

This broad, express grant of jurisdiction authorized the CRTC to create and use the deferral accounts at issue in [*Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764]. This stands in marked contrast to the provisions on which the broadcasters seek to rely in this case, which consist of a general power to make regulations under s. 10(1)(k) and a broad licensing power under s. 9(1)(b)(i). Jurisdiction-granting provisions are not analogous to general regulation making or licensing authority because the former are express grants of specific authority from Parliament while the latter must be interpreted so as not to confer unfettered discretion not contemplated by the jurisdiction-granting provisions of the legislation.

l'issue de la cause. Comme le signale le professeur Allan, si la déférence est considérée comme faisant partie du contexte, plutôt que comme une règle préétablie, elle permet de résoudre la tension entre la primauté du droit et la souveraineté du Parlement (Allan, *The Sovereignty of Law*, à la page 228).

[88] Le degré de déférence dont la cour doit faire preuve provient de l'exercice d'interprétation des lois. Il faut tenir compte de la décision du législateur concernant la structure du tribunal ou de l'organisme et la mission de ses décideurs, c'est-à-dire s'il s'agit d'un organisme permanent important avec de nombreux employés professionnels ou de décideurs individuels ponctuels. La subordination d'un texte législatif à une importante présomption d'expertise irréfutable, à l'égard de tous les aspects de la mission du tribunal, avec pour conséquence l'éviction de l'attente expresse du législateur voulant que les juridictions judiciaires se chargent de tracer les frontières de la compétence du tribunal, alimente une grande partie des divergences dans la jurisprudence actuelle.

[89] Le défaut d'examiner s'il existe des limites à la présomption d'expertise a des conséquences. Si la présomption de déférence fondée sur l'expertise comprend la définition, par le tribunal même, des limites de sa compétence, alors l'alinéa 9(1)h) constitue en substance un pouvoir discrétionnaire absolu. Le juge Rothstein a souligné le point dans l'arrêt *Cogeco*, aux paragraphes 27 et 28 :

Dans *Bell Aliant*, la vaste compétence expresse ainsi attribuée au CRTC lui permettait de créer et d'utiliser les comptes de report en litige [*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764]. Cette situation se distingue nettement du présent cas et des dispositions invoquées par les radiodiffuseurs en l'espèce, à savoir le pouvoir général de prendre des règlements prévu à l'al. 10(1)k) et le large pouvoir d'attribution de licences prévu à l'al. 9(1)b)(i). Une disposition attributive de compétence n'est pas analogue à une disposition accordant un pouvoir général de prendre des règlements ou d'attribuer des licences. En effet, alors que par le premier type de dispositions le législateur accorde expressément une compétence précise, par le second il confère un pouvoir général qui doit être interprété de manière à éviter de reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité que n'envisagent pas les dispositions attributives de compétence de la loi en cause.

That is the fundamental point. Were the only constraint on the CRTC's powers under s. 10(1) to be found in whether the enacted regulation goes towards a policy objective in s. 3(1), the only limit to the CRTC's regulatory power would be its own discretionary determination of the wisdom of its proposed regulation in light of any policy objective in s. 3(1). This would be akin to unfettered discretion. Rather,

discretion is to be exercised within the confines of the statutory regime and principles generally applicable to regulatory matters, for which the legislature is assumed to have had regard in passing that legislation. (citing *ATCO* at para. 50).

[90] Deference, which originated in the *application* of the law has migrated to the *interpretation* of the law. The application of the presumption of deference to the interpretation of statutes by decision makers of all types, including decisions of the executive, has implications for rules of law and legislative supremacy. In effect, the twin rationales which underlie a presumption of deference in the interpretation of the law (a high degree of specialization for technical matters or democratic accountability for public interest decisions), have been extended, effectively, to the legal advice given by public servants to tribunals or ministers.

[91] Deference must be calibrated to the circumstances. Although speaking in the context of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*], Iacobucci J.'s observation in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paragraph 79 is equally apposite in this context: "The question of deference, ..., is intimately tied up with the nature of the particular claim or evidence at issue and not in the general application of the s. 1 test; it can only be discussed in relation to such specific claims or evidence and not at the outset of the analysis."

[92] Academics, reflecting on the Canadian jurisprudence, have expressed a well-founded concern that "a doctrine of deference will collapse in practice into a doctrine of non-justiciability, leaving regions of governmental

Il s'agit là de l'aspect fondamental. Si la seule limite restreignant les pouvoirs conférés au CRTC par le par. 10(1) était l'obligation que le règlement concerné favorise la réalisation d'un des objectifs de politique énoncés au par. 3(1), la seule limite à laquelle serait assujéti le pouvoir de réglementation du CRTC serait sa propre appréciation de l'opportunité du règlement proposé à la lumière de l'un ou l'autre des objectifs en question, ce qui reviendrait à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, l'organisme

doit [...] exercer [son pouvoir discrétionnaire] en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois [citant l'arrêt *ATCO*, par. 50].

[90] La déférence, qui émane de l'*application* de la loi, est passée à l'*interprétation* de la loi. L'application de la présomption de déférence à l'interprétation des textes législatifs par tous les types de décideurs, notamment les décisions rendues par le pouvoir exécutif, a des répercussions sur la primauté du droit et la suprématie législative. En effet, les fondements jumeaux qui sous-tendent une présomption de déférence concernant l'interprétation de la loi (un degré élevé d'expertise dans le cas des questions techniques ou l'obligation de rendre compte en démocratie dans le cas des décisions d'intérêt public) ont été effectivement étendus aux avis juridiques formulés par des fonctionnaires et destinés aux tribunaux ou aux ministres.

[91] La déférence doit être adaptée aux circonstances. Même s'il s'exprimait dans le cadre de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*], l'observation du juge Iacobucci dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 79, est également à propos en l'espèce : « La question de la retenue [...] est étroitement liée à la nature de la demande ou des preuves en cause et non à l'application générale du critère relatif à l'article premier; elle ne peut être abordée qu'en rapport avec ces demandes ou preuves particulières et non dès le début de l'analyse ».

[92] La doctrine, à la suite d'une réflexion sur la jurisprudence canadienne, a exprimé une préoccupation justifiée selon laquelle [TRADUCTION] « en pratique, un principe de déférence sera transformé en un principe de

decision-making invulnerable to legal challenge” (Allan, *The Sovereignty of Law*, at page 274). Jurists have also observed that uncritical presumptions of expertise and deference, when coupled with the broad-church doctrine of reasonableness, is inconsistent with the purported objective of sustaining legislative supremacy (see, for example, *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304, per Slatter J., at paragraphs 93–95, per Watson J., at paragraphs 59–74; see also e.g. Mark Mancini, “Dark Art of Deference: Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation” (6 March 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>; Peter A. Gall QC, “Dunsmuir: Reasonableness and the Rule of Law” (6 March 2018), Administrative Law Matters, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>). On this view, the requirement to defer should not be based on “abstracted notions of expertise”, but only when and to the extent that the statute indicates that such deference is, in fact, warranted. That analysis necessarily encompasses, and gives considerable weight to, provisions granting recourse by way of appeal or judicial review to a court on questions of law, jurisdiction or otherwise.

[93] These observations, however, must be set aside. The law on the question of presumed expertise and which we are required to follow, is clear (*Edmonton East*, at paragraph 33).

[94] The unilateral application of the presumption, de-contextualized from the nature of the decision maker, the nature of the question and in particular, what Parliament has said about rights of appeal or review, may erode, rather than sustain, the rule of law. The point was made by Mainville J.A. (then of this Court), in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155, at paragraph 98, where he wrote that the presumption that the executive’s

non-justiciabilité, protégeant ainsi des parties du processus décisionnel gouvernemental d’une contestation judiciaire » (Allan, *The Sovereignty of Law*, à la page 274). Des juristes ont aussi fait remarquer que des présomptions d’expertise et de déférence irréfutables, lorsque jumelées au principe du caractère raisonnable, qui accueille des courants très divers, vont à l’encontre de l’objectif avoué du maintien de la suprématie législative (voir notamment *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304, sous la plume du juge Slatter, aux paragraphes 93 à 95, sous la plume du juge Watson, aux paragraphes 59 à 74; ainsi que le billet de Mark Mancini, « Dark Art of Deference : Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation » (6 mars 2018), Double Aspect, en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>; et le billet de Peter A. Gall, c.r., « Dunsmuir : Reasonableness and the Rule of Law » (6 mars 2018), Administrative Law Matters, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>). À cet égard, l’obligation de faire preuve de déférence ne doit pas reposer sur [TRADUCTION] « des notions abstraites liées à l’expertise » et, en outre, elle doit s’appliquer seulement lorsque la loi prescrit qu’une telle déférence soit effectivement nécessaire, et ce, dans la mesure édictée par la loi. Cette analyse englobe nécessairement les dispositions, auxquelles elle accorde un grand poids, qui autorisent un recours devant un tribunal, par voie d’appel ou de contrôle judiciaire, sur des questions de droit, de compétence ou d’autres questions.

[93] Ces observations doivent toutefois être écartées. Le droit sur la question de l’expertise présumée est clair et nous sommes tenus de le respecter (*Edmonton East*, au paragraphe 33).

[94] L’application unilatérale de la présomption, privée du contexte concernant la nature du décideur, la nature de la question et, plus précisément, les déclarations du législateur à propos du droit d’appel ou de contrôle, peut affaiblir le principe de la primauté du droit, plus que de le maintenir. Le juge Mainville (alors juge de la Cour) s’est exprimé à ce sujet dans l’arrêt *David Suzuki Foundation c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155, au paragraphe 98, où il a observé que la

interpretation of the law prevails unless the citizen can discharge an onus on him or her to prove that it is unreasonable (something which in practice is not easily done) “harks back to the time before the Bill of Rights of 1688 where the Crown reserved the right to interpret and apply Parliament’s laws to suit its own policy objectives”.

[95] In sum, justifications for the presumption untethered from a close examination of the statute and in particular, whether Parliament has granted a right of appeal or review, as it has here, must lie elsewhere than in sustaining the rule of law. To be faithful to the principle of respecting Parliamentary intent, any weight given to a presumption must be tailored, nuanced or situated in light of the statutory scheme in question. The point was made in *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015, at paragraph 107. After noting that “the question of balance” is for the decision maker, Lord Sumption continued:

.... It is for the court to assess how broad the range of rational decisions is in the circumstances of any given case. That must necessarily depend on the significance of the right interfered with, the degree of interference involved, and notably the extent to which, even on a statutory appeal, the court is competent to reassess the balance which the decision-maker was called on to make given the subject-matter.

[96] Nor is the presumption of deference to tribunal interpretations an easy fit in circumstances such as this where the decision maker has provided no reasons. If there are no reasons, there is nothing to be deferred to (see *West Fraser*, at paragraph 69 (*per* Côté J.)). In imposing the Code, the CRTC was exercising a non-adjudicative function. It gave no reasons as to why it had the authority to impose the Code on PUs when paragraph 9(1)(h) refers only to BDUs. Nor is this a case where a court can supplement an otherwise deficient set of reasons (*Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, 416 D.L.R. (4th) 579, at paragraph 23). Deference here

présomption selon laquelle l’interprétation des lois par le pouvoir exécutif a préséance, à moins que le citoyen s’acquitte du fardeau de prouver que l’interprétation est déraisonnable (il est difficile d’y parvenir, en pratique), « nous [ramène] à l’époque qui a précédé le Bill of Rights de 1688, où la Couronne se réservait le droit d’interpréter et d’appliquer les lois du Parlement en fonction de ses propres objectifs politiques ».

[95] En résumé, les raisons justifiant la présomption qui ne sont pas liées à un examen minutieux du texte législatif et, plus précisément, à la question de savoir si le législateur a accordé un droit d’appel ou de contrôle, comme c’est le cas en l’espèce, doivent reposer sur un autre élément que le maintien de la primauté du droit. Afin d’être fidèle au principe visant le respect de l’intention du législateur, tout poids accordé à une présomption doit être adapté, nuancé ou situé dans le contexte du régime législatif en cause. Cette question a été discutée dans l’arrêt *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015, au paragraphe 107. Après avoir noté que [TRADUCTION] « la question de la prépondérance des inconvénients » revenait au décideur, Lord Sumption a poursuivi ainsi :

[TRADUCTION] [...] C’est à la cour qu’il revient d’évaluer l’éventail des décisions raisonnables, compte tenu des circonstances d’une affaire précise. Cette étendue dépend forcément de l’importance du droit enfreint, du degré de l’infraction et, notamment, de la mesure dans laquelle, même à l’occasion d’un appel prévu par la loi, la cour est compétente pour examiner de nouveau la prépondérance des inconvénients que le décideur était appelé à établir, compte tenu de la question portée en appel.

[96] La présomption de déférence accordée à l’interprétation des tribunaux est une tâche ardue dans des circonstances comme celles de l’espèce, où le décideur n’a formulé aucun motif. Si aucun motif n’a été formulé, il n’y a pas matière à déférence (voir *West Fraser*, au paragraphe 69 (sous la plume de la juge Côté)). Le CRTC exerçait une fonction non décisionnelle lorsqu’il a imposé le Code. Il n’a produit aucun motif quant à la raison pour laquelle il avait le pouvoir d’imposer le Code à des EP, alors que l’alinéa 9(1)(h) ne mentionne que les EDR. Il ne s’agit pas non plus d’une affaire où le juge peut compléter un exposé de motifs par ailleurs insuffisant

would require a court to assume that the CRTC, if asked, could write a set of reasons which this Court would find compelling. Bodies acting in a regulatory or legislative capacity seldom explain why they have the authority to act—they simply do, with the result that the tools of justification, transparency and intelligibility, which function best in an adjudicative setting, are of limited utility.

(4) Prior decisions on standard of review

[97] The Supreme Court framed the issue in *Cogeco* as “whether the CRTC ha[d] the *jurisdiction* to implement the proposed value for signal regime” (emphasis added) (*Cogeco*, at paragraphs 1, 14). While it did not make an express determination on the applicable standard of review, it is evident that it adopted a correctness approach. The exercise in which it engaged was one of pure statutory interpretation of the text of paragraph 9(1)(h) when situated in the context of the *Broadcasting Act*. The language of reasonableness plays no role in the Court’s analysis.

[98] The issues before this Court are a mirror image of *Cogeco*. Arguably, the substantive question before this Court does not change simply because, as a matter of procedure, it arose in the former case as a reference and in the present case as an appeal. On the other hand, it could be pointed out that the Governor in Council did not ask the Court to address the standard of review. But this preferences form and procedure over the substantive question.

[99] These considerations, and consistent with this Court’s previous rulings, all weigh in favour of the conclusion that whether the Code is authorized by paragraph 9(1)(h) is a “reasonableness” exercise for which there can be only one answer. The answer to the question depends on an analysis of the statute according to received legal principles of statutory interpretation and in

(*Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 23). En l’espèce, pour pouvoir faire preuve de déférence, le juge doit présumer que le CRTC pourrait, sur demande, rédiger un exposé des motifs qu’elle jugerait probant. Les organismes exerçant un pouvoir législatif ou réglementaire expliquent rarement les raisons pour lesquelles ils ont le pouvoir d’intervenir — ils se contentent de le faire — avec pour résultat que des outils comme la justification de la décision, la transparence et l’intelligibilité du processus décisionnel, lesquels sont le plus efficace dans une procédure contentieuse, sont d’une utilité limitée.

4) Décisions antérieures sur la norme de contrôle

[97] La Cour suprême a ainsi défini la question en litige dans l’affaire *Cogeco* : « le CRTC a[avait-il] *compétence* pour mettre en œuvre le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé? » (non souligné dans l’original) (*Cogeco*, aux paragraphes 1 et 14). Bien que la Cour suprême n’ait pas déterminé spécifiquement la norme de contrôle applicable, il est évident qu’elle a suivi l’approche de la norme de la décision correcte. Elle s’est bornée à l’interprétation du texte de l’alinéa 9(1)(h) au regard du contexte que constitue la *Loi sur la radio-diffusion*. L’angle de la raisonabilité ne joue aucun rôle dans l’analyse de la Cour.

[98] Les questions dont est saisie notre Cour sont le reflet de la jurisprudence *Cogeco*. Il peut être soutenu que la question de fond devant notre Cour ne change pas simplement parce que, pour des raisons de procédure, elle a été posée dans la première cause à titre de référence, alors que dans la présente cause, elle découle d’un appel. D’autre part, l’on peut relever que le gouverneur en conseil n’a pas demandé à la Cour de discuter la norme de contrôle. Mais alors à la forme et la procédure l’emportent sur la question de fond.

[99] Conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour, de telles considérations militent en faveur de la conclusion selon laquelle la question de savoir si le Code est autorisé aux termes de l’alinéa 9(1)(h) doit être examinée selon le critère de la raisonabilité, et il ne peut y avoir qu’une seule réponse. La réponse à cette question dépend d’une analyse de la loi selon les principes

respect of which the regulator has no particular advantage over that of the court. It raises, at its core, a question of the scope of Parliament's remit to the CRTC. Rule of law considerations weigh in the equation.

(5) *Copyright Act* and *Broadcasting Act* conflict

[100] Insofar as the conflict between the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* is concerned, the standard of review is, again, consistent with precedent, correctness.

[101] The *Copyright Act* is not the constituent statute of the CRTC (*NFL*, at paragraph 38). The *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22, the *Broadcasting Act* and the *Telecommunications Act* are the CRTC's home statutes. Importantly, aside from ephemeral recordings, the only point of intersection between the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* is that considered in *Cogeco*: the carve-out for retransmission of works in local and distant signals under the *Copyright Act*. This single point of intersection, discrete and limited, and in any event irrelevant to the issues raised here, does not make the *Copyright Act* the home statute of the CRTC.

[102] This appeal necessitates that a line of demarcation be drawn between the nature and extent of Bell's legal rights and interests under the *Copyright Act*, and a determination whether the Code and Order trench on those rights. While this is not a question of competing tribunals, it is a question of competing or conflicting legislative schemes. Correctness governs the question whether the exercise of paragraph 9(1)(h) conflicts with the *Copyright Act* as it did in *Cogeco*. This was also the conclusion of this Court in *NFL*.

juridiques reçus en matière d'interprétation des lois et à l'égard de laquelle l'organisme de réglementation n'a pas d'avantage particulier par rapport à la Cour. Cela soulève, à la base, la question de la portée de la mission accordée par le législateur au CRTC. Il importe de tenir compte des considérations liées à la primauté du droit.

5) Le conflit entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion*

[100] En ce qui concerne le conflit entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion*, la norme de contrôle est, là encore, conformément à la jurisprudence antérieure, la norme de la décision correcte.

[101] La *Loi sur le droit d'auteur* n'est pas la loi constitutive du CRTC (*NFL*, au paragraphe 38). La *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22, la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les télécommunications* sont les textes législatifs habilitants du CRTC. Chose importante, à part les enregistrements éphémères, le seul point de rencontre entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion* est celui qui a été considéré à l'occasion de l'affaire *Cogeco* : l'exception relative à la retransmission d'œuvres portées par des signaux locaux et éloignés aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ce seul point de rencontre, unique et limité, et quoi qu'il en soit, sans aucun lien avec les questions soulevées en l'espèce, ne fait pas de la *Loi sur le droit d'auteur* le texte législatif habilitant du CRTC.

[102] Le présent appel nécessite qu'une ligne de démarcation soit tracée entre la nature et la portée des droits de Bell aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*, et la question de savoir si le Code et l'Ordonnance empiètent sur ces droits. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une question de concurrence entre tribunaux, il s'agit néanmoins d'une question de régimes législatifs contradictoires ou concurrents. La norme de la décision correcte régit la question de savoir si l'application de l'alinéa 9(1)h) entre en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur* comme c'était le cas dans l'affaire *Cogeco*. Il s'agit là également de la conclusion de la Cour dans l'affaire *NFL*.

C. *Is the Code within the power of the CRTC under paragraph 9(1)(h) of the Broadcasting Act?*

[103] This appeal pivots on the intention of Parliament and whether Parliament intended, through paragraph 9(1)(h), to give the CRTC jurisdiction to enact measures directly affecting PUs.

[104] There are two competing interpretations. Bell says that the power in paragraph 9(1)(h) is narrow, confined to requiring the carriage of specific programs, and that it provides no legislative basis for intruding into “the economic terms of the carriage relationship” between BDUs and PUs. The respondents say that the textual and contextual readings of the provision support the Code. Both sides rely on the same principles of interpretation and both muster legislative history in support.

[105] To interpret paragraph 9(1)(h), we need to consider it in its “entire context and in [its] 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), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21, citing Elmer Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87). The exercise is one of text, context and purpose.

[106] I begin with the principles relevant to the interpretation of a general statutory power, such as the one contained in paragraph 9(1)(h), that is to be exercised in the furtherance of the objects established in the encompassing statute.

[107] Rothstein J. in *Cogeco* made clear that while the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* function to constrain the CRTC’s administrative decisions in that the CRTC must act with a view to implementing those objectives (*Cogeco*, at paragraphs 22, 25), it was not the case that any link, however tenuous, between a proposed action under section 9

C. *Le Code relève-t-il du pouvoir qui est conféré au CRTC par l’alinéa 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion?*

[103] Le nœud du présent appel réside dans l’intention du législateur et dans la question de savoir s’il était dans son intention, au moyen de l’alinéa 9(1)h, de donner au CRTC le pouvoir de promulguer des mesures touchant directement les EP.

[104] Il y a lieu de soulever deux interprétations concurrentes. Bell affirme que le pouvoir conféré par l’alinéa 9(1)h est étroit, qu’il se limite à exiger la distribution d’émissions précises et qu’il ne fournit aucun fondement législatif pour s’immiscer dans [TRADUCTION] « les modalités économiques de la relation de distribution » entre les EDR et les EP. Les intimées affirment que les interprétations textuelles et contextuelles de la disposition vont dans le sens du Code. Les deux parties s’appuient sur les mêmes principes d’interprétation et ont rassemblé des éléments puisés dans l’historique législatif sur lequel elles se fondent.

[105] Pour interpréter l’alinéa 9(1)h, nous devons le considérer « dans [son] 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 » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, citant Elmer Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87). La démarche en est une d’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi.

[106] Je commence avec les principes relatifs à l’interprétation d’un pouvoir réglementaire général, tel que celui conféré par l’alinéa 9(1)h, lequel doit être exercé dans la poursuite des objets consacrés globalement par la loi.

[107] Le juge Rothstein, à l’occasion de l’affaire *Cogeco*, a clairement indiqué que, bien que les objectifs de politique énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* aient pour but de circonscrire les décisions administratives du CRTC en ce que le CRTC doit intervenir de façon à mettre en œuvre ces objectifs (*Cogeco*, aux paragraphes 22 et 25), il serait faux

and a policy objective in subsection 3(1) would suffice (*Cogeco*, at paragraph 25). If the only constraint on the CRTC's licensing powers was whether the CRTC's action goes towards a broadcasting policy objective identified in subsection 3(1), "[t]his would be akin to unfettered discretion" (*Cogeco*, at paragraph 28). As Bastarache J. stated in paragraph 50 of *ATCO*, an administrative decision maker's discretion is:

... to be exercised within the confines of the statutory regime and principles generally applicable to regulatory matters, for which the legislature is assumed to have had regard in passing that legislation (see Sullivan, at pp. 154–155).

[108] If a reading of "the *Broadcasting Act* in its entire context reveals that the [Wholesale Code] is too great a stretch from the core purposes intended by Parliament and from the powers granted to the CRTC under the *Broadcasting Act*" (*Cogeco*, at paragraph 33), then the Wholesale Code must be found to be *ultra vires*. However, the Supreme Court has also emphasized that while "courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes" (*ATCO*, at paragraph 50 citing *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, (1989), 60 D.L.R. (4th) 682 (*Bell Canada* (1989)), at page 1756.

[109] Applying these principles, I have concluded that the Order, and the Code which it makes binding, are not "too great a stretch" from what Parliament intended, but in fact are directly within its contemplation.

[110] Paragraph 9(1)(h) provides:

d'affirmer que l'existence d'un lien, aussi ténu soit-il, entre un règlement projeté aux termes de l'article 9 et un objectif de politique énuméré au paragraphe 3(1) constitue un critère suffisant (*Cogeco*, au paragraphe 25). Si la seule contrainte imposée aux pouvoirs d'attribution de licences du CRTC était celle de savoir si le règlement du CRTC favorise la réalisation de l'objectif de politique concernant la radiodiffusion énoncé au paragraphe 3(1), « [cela] reviendrait à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité » (*Cogeco*, au paragraphe 28). Comme le juge Bastarache l'a observé au paragraphe 50 de l'arrêt *ATCO*, un pouvoir discrétionnaire du décideur administratif doit être :

[...] exerc[é] en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois (voir Sullivan, p. 154–155).

[108] Si une lecture de « la *Loi sur la radiodiffusion* qui tient compte du contexte global de celle-ci que le [Code sur la vente en gros] constitue une mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux visés par le législateur et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* » (*Cogeco*, au paragraphe 33), le Code sur la vente en gros doit être déclaré *ultra vires*. Cependant, la Cour suprême a également souligné que bien que « les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste » (*ATCO*, au paragraphe 50 citant *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722 (*Bell Canada* (1989)), à la page 1756.

[109] Appliquant ces principes, je conclus que l'Ordonnance, et le Code qui la rend obligatoire, ne constitue pas « une mesure trop éloignée » de l'intention du législateur, mais est en fait directement visée par cette intention.

[110] L'alinéa 9(1)(h) dispose :

General Powers**Licences, etc.**

9 (1) Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

...

(h) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

[111] Although the power in paragraph 9(1)(h) must only be exercised in furtherance of its objects, this does not expand its reach. However broad the objects may be, the provision only authorizes the CRTC to order BDUs “to carry ... programming services” on certain terms and conditions. Those terms and conditions, contained in the Code, are circumscribed or constrained by the necessary requirement that they relate to the carriage of programming services.

[112] Paragraph 9(1)(h) does not expressly grant authority to the CRTC to impose terms and conditions on the negotiation of affiliation agreements and their content. This much is clear. On an ordinary and literal reading of the text, paragraph 9(1)(h) only authorizes the CRTC to impose terms and conditions in respect of programming services upon BDUs, which are expressly mentioned, and not on PUs which are not mentioned.

[113] This does not end the analysis. The context is also to be considered. A provision which confers jurisdiction cannot be read in isolation (*Cogeco*, at paragraph 29).

[114] Paragraph 9(1)(h) begins with “[s]ubject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects [perform the actions set out in subsection 9(1)]”. The CRTC’s objects, which are expressly set out in subsection 5(1), include “regulat[ing] and supervis[ing] all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”. Given that paragraph 9(1)(h) and subsection 5(1) are both located in Part II [sections 5 to 34]:

Pouvoirs généraux**Catégories de licences**

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l’exécution de sa mission :

[...]

h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu’il précise.

[111] Bien que le pouvoir conféré par l’alinéa 9(1)(h) ne doit être exercé que de manière à promouvoir ses objets, cela n’en élargit pas la portée. Quelle que soit leur portée, cette disposition n’autorise le CRTC qu’à ordonner aux EDR « [d’]offrir [...] [des] services de programmation » selon certaines modalités et conditions. Ces modalités et conditions, énoncées dans le Code, sont circonscrites ou limitées par l’exigence nécessaire que ces objets se rapportent à la prestation de services de programmation.

[112] L’alinéa 9(1)(h) n’accorde pas explicitement au CRTC le pouvoir d’imposer des modalités et conditions relativement à la négociation des ententes d’affiliation et à leur teneur. Cela au moins est clair. Selon une interprétation simple et littérale du texte, l’alinéa 9(1)(h) n’autorise le CRTC qu’à imposer aux EDR des modalités et des conditions à l’égard des services de programmation, lesquelles sont expressément énoncées, et non aux EP qui ne sont pas mentionnées.

[113] L’analyse ne s’arrête pas là. Le contexte doit également être pris en considération. Une disposition qui confère une compétence ne peut être lue de façon isolée (*Cogeco*, au paragraphe 29).

[114] L’alinéa 9(1)(h) commence par ces mots : « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l’exécution de sa mission [prendre les mesures énoncées au présent paragraphe] ». Les objets du CRTC, qui sont expressément énoncés au paragraphe 5(1), portent sur « [la] réglement[ation] et [la] surveill[ance] [de] tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion [décrits au paragraphe 3(1)] ». Étant donné

“Objects and Powers of the Commission in Relation to Broadcasting” and that paragraph 9(1)(h) is located under the heading of “General Powers”, it is fair to conclude one of the purposes of paragraph 9(1)(h) is to grant the CRTC a power that will facilitate or enable it to discharge the objects under subsection 5(1). One of those objects is to implement the broadcasting policy defined by Parliament in subsection 3(1).

[115] When paragraph 9(1)(h) is situated in the context of the *Broadcasting Act* and the express linkages Parliament made between BDUs and PUs, the ability of the CRTC to regulate their interrelationships becomes apparent.

[116] Support for this can be found in various provisions of the *Broadcasting Act*, beginning with the definitions in subsection 2(1):

distribution undertaking means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking; (*entreprise de distribution*)

...

programming undertaking means an undertaking for the transmission of programs, either directly by radio waves or other means of telecommunication or indirectly through a distribution undertaking, for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus; (*entreprise de programmation*)

[117] These definitions tell us that PUs are the source of the “programming services” which the BDUs distribute. They also tell us that a BDU retransmits programming which it receives. A BDU does not produce programming services, otherwise it would be a PU.

[118] The conclusion which can be drawn from these definitions is that Parliament understood the interrelationship between a BDU and a PU and that, as the “carriage”

que l’alinéa 9(1)h) et le paragraphe 5(1) figurent tous deux à la partie II [articles 5 à 34] qui s’intitule « Mission et pouvoirs du conseil en matière de radiodiffusion » et que l’alinéa 9(1)h) figure sous le titre de « Pouvoirs généraux », il est légitime de conclure que l’un des objets de l’alinéa 9(1)h) est d’accorder au CRTC un pouvoir qui lui permettra d’accomplir les objets prévus au paragraphe 5(1). L’un de ces objets est de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion définie par le législateur au paragraphe 3(1).

[115] Lorsque l’alinéa 9(1)h) est lu au regard du contexte de la *Loi sur la radiodiffusion* et des liens manifestes que le législateur a établis entre les EDR et les EP, la capacité du CRTC de réguler leurs interrelations apparaît évidente.

[116] Militent en faveur de cette conclusion diverses dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*, en commençant par les définitions figurant au paragraphe 2(1) :

entreprise de distribution Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable. (*distribution undertaking*)

[...]

entreprise de programmation Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur. (*programming undertaking*)

[117] Ces définitions nous apprennent que les EP sont la source des « services de programmation » que les EDR distribuent. Ces définitions nous apprennent également qu’une EDR retransmet la programmation qu’elle reçoit. Une EDR ne produit pas de services de programmation, sinon il s’agirait d’une EP.

[118] La conclusion qui peut être tirée de ces définitions est que le législateur a compris l’interrelation entre une EDR et une EP et que, comme la « fourniture » des

of “programming services” always depends on a PU, there will, of necessity, be consequences for PUs. The terms and conditions on which BDUs carry “programming services” directly and indirectly shape, and in some cases dictate, the content of affiliation agreements with the consequence that any order directed at the carriage of programming services by BDUs necessarily will affect PUs. It is impossible for it to be otherwise.

[119] Other provisions of the *Broadcasting Act* also demonstrate Parliament’s understanding of the necessary interrelationship between the broadcasting policy, BDUs and PUs in respect of programming services. Subparagraph 3(1)(t)(iii) is instructive. It reflects Parliament’s appreciation of the necessary, practical interaction between the two entities:

Declaration

3 (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

...

(t) distribution undertakings

...

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services, and

[120] In the same vein, paragraph 10(1)(g) authorizes the CRTC to make regulations “respecting the carriage of any foreign or other programming services by distribution undertakings”. Paragraph 10(1)(k) provides that the CRTC may make regulations “respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects”. Subparagraph 9(1)(b)(i) and paragraphs 9(1)(a) and 9(1)(c) give the CRTC broad authority to issue licences subject to such conditions “as the Commission deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”, to establish classes of licences and to amend conditions thereof.

« services de programmation » dépend toujours d’une EP, il y aura nécessairement des conséquences pour celle-ci. Les modalités et conditions aux termes desquelles les EDR offrent des « services de programmation » forment directement et indirectement, et dans certains cas dictent, la teneur des ententes d’affiliation et en conséquence, toute ordonnance visant la prestation de services de programmation par les EDR aura nécessairement une incidence sur les EP. Il ne peut en être autrement.

[119] D’autres dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* démontrent également la compréhension par le législateur de l’interdépendance nécessaire entre la politique de radiodiffusion, les EDR et les EP à l’égard des services de programmation. Le sous-alinéa 3(1)(t)(iii) est éclairant. Il reflète l’appréciation par le législateur de l’interaction nécessaire et pratique entre les deux entités :

Politique canadienne de radiodiffusion

3 (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion :

[...]

t) les entreprises de distribution :

[...]

(iii) devraient offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d’un contrat, par les entreprises de radiodiffusion,

[120] Dans le même ordre d’idées, l’alinéa 10(1)(g) autorise le CRTC à prendre des règlements pour « régir la fourniture de services de programmation — même étrangers — par les entreprises de distribution ». L’alinéa 10(1)(k) prévoit que le CRTC peut, par règlement, « prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission ». Les alinéas 9(1)(b), 9(1)(a) et 9(1)(c) accordent au CRTC le pouvoir de délivrer des licences sous réserve de conditions « qu’il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion », d’établir des catégories de licences et de modifier les conditions de celles-ci. Le vaste pouvoir discrétionnaire

The broad discretion granted under both the licensing and regulation making sections of the *Broadcasting Act* reinforces the importance that paragraph 9(1)(h) not be given an overly technical interpretation of the kind the Supreme Court has cautioned against (*Bell Canada* (1989), at page 1756).

[121] The appellants and respondents both point to the legislative history of paragraph 9(1)(h) to support their positions. Bell says that the paragraph was enacted for a narrow purpose—to prevent cable companies from acting as gatekeepers and thwarting the objectives of the *Broadcasting Act* (House of Commons Standing Committee on Communications and Culture, *Sixth Report to the House: Recommendations for a New Broadcasting Act* (Ottawa: Queen’s Printer for Canada, 1987), at page 77). As noted by the Department of Communications during clause by clause review before the Committee:

... This is one of the clauses in which the “cable-as-gatekeeper” problem is addressed. It ensures that the cable industry cannot frustrate the licensing of new satellite to cable services simply by refusing to carry them.

[122] The Standing Committee also observed that the clause would “enable the CRTC to ensure equitable treatment for all licensed services in those situations where a cable company [i.e., a BDU] is allowed to invest in certain programming services and allegations are made that the cable company is giving its services preferential treatment”. The Committee also recommended that:

The CRTC should be given the power to arbitrate the terms and conditions contained in affiliation agreements between distribution undertakings and network operators.

[123] This recommendation was ultimately adopted in the form of paragraph 10(1)(h) which demonstrates Parliament’s intention to give the CRTC authority to regulate aspects of the commercial relationship between PUs and BDUs.

accordé aux termes des articles portant sur l’attribution de licences et de réglementation de la *Loi sur la radiodiffusion* confirme l’importance de ne pas donner à l’alinéa 9(1)h l’interprétation trop formaliste contre laquelle la Cour suprême a mis en garde (*Bell Canada* (1989), à la page 1756).

[121] Les appelantes et les intimées invoquent toutes deux l’historique législatif de l’alinéa 9(1)h à l’appui de leurs thèses. Bell affirme que l’alinéa a été promulgué dans le but précis d’empêcher les entreprises de câblodistribution d’intervenir à titre de gardiens et de contrecarrer les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* (Comité permanent des communications et de la culture, *Recommandations concernant une nouvelle loi sur la radiodiffusion : le sixième rapport à la Chambre* (Ottawa : Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1987, à la page 77). Comme l’a indiqué le ministère des Communications au cours de l’étude article par article du projet de loi devant le comité :

[TRADUCTION] [...] C’est l’une des clauses portant sur le problème relatif aux entreprises de câblodistribution en tant que gardiens. Elle veille à ce que l’industrie du câble ne puisse empêcher l’octroi de licences à de nouveaux services par satellite et par câble en refusant simplement de les fournir.

[122] Le Comité permanent a également fait observer que cet article [TRADUCTION] « permettrait au CRTC d’assurer un traitement équitable pour tous les services autorisés dans les situations où une entreprise de câblodistribution [c.-à-d., une EDR] est autorisée à investir dans certains services de programmation et qu’il y a des allégations selon lesquelles l’entreprise de câblodistribution donne à ses services un traitement de faveur ». Le Comité a également fait la recommandation suivante :

Le CRTC devrait avoir le pouvoir d’arbitrer les modalités et conditions contenues dans les ententes d’affiliation entre les entreprises de distribution et les opérateurs de réseau.

[123] Cette recommandation a finalement été adoptée sous la forme de l’alinéa 10(1)h qui révèle l’intention du législateur de donner au CRTC le pouvoir de réglementer certains aspects de la relation commerciale entre les EP et les EDR.

[124] I accept that the purpose of paragraph 9(1)(h) is to address the role of a BDU as gatekeeper. But a “gatekeeper” some 30 years ago was markedly different and wonderfully simple compared to today. As the Code explains, in considerable detail, “programming services” can be affected by a range of issues, particularly in the context of vertical integration of BDUs and PUs and in an era where there are multiple modes or platforms by which programming services can be delivered.

[125] I do not accept, therefore, Bell’s argument that the legislative history demonstrates that paragraph 9(1)(h) is limited to an ability to direct a BDU to carry a specific channel. Situating paragraph 9(1)(h) in its context, and giving it a large, liberal and purposive interpretation as consistent with the objects of the *Broadcasting Act*, I conclude that it encompasses the Order and measures in the Code. The respondents’ interpretation of paragraph 9(1)(h) freezes the language as the industry and technology in 1985.

[126] I have concluded, on the basis of the context within which paragraph 9(1)(h) is situated, that the Order and the Code which it implements, are within the CRTC’s jurisdiction. Also, I find that the power to regulate programming undertakings is necessarily implied in the express language of the provision.

[127] Paragraph 9(1)(h) “can be understood to include ‘by necessary implication’ all that is needed to enable the [CRTC] to achieve the purpose for which the power was granted”, and that “[l]egislative silence with respect to a matter does not necessarily amount to a gap in the legislative scheme” [footnote omitted] (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014) (Sullivan), at pages 298, 386). As Bastarache J. observed in *ATCO*, at paragraph 51, the “doctrine of jurisdiction by necessary implication” functions to ensure that:

.... the powers conferred by an enabling statute are construed to include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically

[124] Je retiens l’idée que l’objet de l’alinéa 9(1)(h) porte sur le rôle d’une EDR à titre de gardienne. Mais le rôle de « gardien » il y a environ 30 ans était nettement différent et merveilleusement simple par rapport à aujourd’hui. Comme le Code l’explique, avec moult détails, les « services de programmation » peuvent être touchés par une série de questions, en particulier dans le cadre de l’intégration verticale des EDR et des EP et à une époque où il existe plusieurs modes ou plateformes par lesquels les services de programmation peuvent être livrés.

[125] Je n’accepte pas, par conséquent, la thèse de Bell portant qu’il ressort de l’historique législatif que l’alinéa 9(1)(h) est limité à la capacité d’ordonner à une EDR de fournir une chaîne particulière. En lisant l’alinéa 9(1)(h) au regard du contexte, et en lui donnant une interprétation large, libérale et téléologique conforme aux objets de la *Loi sur la radiodiffusion*, je conclus qu’il englobe l’Ordonnance et les mesures prévues au Code. L’interprétation par les intimées de l’alinéa 9(1)(h) fige le libellé de celui-ci en 1985, comme s’il visait l’industrie et la technologie de l’époque.

[126] Je conclus, à la lumière du contexte de l’alinéa 9(1)(h), que l’Ordonnance et le Code qu’elle met en œuvre relèvent du pouvoir du CRTC. De plus, je conclus que le pouvoir de réglementer les entreprises de programmation découle nécessairement de manière implicite du texte spécifique de cette disposition.

[127] L’alinéa 9(1)(h) [TRADUCTION] « peut être interprété comme englobant, par ‘déduction nécessaire’, tout ce qui est requis pour que le [CRTC] puisse accomplir l’objet du pouvoir qui lui a été accordé » [note en bas de page omise] et que « le silence de la loi concernant une question n’équivaut pas nécessairement à une lacune du régime législatif » (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014) (Sullivan), aux pages 298 et 386)). Comme le juge Bastarache l’a fait observer dans l’arrêt *ATCO*, au paragraphe 51, vu la « doctrine de la compétence par déduction nécessaire » :

[...] sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont

necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime created by the legislature

[128] Notwithstanding these broad statements of principle, it is axiomatic that the doctrine of necessary implication can only be employed where it is consistent with Parliament's intention. The doctrine cannot be applied where the power is useful, beneficial, or "nice to have"; rather, it is triggered only where the Court is satisfied that, based on the authority granting provisions of the legislation, it is a power that Parliament intended the CRTC to have. I have found that reading the *Broadcasting Act*, in accordance with the governing principle, Parliament intended paragraph 9(1)(h) to affect, directly and incidentally, the interests of PUs.

[129] Parliament has stated that the purpose of paragraph 9(1)(h) is to enable the CRTC to fulfill its statutory mandate under subsection 5(1). Since the terms and conditions of affiliation agreements directly dictate the terms on which consumers are offered programming services, by necessary implication paragraph 9(1)(h) must include the ability to affect affiliation agreements.

[130] Thus, the question is whether the power to regulate affiliation agreements is "practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime by the legislature" (*ATCO*, at paragraph 51). In paragraph 77 of *ATCO*, the Supreme Court suggested an evidentiary requirement to a finding of necessary implication. The evidence should be sufficient to conclude that the measures in the Code are "practical necessit[ies]" for the CRTC to achieve the objectives in subsections 3(1) and 5(1) through its ability to impose terms and conditions on programming services.

[131] Of this, there is ample. The dialogue between the CRTC, BDUs and PUs began in 2013, when a multi-year consultation (*Lets Talk TV* [(19 March 2015), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-96]) was launched. At the conclusion of the process the CRTC observed [at paragraphs 84 and 86]:

de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif [...]

[128] En dépit de ces larges formules de principe, le droit est bien fixé : la doctrine de la déduction nécessaire ne peut servir que lorsqu'elle est conforme à l'intention du législateur. Cette doctrine ne peut jouer lorsque le pouvoir est utile, bénéfique ou « agréable à avoir »; au contraire, elle ne peut jouer que si la Cour conclut, en se fondant sur les dispositions de la loi qui constituent la source de la compétence, qu'il s'agit d'un pouvoir que le législateur a voulu conférer au CRTC. Je conclus qu'à la lecture de la *Loi sur la radiodiffusion*, en conformité avec le principe directeur, le législateur avait pour intention que l'alinéa 9(1)h vise, directement et accessoirement, les intérêts des EP.

[129] Le législateur a déclaré que l'objet de l'alinéa 9(1)h est de permettre au CRTC de remplir sa mission en application du paragraphe 5(1). Puisque les modalités et conditions des ententes d'affiliation dictent directement les modalités selon lesquelles les services de programmation sont offerts aux clients, par déduction nécessaire, l'alinéa 9(1)h doit inclure la possibilité d'influencer les ententes d'affiliation.

[130] Ainsi, la question est de savoir si le pouvoir de réglementer des ententes d'affiliation est « de fait nécessaire à la réalisation de l'objectif du régime législatif » (*ATCO*, au paragraphe 51). Au paragraphe 77 de l'arrêt *ATCO*, la Cour suprême a avancé des exigences en matière de preuve relativement à une conclusion de déduction nécessaire. Les éléments de preuve doivent être suffisants pour conclure que les mesures prévues dans le Code ont une « nécessité pratique » permettant ainsi au CRTC d'atteindre les objectifs consacrés par les paragraphes 3(1) et 5(1) par sa capacité d'imposer des modalités et conditions aux services de programmation.

[131] Ces éléments de preuve sont assez nombreux. Le dialogue entre le CRTC, les EDR et le EP a commencé en 2013, lorsqu'une consultation sur plusieurs années (*Parlons télé* [(19 mars 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-96]) a été lancée. À l'issue de ce processus, le CRTC a fait remarquer ce qui suit [aux paragraphes 84 et 86] :

... vertically integrated entities have insisted on provisions in affiliation agreements that preclude a BDU from being able to offer programming services on an individual basis or in small packages. ... contract renewals with such entities have included restrictive packaging and pricing demands. ...

...

As a result, changes to the [2011] Wholesale Code are required to ensure that affiliation agreements cannot be used to insulate services from choice and flexibility within the retail market. Changes to the [2011] Wholesale Code are also required to ensure that all services, including independent services, are discoverable and able to make their programming available on fair terms, thus fostering greater diversity within the system and ultimately greater choice for Canadians.

[132] Limiting paragraph 9(1)(h) to BDUs or, hermetically sealing it such that the exercise of that power could have no consequence on PUs would trigger the well-established category of absurdity or of frustrating Parliament's purpose (Sullivan, at pages 288, 320). It would defeat the purpose of ensuring the broadcasting industry is regulated according to the policies set out in subsection 3(1) and by a single regulator (*Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199, at paragraph 72). The CRTC could not effectively impose broadcasting policy on the distribution of programming services without regulating affiliation agreements, either through a mechanism like the 2015 Wholesale Code or through conditions of licence. The jurisdiction therefore necessarily extends to both participants in the carriage relationship because there must always be a PU which generates the content of "programming services".

D. *Does the Code conflict, in operation or purpose, with the Copyright Act?*

[133] Bell asserts a dual violation of the *Copyright Act*. It contends that the Code precipitates an operational conflict with paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the

[...] des entités verticalement intégrées insistent pour ajouter aux ententes d'affiliation des clauses empêchant les EDR d'offrir des services de programmation à titre individuel ou en petits forfaits [...] [I]es récents renouvellements de contrat avec de telles entités comprennent des exigences de prix et d'assemblage restrictives [...]

[...]

Ainsi, il est nécessaire de modifier le Code [de 2011] pour s'assurer que les ententes d'affiliation ne puissent pas être utilisées de manière à isoler des services contre la mise en place d'un plus grand choix et d'une plus grande souplesse dans le marché de détail. Des modifications au Code [de 2011] sont également nécessaires afin de s'assurer que tous les services, y compris les services indépendants, sont découvrables et peuvent rendre leur programmation disponible selon de justes modalités, encourageant ainsi la diversité au sein du système et, au final, un plus grand choix pour les Canadiens.

[132] Restreindre l'application de l'alinéa 9(1)(h) aux EDR ou le sceller hermétiquement de telle sorte que l'exercice de ce pouvoir n'aurait aucune conséquence sur les EP ferait jouer la catégorie bien établie de l'absurdité ou celle de l'entrave à l'objectif du législateur (Sullivan, aux pages 288 et 320). Il serait contraire à l'objet de s'assurer que l'industrie de la radiodiffusion est régie selon les règles énoncées au paragraphe 3(1) et par un seul organisme de réglementation (*Genex Communications Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 283, [2006] 2 R.C.F. 199, au paragraphe 72). Le CRTC n'a pas pu imposer efficacement la politique de la radiodiffusion sur la distribution de services de programmation sans réglementer les ententes d'affiliation, soit par le truchement d'un mécanisme comme le Code sur la vente en gros, soit par le truchement de conditions de licence. La compétence vise donc nécessairement les deux participants à la relation en ce qui concerne la prestation des services de programmation parce qu'il doit toujours y avoir une EP qui génère le contenu des « services de programmation ».

D. *Le Code est-il contraire à l'application ou à l'objectif de la Loi sur le droit d'auteur?*

[133] Bell soutient qu'il y a double conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle soutient que le Code donne lieu à un conflit avec l'alinéa 3(1)(f) et le paragraphe 13(4) de

Copyright Act. Bell also says that the Code intrudes on its sole, unfettered rights under these provisions to telecommunicate or to authorize telecommunication of its works and to set the terms and conditions under which it will consent to the telecommunication of its works.

[134] The second arrow in Bell's quiver is that the Code conflicts with the purpose of the *Copyright Act* and the carefully balanced regime contained within by creating a new user right for BDUs that Parliament specifically withheld from subsection 31(2).

[135] To elaborate, subsection 31(2) of the *Copyright Act* limits the user right of BDUs to retransmit works without the authorization of the copyright owner only if the works are carried in local or distant (that is, over-the-air) signals. In other words, subsection 31(2) of the *Copyright Act* provides an exception to copyright infringement for a BDU to retransmit a work only if the communication is a retransmission of a local or distant signal. Thus, by creating the functional equivalent of a user right to retransmit programs carried on pay and specialty signals, the Code upsets the balance between copyright holders and users on which Parliament has settled.

[136] I turn to Bell's first argument, that of an operational conflict with respect to paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4).

[137] An operational conflict arises where there is an impossibility of compliance between two applicable laws. Mere overlap is insufficient and, as a matter of principle, a court will seek to interpret legislation such that conflict is avoided. This flows from the imperative that legislation is to be interpreted so as to achieve consistency and coherence between laws. In consequence, operational conflicts will be rare (*Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at paragraphs 92–96).

[138] Paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* provides that "copyright" includes:

la *Loi sur le droit d'auteur*. Bell affirme également que le Code empiète les droits uniques et absolus, qu'elle tire de ces dispositions, de télécommuniquer ses œuvres, ou d'en autoriser la télécommunication, et de définir les modalités et conditions aux termes desquelles elle consentit à la télécommunication de ses œuvres.

[134] La deuxième corde à l'arc de Bell est que le Code entre en conflit avec l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* et le régime soigneusement équilibré qui y est consacré par la création d'un nouveau droit d'utilisateur pour les EDR que le législateur a expressément supprimé du paragraphe 31(2).

[135] Plus précisément, le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne limite le droit d'utilisateur qui permet aux EDR de retransmettre des œuvres sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur que si les œuvres sont portées par des signaux locaux ou éloignés (c'est-à-dire, en direct). En d'autres termes, le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne prévoit une exception à la violation du droit d'auteur lors de la retransmission par une EDR d'une œuvre que si la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné. Ainsi, en créant l'équivalent fonctionnel d'un droit d'utilisateur de retransmettre des émissions diffusées sur des signaux de télévision payante et spécialisée, le Code rompt l'équilibre que le législateur a établi entre les titulaires de droits d'auteur et les utilisateurs.

[136] Je me pencherai sur le premier moyen de Bell, soit celui portant sur le conflit avec l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4).

[137] Il y a conflit lorsqu'est impossible l'observation de deux lois applicables. Un simple chevauchement est insuffisant et, en principe, le juge s'efforce d'interpréter les lois de manière à ce que le conflit soit évité. Cela découle de l'impératif voulant que la législation soit interprétée de façon à assurer l'uniformité et la cohérence des lois. En conséquence, les conflits sont rares (*Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, aux paragraphes 92 à 96).

[138] L'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose que le « droit d'auteur » comprend :

Copyright in works

3 (1) For the purposes of this Act, *copyright*, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

...

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

...

and to authorize any such acts.

[139] Subsection 13(4) of the *Copyright Act* provides further rights to the copyright holder:

13 (1) ...**Assignment and licences**

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

[140] Bell contends that through paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*, Parliament gave to it, as the owner of copyright in its programs, exclusive rights which the Code fetters or negates. Bell states this gives rise to an operational conflict because the CRTC has “set itself up as the ultimate arbitrator of the price and commercial terms of carriage” which means that Bell, as a PU, is unable to exercise its “sole right” to telecommunicate or to authorize telecommunication of its works and to license the use of its works with limitations, including rates, as it sees fit—rights provided to Bell as a copyright holder under paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4).

Droit d’auteur sur l’œuvre

3 (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

[...]

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

[...]

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

[139] Le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur* confère d’autres droits au titulaire du droit d’auteur :

13 (1) [...]**Cession et licences**

(4) Le titulaire du droit d’auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d’une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n’est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l’objet, ou par son agent dûment autorisé.

[140] Bell soutient que, avec l’alinéa 3(1)f) et au paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*, le législateur lui a donné, à titre de titulaire de droit d’auteur dans ses émissions, des droits exclusifs que le Code limite ou nie. Bell affirme que cela donne lieu à un conflit parce que le CRTC [TRADUCTION] « s’est posé en arbitre de dernier recours quant au prix et aux conditions commerciales de la fourniture de services de programmation », ce qui signifie que Bell, en tant qu’EP, n’est pas en mesure d’exercer son « droit exclusif » de télécommuniquer ses œuvres, ou d’en autoriser la télécommunication, et d’octroyer sous licence le droit d’utiliser ses œuvres avec des restrictions, y compris ses tarifs, comme elle

[141] Bell also points to paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act* to argue that the Code, in restricting the commercial terms and prohibitions permitted in affiliation agreements and requiring that others be included, fetters, binds or derogates from the copyright holder's "sole right" to authorize the use of its work and to set the terms and conditions of any assignment or licence for its use.

[142] Bell puts considerable emphasis on the loss of control it has over the price it receives for the use of its works. It claims that the dispute resolution mechanism by which the CRTC sets the rate Bell receives for the use of its copyright conflicts with its exclusive right as the owner. This argument depends on the accuracy of Bell's characterization of the dispute resolution mechanism contained in the Code and whether it in fact trenches on the clear right of the owner to set the terms and conditions, including price, of use.

[143] While Bell is correct that the 2015 Wholesale Code has a direct impact on the content and terms of affiliation agreements, Bell's understanding of the Code and of the dispute resolution mechanism is incorrect. The Code does not allow the CRTC to set the specific rates and *specific terms* of affiliation agreements contrary to the wishes of a PU. While demanding "an unreasonable rate" is a commercially unreasonable practice under paragraph 5(a), the only *terms* the 2015 Wholesale Code *requires* in affiliation agreements are: (i) that BDUs provide comparable marketing support to programming services as is given to similar or related services (section 10); and (ii) that related PUs and BDUs offer independent programming services and other BDUs "reasonable terms based on fair market value" in relation to multiplatform distribution rights (sections 11 and 12).

l'entend — des droits dont dispose Bell en tant que titulaire de droit d'auteur aux termes de l'alinéa 3(1)f) et du paragraphe 13(4).

[141] Bell s'appuie également sur l'alinéa 3(1)f) et sur le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* pour soutenir que le Code, en restreignant les modalités commerciales et les interdictions autorisées aux termes d'ententes d'affiliation et en exigeant que d'autres modalités soient incluses, limite le « droit exclusif » du titulaire du droit d'auteur d'autoriser l'utilisation de ses œuvres et de définir les modalités et conditions de toute cession ou licence d'utilisation, ou nie ce droit ou y déroge.

[142] Bell insiste beaucoup sur sa perte de contrôle quant au prix qu'elle reçoit pour l'utilisation de ses œuvres. Elle soutient que le mécanisme de règlement des différends par lequel le CRTC fixe le taux que Bell reçoit pour l'utilisation de ses droits d'auteur est en conflit avec le droit exclusif dont elle dispose à titre de titulaire. Cette thèse dépend de la validité de la qualification par Bell du mécanisme de règlement des différends prévu dans le Code et de la question de savoir s'il empiète en réalité sur le droit indéniable du titulaire de fixer les modalités et conditions d'utilisation et d'en établir le prix.

[143] Bien que Bell affirme à juste titre que le Code sur la vente en gros de 2015 a une incidence directe sur la teneur et les modalités des ententes d'affiliation, sa lecture du Code et de son mécanisme de règlement des différends n'est pas fondée. Le Code ne permet pas au CRTC de fixer les taux particuliers et les *conditions précises* des ententes d'affiliation contrairement aux vœux d'une EP. Bien qu'exiger « un taux déraisonnable » constitue une pratique déraisonnable sur le plan commercial aux termes de l'alinéa 5a), les seules *modalités* que le Code sur la vente en gros de 2015 *exige* dans les ententes d'affiliation sont les suivantes : (i) que les EDR offrent un soutien en matière de commercialisation qui soit comparable à celui qu'elle accorde à d'autres services semblables ou qui lui sont liés (article 10); et (ii) que les EDR et les EP connexes offrent aux services de programmation indépendants et à d'autres EDR « des modalités d'accès raisonnables fondées sur la juste valeur marchande » pour les droits de distribution multiplateformes (articles 11 et 12).

[144] Further, the only time the CRTC establishes a *specific rate* is when it chooses one of the parties' final offers in accordance with the dispute resolution procedure set out in the *Broadcasting Distribution Regulations*. This arises, however, only after *both* of the parties have agreed to renew an agreement, but cannot agree on price. Section 13 of the Code provides:

13. If a BDU has not renewed an affiliation agreement to which it is a party with a programming service by 120 days preceding the expiry date of the agreement and if **both parties have** confirmed in writing **their** intention to renew the agreement, the parties shall refer the matter to the Commission for dispute resolution under sections 12 to 15 of the *Broadcasting Distribution Regulations*. [Emphasis added.]

[145] Moreover, choosing a specific rate only arises after the parties have been unsuccessful in non-binding staff-assisted mediation (*Broadcasting Distribution Regulations*, subsection 12(4), section 15) and after the CRTC has ensured that the parties have submitted comparable offers ([*Practices and procedures for staff-assisted mediation, final offer arbitration and expedited hearing* (28 November 2013)] *Broadcasting and Telecom Information Bulletin CRTC 2013-637* (Ottawa: CRTC, 2013), at paragraphs 12–26).

[146] Accordingly, the 2015 Wholesale Code does not permit the CRTC to fix the price nor does it authorize a BDU to retransmit a program *without the consent of a PU*. While the terms of the affiliation agreement are circumscribed by the 2015 Wholesale Code, the PU must still consent to enter into an agreement with a BDU or consent to renew an existing agreement that authorizes the telecommunication of the content.

[147] To conclude, some provisions of the Wholesale Code constrain how the copyright holder may exercise its copyright by limiting some of the terms and conditions it is allowed to include in the affiliation agreement. This does not violate paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4). The Code preserves the copyright holder's right to

[144] De plus, le seul moment où le CRTC établit un *taux particulier* est lorsqu'il choisit l'une des offres finales des parties conformément à la procédure de règlement des différends énoncée dans le *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*. Il en est cependant ainsi qu'après que les *deux* parties ont convenu de renouveler un contrat, mais qu'elles ne peuvent s'entendre sur le prix. L'article 13 du Code dispose :

13. Si une EDR n'a pas renouvelé une entente d'affiliation dont elle est une partie avec un service de programmation 120 jours avant la date d'expiration de cette entente, et si l'autre partie au contrat a confirmé par écrit son intention de renouveler l'entente, les parties doivent renvoyer l'affaire au Conseil et se soumettre au processus de règlement des différends en vertu des articles 12 à 15 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*. [Non souligné dans l'original.]

[145] En outre, le choix d'un taux particulier se pose seulement lorsque les parties n'ont pu s'entendre au terme d'une médiation assistée par le personnel à caractère non contraignant (*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, paragraphe 12(4), article 15) et après que le CRTC s'est assuré que les parties ont présenté des offres comparables ([*Pratiques et procédures concernant la médiation assistée par le personnel, l'arbitrage de l'offre finale et les audiences accélérées* (28 novembre 2013)] *Bulletin de radiodiffusion et de télécommunication CRTC 2013-637* (Ottawa : CRTC, 2013), aux paragraphes 12 à 26).

[146] En conséquence, le Code sur la vente en gros de 2015 ne permet pas au CRTC de fixer le prix et n'autorise pas une EDR à retransmettre une émission *sans le consentement d'une EP*. Bien que les modalités de l'entente d'affiliation soient circonscrites par le Code sur la vente en gros de 2015, l'EP doit encore consentir à conclure une entente avec une EDR ou consentir à renouveler une entente existante qui autorise la télécommunication du contenu.

[147] Pour conclure, certaines dispositions du Code sur la vente en gros restreignent la manière dont le titulaire du droit d'auteur peut exercer son droit d'auteur en limitant certaines des modalités et conditions que le titulaire est autorisé à inclure dans l'entente d'affiliation. Cela n'est pas contraire à l'alinéa 3(1)f) ou au

choose *whether* to communicate its work or not. The PU is free to reject the terms offered at any time. The PU is not compelled to enter into an affiliation agreement and retains control over how and when its works will be used. Bell retains its right to exclude anyone from using its works if it chooses to do so. Thus, adherence to both the Code and the *Copyright Act* is possible, and there is, therefore, no operational conflict between the Code and paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4) of the *Copyright Act*.

[148] In broad terms, Bell's argument proceeds from a misconception of the nature of copyright protection. Intellectual property rights exclude or prevent others from copying artistic creation or, in the case of patents, practicing an invention. The holder of a copyright or owner of a patent is not immune or exempt from laws of general application. While they enjoy the benefit of market exclusivity, they must nevertheless abide the rules governing the particular market in which they have chosen to participate.

[149] Support for this, if more is needed, can be found in *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197, at paragraph 23. There the Court considered whether the *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33, which permitted collective bargaining by artists for a minimum fee, conflicted with the *Copyright Act*. The Court concluded that establishing a minimum fee for the use of copyright did not affect the rights conferred on copyright holders under section 3 of the *Copyright Act*, as the decision of whether or not to allow the use of an artistic work remained with the copyright holder.

[150] The rights granted under the *Copyright Act*, in paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) are not unequivocal. They may be conditioned by other legislation with which the copyright intersects. Just as a patent owner has the right to exclude others from practicing the invention, patent owners are nonetheless governed by all other relevant laws (*Harvard College v. Canada (Commissioner*

paragraphe 13(4). Le Code préserve le droit du titulaire du droit d'auteur de choisir *s'il* doit communiquer ses œuvres ou non. L'EP est libre de rejeter les modalités offertes en tout temps. L'EP n'est pas tenue de conclure une entente d'affiliation et conserve le contrôle de la façon dont ses œuvres seront utilisées et à quel moment. Bell se réserve le droit d'empêcher toute personne d'utiliser ses œuvres si elle choisit de le faire. Ainsi, l'adhésion tant au Code qu'à la *Loi sur le droit d'auteur* est possible, et par conséquent, il n'y a aucun conflit entre le Code et l'alinéa 3(1)f) ou le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[148] En termes généraux, la thèse de Bell procède d'une conception erronée de la nature de la protection du droit d'auteur. Les droits de propriété intellectuelle empêchent autrui de copier la création artistique ou, dans le cas de brevets, de réaliser une invention. Le titulaire d'un droit d'auteur ou le titulaire d'un brevet n'est pas exempté des lois d'application générale. Bien que tous deux bénéficient de l'exclusivité du marché, ils doivent néanmoins respecter les règles régissant le marché particulier auquel ils ont choisi de prendre part.

[149] Au besoin, on peut aussi invoquer la doctrine de l'arrêt *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197, au paragraphe 23, qui va dans ce sens. La Cour a examiné la question de savoir si la *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33, qui permettait à des artistes de procéder à une négociation collective pour un tarif minimum, était en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour a conclu que l'établissement d'un tarif minimum aux fins d'utilisation du droit d'auteur n'a aucune incidence sur les droits conférés aux titulaires de droit d'auteur aux termes de l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, puisque la décision d'autoriser ou non l'utilisation d'une œuvre artistique incombe au titulaire du droit d'auteur.

[150] Les droits accordés par la *Loi sur le droit d'auteur* à l'alinéa 3(1)f) et au paragraphe 13(4) ne sont pas sans équivoque. Ils peuvent être conditionnés par d'autres lois avec lesquelles le droit d'auteur a des liens. Tout comme le titulaire du brevet a le droit d'empêcher autrui de réaliser une invention, il est néanmoins régi par toutes les autres lois pertinentes (*Harvard College*

of *Patents*), 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, at paragraph 64). The price at which patented pharmaceuticals are sold is regulated (see, for example, the Patented Medicine Prices Review Board, established under the *Patent Act* (R.S.C., 1985, c. P-4), sections 78–103). Another example of a limitation on intellectual property rights is found in section 32 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. It is not a defence to an allegation of anti-competitive conduct to assert that one is simply exercising an intellectual property right. The “sole right” of use (*Copyright Act*, subsection 3(1)) does not confer an immunity from other legislation.

[151] Bell also argues that a purpose conflict arises.

[152] A purpose conflict arises where, while it is possible to comply with the letter of both provisions, “applying one provision would frustrate the *purpose* intended by Parliament in another” [emphasis in original] (*Cogeco*, at paragraph 44). As the Supreme Court in *Cogeco*, stated at paragraph 45, “the CRTC may not choose means ... which would be incompatible with the purposes of [the *Copyright Act*]”.

[153] It is well-established that the purpose of the *Copyright Act* is to provide a “balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paragraph 30).

[154] To achieve this goal, the *Copyright Act* creates a statutory monopoly which prevents the exploitation of work in specified ways without the copyright holder’s consent. As noted above, paragraph 3(1)(f) recognizes the sole right to authorize the use of its work, and includes the sole right to exploit the full value of the work.

c. Canada (Commissaire aux brevets), 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45, au paragraphe 64). Le prix auquel les produits pharmaceutiques brevetés sont vendus est réglementé (voir, par exemple, le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, établi en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4), articles 78 à 103). Un autre exemple d’une limitation des droits de propriété intellectuelle se trouve à l’article 32 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Affirmer que l’on exerce simplement un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un moyen de défense à une allégation de conduite anticoncurrentielle. Le « droit exclusif » d’utilisation (*Loi sur le droit d’auteur*, paragraphe 3(1)) ne confère pas l’immunité contre les autres lois.

[151] Bell a également fait valoir qu’il existe une incompatibilité téléologique.

[152] Il y a incompatibilité téléologique lorsque, même s’il est possible de se conformer à la lettre des deux lois, « l’application d’une disposition s’opposerait à l’objet qu’entend réaliser le Parlement dans une autre » [italique dans l’original] (*Cogeco*, au paragraphe 44). Comme l’a affirmé la Cour suprême dans l’arrêt *Cogeco*, au paragraphe 45, « le CRTC ne peut choisir des moyens [...] qui seraient incompatibles avec l’objet de [la *Loi sur le droit d’auteur*] ».

[153] Le droit est bien fixé : l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* est d’établir « un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 30).

[154] Pour atteindre cet objectif, la *Loi sur le droit d’auteur* crée un monopole légal qui interdit à quiconque d’exploiter l’œuvre de certaines façons précises sans le consentement du titulaire du droit d’auteur. Tel que nous l’avons mentionné précédemment, l’alinéa 3(1)f reconnaît le droit exclusif d’autoriser l’utilisation de son œuvre, et comprend le droit exclusif d’exploiter la totalité de la valeur de l’œuvre.

[155] Bell argues that the Code creates a functional equivalent of a user right for BDUs to retransmit programs in pay and specialty signals, and that this frustrates Parliament's purpose in creating a carefully balanced copyright regime. It draws a parallel to *Cogeco*. There, it will be recalled, the CRTC sought to give broadcasters (that is, programming undertakings) the right to prohibit the retransmission of work carried in any signal, a right that was deliberately withheld from section 21 of the *Copyright Act*. Analogous to *Cogeco*, Bell submits the Code creates a user right deliberately withheld from subsection 31(2) of the *Copyright Act*.

[156] I disagree. A corollary to the conclusion above that PUs must consent to the use of its work and the terms and conditions of the affiliate agreement is that the Code does not confer on BDUs a user right to retransmit programs in pay and specialty signals. The consensual nature of this mechanism makes it difficult to characterize the Code as “effectively overturn[ing]” a copyright holder's “sole right” to determine the terms under which it will sell or license the use of its work. Nor can a copyright holder be dragged into arbitration without consent under the Code. Therefore, no user right deliberately withheld from the *Copyright Act* in subsection 31(2) is created by the Code.

[157] I also accept the argument of the respondents that the Code does not upset the balance of rights of copyright holders and rights of users or frustrate Parliament's purpose. The Code does not purport to regulate, directly or indirectly, copyright interests of the PUs. Rather, the Code establishes minimum terms and conditions governing the affiliation agreements, which only exist where a PU has decided that it wishes to license the use of its copyright. It preserves the right of a PU to refuse the telecommunication of their copyright protected programs without their consent.

[155] Bell fait valoir que le Code crée l'équivalent fonctionnel d'un droit d'utilisateur permettant aux EDR de retransmettre des émissions sur des signaux de télévision payante et spécialisée, et que cela fait obstacle à l'objectif du législateur de créer un régime de droit d'auteur soigneusement équilibré. Elle établit un parallèle avec l'affaire *Cogeco*. Dans cette affaire, on se souviendra que le CRTC cherchait à donner aux radiodiffuseurs (soit, les entreprises de programmation) le droit d'interdire la retransmission des œuvres portées par n'importe quel signal, un droit qui a été délibérément supprimé de l'article 21 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme en ce qui concerne l'affaire *Cogeco*, Bell soutient que le Code crée un droit d'utilisateur qui a été délibérément supprimé du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[156] Je rejette cette thèse. Un corollaire à la conclusion ci-dessus selon laquelle les EP doivent consentir à l'utilisation de leurs œuvres et aux modalités et conditions de l'entente d'affiliation est que le Code ne confère pas aux EDR un droit en tant qu'utilisateur de retransmettre des émissions sur les signaux de télévision payante et spécialisée. Vu le caractère consensuel de ce mécanisme, il est difficile de dire que le Code « réduit[t] concrètement à néant » le « droit exclusif » du titulaire de droit d'auteur de décider des conditions dans lesquelles il vendra l'utilisation de ses œuvres ou en accordera une licence. Et le titulaire de droit d'auteur ne peut pas non plus, en vertu du Code, être entraîné dans un arbitrage sans son consentement. Par conséquent, aucun droit d'utilisateur délibérément supprimé du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'est créé par le Code.

[157] Je retiens également la thèse des intimées portant que le Code ne rompt pas l'équilibre entre les droits des titulaires de droit d'auteur et les droits des utilisateurs ni ne fait obstacle à l'objectif du législateur. Le Code n'a pas pour objet de réglementer, directement ou indirectement, les intérêts des EP en matière de droits d'auteur. Le Code établit plutôt les modalités et conditions minimales qui régissent les ententes d'affiliation, qui n'existent que lorsqu'une EP décide d'autoriser l'utilisation sous licence de ses droits d'auteur. Il préserve le droit d'une EP de refuser la télécommunication de ses émissions protégées par droit d'auteur sans son consentement.

E. *Is Bell barred from a judicial review remedy by reason of its conduct?*

[158] Blue Ant Media contends that Bell’s appeal should be dismissed on the basis that, by virtue of its conduct, it is estopped from seeking equitable relief. It relies on the principle that:

It is settled law that estoppel cannot confer jurisdiction. However, there is a complementary principle that: “no one has a right so to conduct himself before a tribunal as if he accepted its jurisdiction, and then afterwards, when he finds that it has decided against him, to turn around and say, ‘You have no jurisdiction.’ You ought not to lead a tribunal to exercise jurisdiction wrongfully.” This is known as the rule in *Ex parte Pratt*. [Footnotes omitted.]

(Blue Ant Media’s memorandum of fact and law, at paragraph 86.)

[159] The facts that trigger the application of this principle are said to lie in two events.

[160] First, in seeking the CRTC’s approval of its acquisition of Astral in 2013, Bell accepted, as a condition of licence, the obligations of the predecessor 2011 Wholesale Code. In approving Bell’s acquisition the Commission noted that “but for these safeguards, it would not have been persuaded that the present transaction is in the public interest, and would not have approved it” ([*Astral Media inc. and its licensed subsidiaries*], Broadcasting Decision CRTC 2013-310 [at paragraph 28] (Ottawa: CRTC, 2013)). Blue Ant Media also points to the fact that Bell voluntarily accepted the imposition of the 2015 Wholesale Code as a condition of licence for several BDUs without raising any jurisdictional objection.

[161] In light of the disposition of the appeal, this argument need not be addressed. There is no remedy which Bell should be denied on discretionary grounds. I will, nevertheless, observe that Bell’s conduct did not “lead” the CRTC to do anything. The CRTC assumed in both circumstances, that it had the authority to impose the requirements that it did. Nor, in acquiescing to that authority, did Bell waive or relinquish any right it had to

E. *Vu la conduite de Bell emporte-t-elle déchéance du recours en contrôle judiciaire?*

[158] Blue Ant Media soutient que l’appel de Bell doit être rejeté au motif qu’il y a déchéance de solliciter une mesure reconnue en *equity*, en raison de sa conduite. Elle s’appuie sur le principe suivant :

Il est bien établi que la théorie de la préclusion ne peut conférer une compétence. Toutefois, il existe un principe complémentaire selon lequel « personne n’a le droit de se comporter devant un tribunal comme s’il reconnaissait sa compétence, pour ensuite dire ‘vous n’avez pas compétence’ parce que la décision rendue par le tribunal est défavorable à son endroit. Il ne faut pas amener un tribunal à exercer sa compétence de manière injustifiée. » Ce principe a été énoncé dans *Ex parte Pratt*. [Revois omis.]

(Mémoire des faits et du droit de Blue Ant Media, au paragraphe 86.)

[159] Les faits qui font jouer ce principe se sont déroulés en deux temps.

[160] D’abord, en demandant au CRTC d’approuver l’acquisition d’Astral en 2013, Bell a accepté, comme condition de licence, les obligations de l’ancien Code sur la vente en gros de 2011. En approuvant l’acquisition faite par Bell, le Conseil a souligné « qu’en l’absence de ces mesures [les conditions d’approbation], il n’aurait pas été convaincu que la présente transaction soit dans l’intérêt public et qu’il ne l’aurait donc pas approuvée » ([*Astral Media inc. et ses filiales autorisée*], Décision de radiodiffusion CRTC 2013-310 [au paragraphe 28] (Ottawa : CRTC, 2013)). Blue Ant Media souligne également le fait que Bell a volontairement accepté l’imposition du Code sur la vente en gros de 2015 comme une condition de licence pour plusieurs EDR sans soulever aucune objection en matière de compétence.

[161] Étant donné l’issue de l’appel, il n’est pas nécessaire d’examiner ce moyen. Il n’y a aucun recours qu’il y aurait lieu de refuser à Bell pour des motifs d’ordre discrétionnaire. Néanmoins, je soulignerai que la conduite de Bell n’a pas « amené » le CRTC à faire quoi que ce soit. Le CRTC a supposé, dans les deux cas, qu’il avait compétence pour imposer les conditions qu’il a imposées. De plus, en acquiesçant à cette compétence, Bell

advance arguments in the future to the CRTC's jurisdiction. Jurisdiction cannot arise from waiver or acquiescence. Further, given the nature of the issues raised by Bell and their consequences across a spectrum of industry and public interests, certainty and predictability of the CRTC's jurisdiction are important counter-veiling considerations. Had Bell succeeded, I would not have denied it the relief it sought on this basis.

[162] For the foregoing reasons, I find that the Order was within the authority of the CRTC under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and that it does not conflict with the *Copyright Act*, either by operation or in purpose.

V. Conclusion

[163] I would dismiss the appeal, with costs.

The following are the reasons for order rendered in English by

[164] WOODS J.A.: I agree with the reasons of my colleague, Justice Rennie, with the exception of his finding that the CRTC reasonably concluded that paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* enables the CRTC to issue the 2015 Wholesale Code and the Order.

[165] By way of background, the Order was issued under paragraph 9(1)(h) to enable the CRTC to enforce parts of the 2015 Wholesale Code. This includes regulating the terms and conditions of carriage of programming services. The 2015 Wholesale Code was not issued pursuant to paragraph 9(1)(h) and is not itself an enforceable instrument.

[166] Accordingly, the issue to be decided is whether the CRTC reasonably concluded that it has the power under paragraph 9(1)(h) to issue the Order, and by implication the power to enforce the 2015 Wholesale Code

n'a pas renoncé à quelque droit que ce soit de faire valoir des moyens dans le futur concernant la compétence du CRTC. La compétence ne peut découler d'une renonciation ou d'un acquiescement. En outre, étant donné la nature des questions soulevées par Bell et leurs conséquences sur les intérêts du public et de l'industrie, la certitude et la prévisibilité de la compétence du CRTC constituent des considérations importantes faisant contrepoids. Si l'appel de Bell avait été accueilli, je n'aurais pas refusé la mesure qu'elle demandait pour ce motif.

[162] Pour les motifs qui précèdent, j'estime que l'Ordonnance relevait du pouvoir du CRTC aux termes de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* et qu'elle n'entre pas en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*, ni par son application, ni par son intention.

V. Conclusion

[163] Je rejetterais l'appel, avec dépens.

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

[164] LA JUGE WOODS : J'abonde dans le sens de mon collègue, le juge Rennie, à l'exception de sa conclusion selon laquelle il était raisonnable pour le CRTC de conclure que l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* habilite le CRTC à prendre le Code sur la vente en gros de 2015 et à rendre l'Ordonnance.

[165] En guise de trame de fond, l'Ordonnance a été rendue aux termes de l'alinéa 9(1)h) afin d'habiliter le CRTC à mettre en application des parties du Code sur la vente en gros de 2015, notamment à régir les modalités relatives à la fourniture de services de programmation. Le Code sur la vente en gros de 2015 n'a pas été pris en application de l'alinéa 9(1)h) et n'est pas en lui-même un instrument exécutoire.

[166] Par conséquent, la question à trancher est de savoir s'il était raisonnable pour le CRTC de conclure qu'il a le pouvoir aux termes de l'alinéa 9(1)h) de rendre l'Ordonnance et, par voie de conséquence, le pouvoir

to the extent that its terms are encompassed by the Order. The CRTC did not provide reasons for this conclusion.

[167] In my view, it is not reasonable to interpret paragraph 9(1)(h) as granting the CRTC a general power to regulate the terms and conditions of affiliation agreements. This interpretation goes far beyond the ordinary meaning of the language in paragraph 9(1)(h) and is not reasonably supported by a textual, contextual and purposive interpretation of the legislation.

[168] By its terms, paragraph 9(1)(h) provides the CRTC with the power to require a licensee to carry specified programming services, and if so required, it provides an additional power to mandate such terms and conditions of carriage of those services as the Commission deems appropriate. This is reflected in the French and English versions below:

Licences, etc.

9 (1) Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

...

(h) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

[169] The ordinary meaning of this provision does not encompass a general power to regulate the terms and conditions of carriage. Such regulation must relate to terms and conditions of programming services that the CRTC specifies and requires to be provided by a licensee.

[170] My colleague suggests that a broader meaning of paragraph 9(1)(h) is demonstrated by a contextual and purposive interpretation. The context and purpose of the legislation is important, but in my view they do not reasonably support an interpretation that the ordinary meaning of paragraph 9(1)(h) cannot bear.

[171] My colleague has applied the doctrine of necessary implication to expand the language of paragraph 9(1)(h)

de faire appliquer le Code sur la vente en gros de 2015 dans la mesure où ses modalités sont couvertes par l'Ordonnance. Le CRTC n'a pas justifié cette conclusion.

[167] À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interpréter l'alinéa 9(1)h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation. Cette interprétation va beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'alinéa 9(1)h) et n'est pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi.

[168] Selon ce texte, l'alinéa 9(1)h) confère au CRTC le pouvoir d'obliger le titulaire de licence à offrir certains services de programmation et, si c'est nécessaire, lui confère un pouvoir additionnel de rendre obligatoires les modalités et conditions relatives à la prestation de ces services qu'il estime appropriées. Cela ressort des versions française et anglaise qui suivent :

Catégories de licences

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l'exécution de sa mission :

[...]

h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu'il précise.

[169] Vu son sens ordinaire, cette disposition n'inclut pas le pouvoir général de régir les modalités et conditions relatives à la prestation des services. Le CRTC ne peut que régir les modalités et conditions des services de programmation qu'il précise et que doivent assurer les titulaires.

[170] Mon collègue avance qu'une interprétation contextuelle et téléologique de la loi permet de donner un sens plus large à l'alinéa 9(1)h). Le contexte et le but de la loi sont importants, mais à mon avis, ils n'appuient pas une interprétation que ne peut soutenir le sens ordinaire de l'alinéa 9(1)h).

[171] Mon collègue a suivi la doctrine de la déduction nécessaire afin d'élargir la portée de l'alinéa 9(1)h) de

to include powers that are necessary to fulfill the CRTC's mandate in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act*. However, the general objectives in subsection 5(1) are subject to other provisions of the *Broadcasting Act*. This is apparent from the emphasized words below:

Objects

5 (1) Subject to this Act and the *Radiocommunication Act* and to any directions to the Commission issued by the Governor in Council under this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) and, in so doing, shall have regard to the regulatory policy set out in subsection (2). [Emphasis added.]

[172] In my view, it is not reasonable to apply the doctrine of necessary implication in this case. The general objectives set out in subsection 5(1) are subject to the specific powers granted to the CRTC in other parts of the legislation, which include paragraph 9(1)(h).

[173] As this appeal only concerns paragraph 9(1)(h), I express no view as to whether the CRTC's objective in issuing the Order could have been achieved by some other means.

[174] For these reasons, I would conclude that the interpretation of paragraph 9(1)(h) that is reflected in the Order is unreasonable. I would allow the appeal, set aside the Order, and award one set of costs to the appellants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[175] NADON J.A. (concurring reasons): I agree with Woods J.A. that paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* does not allow the CRTC to enact the Order so as to give effect to the 2015 Wholesale Code.

[176] Both Rennie and Woods J.J.A., conclude that the question of whether paragraph 9(1)(h) of the

sorte que soient inclus les pouvoirs nécessaires pour que le CRTC puisse remplir sa mission, prévue au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Toutefois, les objectifs généraux du paragraphe 5(1) sont assujettis à d'autres dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cela ressort des passages soulignés suivants :

Mission

5 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ainsi que de la *Loi sur la radiocommunication* et des instructions qui lui sont données par le gouverneur en conseil sous le régime de la présente loi, le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion. [Non souligné dans l'original.]

[172] À mon avis, il n'est pas raisonnable de suivre la doctrine de la déduction nécessaire en l'espèce. Les objectifs généraux énoncés au paragraphe 5(1) sont assujettis aux pouvoirs précis conférés au CRTC dans d'autres parties de la loi, ce qui inclut l'alinéa 9(1)(h).

[173] Comme le présent appel concerne uniquement l'alinéa 9(1)(h), je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si l'objectif visé par le CRTC quand il a émis l'Ordonnance aurait pu être atteint par d'autres moyens.

[174] Pour ces motifs, je conclus que l'interprétation de l'alinéa 9(1)(h) qui figure dans l'Ordonnance est déraisonnable. J'accueillerais l'appel, j'annulerais l'Ordonnance et j'accorderais aux appelants un seul mémoire de dépens.

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

[175] LE JUGE NADON (motifs concourants) : J'abonde dans le sens de la juge Woods, à savoir que l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* n'autorise pas le CRTC à émettre l'Ordonnance de manière à donner effet au Code sur la vente en gros de 2015.

[176] Les juges Rennie et Woods ont tous deux conclu que la question de savoir si l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur*

Broadcasting Act confers authority to the CRTC to issue the Order must be decided on the standard of reasonableness. In my respectful opinion, the applicable standard is correctness.

[177] At paragraph 97 of his reasons, Rennie J.A. points out that although the Supreme Court in *Cogeco* did not say in express terms what standard it was applying, it cannot be doubted that correctness was the standard applied. In the words of Rennie J.A.:

.... The exercise in which it [the Supreme Court] engaged was one of pure statutory interpretation of the text of paragraph 9(1)(h) when situated in the context of the *Broadcasting Act*. The language of reasonableness plays no role in the Court's analysis.

[178] At paragraph 98 of his reasons, Rennie J.A. makes the point, with which I agree, that the standard applicable to the question of whether paragraph 9(1)(h) confers authority on the CRTC to enact the Order should not “change simply because, as a matter of procedure, it arose in the former case as a reference and in the present case as an appeal”. How is it that the issue now before us, identical in substance to the issue in *Cogeco*, stands to be decided on a different standard of review because it comes to the Court by way of a different process? That, in my respectful opinion, cannot be. Consequently, unless I am misreading *Cogeco*, the standard applied by the Supreme Court in that case is binding upon us and is therefore the standard that should be applied in the present matter (see also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 62).

[179] Were it not for *Cogeco*, I concede that I would be bound to conclude, for the reasons given by Rennie J.A., that the reasonableness standard is applicable. However, were it open to me, I would gladly follow the dissenting judgment of Côté J. in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, [2018] 6 W.W.R. 211 (*West Fraser Mills*).

la radiodiffusion confère au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance devant être tranchée selon la norme de la décision raisonnable. À mon humble avis, la norme applicable est celle de la décision correcte.

[177] Au paragraphe 97 de ses motifs, le juge Rennie souligne que bien que la Cour suprême du Canada, par l'arrêt *Cogeco*, n'ait pas exprimé en termes explicites quelle était la norme qu'elle suivait, il ne fait nul doute qu'elle a suivi la norme de la décision correcte. Le juge Rennie s'est exprimé ainsi :

[...] Elle [la Cour suprême] s'est bornée à l'interprétation du texte de l'alinéa 9(1)h au regard du contexte que constitue la *Loi sur la radiodiffusion*. L'angle de la raisonabilité ne joue aucun rôle dans l'analyse de la Cour.

[178] Au paragraphe 98 de ses motifs, le juge Rennie souligne, et j'abonde dans le même sens que la norme applicable à la question de savoir si l'alinéa 9(1)h confère au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance ne doit pas « chang[er tout] simplement parce que, pour des raisons [liées à la] procédure, elle a été posée dans la première cause à titre de référence, alors que, dans la présente cause, elle découle d'un appel ». Comment se fait-il que la question en litige en l'espèce, identique en substance à la question soulevée à l'occasion de l'affaire *Cogeco*, pourrait être tranchée selon une norme de contrôle différente simplement parce qu'elle a été soumise à la Cour par un processus différent? À mon humble avis, cela n'est pas possible. Par conséquent, à moins que je ne fasse une mauvaise interprétation de *Cogeco*, nous sommes liés par la norme alors appliquée par la Cour suprême du Canada et elle constitue donc la norme qui doit être appliquée en l'espèce (voir également *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 62).

[179] N'eût été de *Cogeco*, je concède que je serais obligé de conclure, pour les motifs énoncés par le juge Rennie, que la norme de la décision raisonnable s'applique. Toutefois, si je le pouvais, je suivrais volontiers l'opinion dissidente de la juge Côté dans l'arrêt *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (*West Fraser Mills*).

[180] In *West Fraser Mills*, in concluding that subsection 26.2(1) of the *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/97 was beyond the authority of the Workers' Compensation Board of British Columbia (the Workers' Compensation Board) and thus *ultra vires*, Côté J. made a distinction between acts of an administrative body pertaining to its adjudicative functions and those pertaining to its legislative functions (*West Fraser Mills*, at paragraph 59). This led her to say that “[t]he scope of the body’s regulation-making authority is a question of pure statutory interpretation: Did the legislature permit that body to enact the regulation at issue, or did the body exceed the scope of its powers?”.

[181] At paragraph 66, Côté J. concluded that the powers that the Workers' Compensation Board could exercise were those granted to it by the legislature of British Columbia. Hence, in her view, correctness ensured the Workers' Compensation Board remained “within the boundaries” of the authority given to it and that it did not “aggrandize its regulation-making power against the wishes of the province’s elected representatives”.

[182] In paragraphs 67 and 68, Côté J. accepted that courts were to give a broad and purposive interpretation to legislation authorizing an administrative body to enact regulations, adding, however, that it was an entirely different matter to defer or give way to such a body’s incorrect conclusion regarding the authority given to it by the legislature.

[183] In concluding that correctness was the applicable standard, Côté J. said that the majority’s rationale in support of the standard of reasonableness “escap[ed] [her]” (paragraph 70). I agree entirely with her view of the majority’s reasons and, as I indicated earlier, were it open to me to decide otherwise, I would conclude, without having to rely on *Cogeco*, that the correctness standard was the standard upon which the present decision of the CRTC should be reviewed.

[180] Dans l’arrêt *West Fraser Mills*, quand elle a conclu que le paragraphe 26.2(1) du *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/97, outrepassait le pouvoir conféré à la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique (la Commission) et était donc *ultra vires*, la juge Côté a opéré une distinction entre les mesures prises par un organisme de réglementation dans l’exercice de sa fonction décisionnelle et celles qu’il prend dans l’exercice de sa fonction réglementaire (*West Fraser Mills*, au paragraphe 59). Cela l’a amené à dire que « [l]’étendue de son pouvoir de réglementation est une question qui relève strictement de l’interprétation statutaire : le législateur autorise-t-il cet organisme à adopter le règlement ou l’organisme a-t-il outrepassé son pouvoir? ».

[181] Au paragraphe 66, la juge Côté a conclu que la Workers' Compensation Board pouvait uniquement exercer les pouvoirs que lui délègue le législateur de la Colombie-Britannique. Ainsi, selon elle, l’application de la norme de la décision correcte fait en sorte que la Commission agisse « dans les limites » de cette délégation et « n’accroisse pas la portée de son pouvoir de réglementation contre la volonté des représentants provinciaux élus ».

[182] Aux paragraphes 67 et 68, la juge Côté reconnaît que les tribunaux doivent interpréter de manière libérale et téléologique les lois autorisant un décideur administratif à adopter des règlements. Elle ajoute toutefois que cela est très différent de l’idée voulant que le juge doive s’incliner devant la conclusion incorrecte d’un organisme de réglementation quant au pouvoir que lui confère le législateur.

[183] En tirant la conclusion que la norme de la décision correcte s’appliquait, la juge Côté a dit que les motifs des juges majoritaires appuyant la norme de la décision raisonnable lui « échapp[ai]ent » (paragraphe 70). Je suis entièrement d’accord avec l’idée qu’elle se fait des motifs des juges majoritaires et, comme je l’ai indiqué précédemment, si je pouvais décider autrement, je conclurais, sans m’appuyer sur la jurisprudence *Cogeco*, que la norme de la décision correcte était la norme à appliquer concernant la présente décision du CRTC.

[184] I should also refer to Brown J.'s dissenting judgment in *West Fraser Mills* where he says, at paragraph 114, that the issue before the Court "does not go to the *reasonableness* of the Board's decision to adopt s. 26.2(1), but rather to its *authority* to do so" (emphasis in the original). Brown J.'s remarks are entirely apposite to the question now before us in this appeal. In other words, the question before us is whether the CRTC, acting in its legislative capacity, as was the case for the Workers' Compensation Board in *West Fraser Mills*, is empowered by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* to enact the Order. Surely, in my respectful opinion, that cannot be a matter to be determined on the standard of reasonableness.

[185] In further support of this view is paragraph 110 of Brown J.'s concurring reasons in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 (*Canadian Human Rights Commission*) where he reminds the majority that in *Dunsmuir*, the Supreme Court, at paragraph 30 of its reasons, approved the words of Cromwell J. to the effect that "the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal's authority": "Appellate Review: Policy and Pragmatism" in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12. See also *ProLife Alliance, R. (on the application of) v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185, at paragraph 75.

[186] Before concluding, I also wish to make the following additional remarks regarding the standard of review.

[187] First, there can be no doubt that there are some in the judiciary and in the academy who are dissatisfied with the present state of judicial review in this country. Judicial review, to put it mildly, is in an incoherent and confused state which undermines the predictability of outcomes and, in my respectful opinion, undermines the rule of law. How

[184] Je dois également faire référence à l'opinion dissidente du juge Brown dans l'arrêt *West Fraser Mills* où il dit, au paragraphe 114, qu'il ne s'agissait pas pour la Cour « de se prononcer sur le *caractère raisonnable* de la décision de la Commission d'adopter le par. 26.2(1), mais plutôt sur son *pouvoir* de le faire » (en italique dans l'original). Les observations du juge Brown sont entièrement pertinentes quant à la question soulevée dans le présent appel. En d'autres termes, la question dont nous sommes saisis est de savoir si le CRTC, exerçant sa fonction réglementaire, comme c'était le cas pour la Workers' Compensation Board dans l'affaire *West Fraser Mills*, est habilité aux termes de l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* à rendre l'Ordonnance. À mon humble avis, il est évident que ce n'est pas une question que l'on peut trancher en appliquant la norme de la décision raisonnable.

[185] Ce point de vue est également étayé par le paragraphe 110 des motifs concourants du juge Brown dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230 (*Commission canadienne des droits de la personne*), où il rappelle aux juges majoritaires que dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada a cité, au paragraphe 30 de ses motifs, les observations de l'honorable juge Cromwell portant que « [TRADUCTION] "la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d'une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l'étendue de la compétence d'un tribunal administratif" » : « Appellate Review : Policy and Pragmatism » dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12. Voir également *ProLife Alliance v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185, au paragraphe 75.

[186] Avant de conclure, je souhaiterais également formuler les observations suivantes concernant la norme de contrôle.

[187] Tout d'abord, il ne fait aucun doute que certains membres de la magistrature et certains acteurs des milieux universitaires sont insatisfaits de l'état actuel de la procédure de contrôle judiciaire dans notre pays. Cette procédure, c'est le moins qu'on puisse dire, se trouve dans un état d'incohérence et de confusion qui mine la prévisibilité

can counsel advise their clients in this area of the law when the state of judicial review always seems to be in a continual state of construction and reconstruction? Counsel, in my respectful opinion, are placed in an impossible situation. They can only speculate as to what the possible outcome might be in any given case. (P. Daly, “The Signal and the Noise in Administrative Law” (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 68 (January 2017, Cambridge University Legal Studies Research Paper Series); M. Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford: Hart Publishing, 2016 (Bloomsbury: Hart Studies in Comparative Public Law); M. Mancini, “Not Just a Pillowfight: How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review” in *Advocates for the Rule of Law* (blog) (online: <http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>); David Stratas, “Looking Past Dunsmuir: Beginning Afresh” in *Double Aspect* (blog) (online: <https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>).

[188] The Supreme Court’s recent judgments in *Canadian Human Rights Commission; West Fraser Mills; Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 (*East Edmonton Mall*); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459, serve as good examples to support the above proposition.

[189] My colleague, Rennie J.A., with whom I cannot agree with respect to the standard applicable to the CRTC’s interpretation of paragraph 9(1)(h) and hence its meaning, has nonetheless written excellent reasons. His reasons, which I have read in draft, comprise 163 paragraphs of which 64 (paragraphs 38 to 102) deal with the standard of review. His extensive discussion of the standard of review is made necessary by reason of the Supreme Court’s jurisprudence. I do not exaggerate when I say that that question has almost taken precedence over the substantial issues which courts are called upon to decide and, in this case, namely whether or not the CRTC under paragraph 9(1)(h) has the authority to do what it purports to do. Our efforts in this case should not be focussed on determining what the applicable standard of review is but on discovering the true meaning of

des issues et, à mon humble avis, mine la primauté du droit. Comment les avocats peuvent-ils conseiller leurs clients dans ce domaine du droit si le contrôle judiciaire semble être dans un état perpétuel de construction et de reconstruction? Les avocats, à mon humble avis, sont placés dans une situation impossible. Ils ne peuvent que conjecturer quant à l’issue d’une affaire donnée. (P. Daly, « The Signal and the Noise in Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 68 (janvier 2017, Cambridge University Legal Studies Research Paper Series); M. Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford : Hart Publishing, 2016 (Bloomsbury : Hart Studies in Comparative Public Law); M. Mancini, « Not Just a Pillowfight : How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review » tiré de *Advocates for the Rule of Law* (blogue) (en ligne : <http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>); David Stratas, « Looking Past Dunsmuir : Beginning Afresh » tiré de *Double Aspect* (blogue) (en ligne : <https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>).

[188] Les récentes jurisprudences de la Cour suprême dans *Commission canadienne des droits de la personne; West Fraser Mills; Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 (*East Edmonton Mall*); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459 en font foi.

[189] Mon collègue le juge Rennie, avec qui je suis en désaccord relativement à la norme applicable à l’interprétation par le CRTC de l’alinéa 9(1)h) et, par conséquent, de sa définition, a néanmoins formulé d’excellents motifs. Ses motifs, dont j’ai lu l’ébauche, comportent 163 paragraphes, desquels 64 (paragraphes 38 à 102) portent sur la norme de contrôle. Son analyse approfondie de la norme de contrôle est rendue nécessaire en raison de la jurisprudence de la Cour suprême. Je n’exagère pas lorsque j’affirme que cette question l’emporte presque sur les questions de fond que les juges sont appelés à trancher et, en l’espèce, la question à savoir si le CRTC a ou non, aux termes de l’alinéa 9(1)h), la compétence nécessaire pour faire ce qu’il prétend faire. Nos efforts en l’espèce ne doivent pas viser principalement à rechercher la norme de contrôle applicable, mais bien

paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*, i.e. whether or not the CRTC has the authority to enact the Order.

[190] In my opinion, it should be self-evident that such a question should be decided on the standard of correctness, more so considering that Parliament has clearly said, by way of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, that appeals on questions of law or jurisdiction are to be taken to this Court upon leave. Thus, Parliament has sent an unequivocal signal that questions of law or of jurisdiction, arising from decisions made by the CRTC, are to be determined by this Court, which, in my view, can only mean on a standard of correctness.

[191] The existence of subsection 31(1) of the *Broadcasting Act* to the effect that the CRTC's orders are final and conclusive does not, in any way, detract from the foregoing proposition. Thus, subject to an appeal under subsection 31(2), decisions of the CRTC are indeed final and conclusive. However, if an appeal is taken to this Court under subsection 31(2), then that appeal is to be determined by this Court on the standard of correctness. There is nothing in either subsection 31(1) or in subsection 31(2) which would lead a fair reader of the provisions to conclude that Parliament intended for this Court to defer on questions of law or of jurisdiction. For the sake of completeness, I hereby reproduce subsections 31(1) and 31(2) of the *Broadcasting Act*:

Decisions and orders final

31 (1) Except as provided in this Part, every decision and order of the Commission is final and conclusive.

Appeal to Federal Court of Appeal

(2) An appeal lies from a decision or order of the Commission to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction if leave therefor is obtained from that Court on application made within one month after the making of the decision or order sought to be appealed from or within such further time as that Court under special circumstances allows.

à découvrir la véritable signification de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, c.-à-d. déterminer si le CRTC a le pouvoir d'adopter l'Ordonnance.

[190] À mon avis, il va de soi que cette question doit faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte, plus particulièrement si l'on considère que le législateur a clairement décidé, par le paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que les appels des questions de droit ou de compétence doivent être présentés devant notre Cour avec l'autorisation de celle-ci. Ainsi, le législateur a porté un signal non équivoque que les questions de droit ou de compétence qui découlent des décisions du CRTC doivent être tranchées par notre Cour, ce qui, à mon avis, signifie forcément que la norme de la décision correcte doit être suivie.

[191] Le paragraphe 31(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, à savoir que les ordonnances du CRTC sont définitives et sans appel, ne va aucunement à l'encontre de cette thèse. Ainsi, sous réserve d'un appel aux termes du paragraphe 31(2), les décisions du CRTC sont, en effet, définitives et sans appel. Toutefois, si un appel est porté devant notre Cour aux termes du paragraphe 31(2), cet appel doit alors être tranché par notre Cour selon la norme de la décision correcte. Aucun élément du paragraphe 31(1) ou du paragraphe 31(2) ne pourrait raisonnablement amener le lecteur à conclure qu'il était dans l'intention de législateur que notre Cour fasse preuve de déférence relativement aux questions de droit ou de compétence. Par souci d'exhaustivité, je reproduis ici les paragraphes 31(1) et 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Caractère définitif

31 (1) Sauf exceptions prévues par la présente partie, les décisions et ordonnances du Conseil sont définitives et sans appel.

Cas d'appel : Cour fédérale

(2) Les décisions et ordonnances du Conseil sont susceptibles d'appel, sur une question de droit ou de compétence, devant la Cour d'appel fédérale. L'exercice de cet appel est toutefois subordonné à l'autorisation de la cour, la demande en ce sens devant être présentée dans le mois qui suit la prise de la décision ou ordonnance attaquée ou dans le délai supplémentaire accordé par la cour dans des circonstances particulières.

[192] Notwithstanding the Supreme Court's decision in *East Edmonton Mall*, with which I do not agree but which is binding upon me, I have never understood why reviewing courts must defer to administrative bodies on questions of law where Parliament itself does not so require. As I have already indicated, the only possible interpretation of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, and similar clauses in other statutes, is that Parliament intended that courts provide the answers to the questions of law raised before them. To say that this Court must defer to the CRTC's interpretation of paragraph 9(1)(h) requires us to disregard clear legislative intent. Otherwise, subsection 31(2) is pointless. If Parliament intends for this Court to defer to the CRTC's interpretation of the law, Parliament can easily say so. It is not up to the courts to presume such an intention when Parliament has not, by any words found in the *Broadcasting Act*, required deference. In my view, the proper approach should be to defer only whenever Parliament expressly or impliedly wishes us to defer to an administrative body's interpretation of the law. Section 31 of the *Broadcasting Act* is not to that effect.

[193] In *East Edmonton Mall*, in concluding her reasons for the majority concerning the applicable standard of review, Karakatsanis J. indicates, at paragraph 35 that "[t]he contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review." In her view, the solution to this problem is for Parliament and the provincial legislatures to make clear in the legislation what standard of review they prefer. That, in my respectful opinion, is the legal world upside down.

[194] Although trite, it is important to keep in mind that legislation enacted by Parliament or by the provincial legislatures has only one meaning. There are no multiple answers to the meaning of legal provisions, notwithstanding that there may be ambiguity. This is why, in applying the standard of reasonableness to an administrative body's interpretation of legal provisions, no judge would ever write that although a board's interpretation is incorrect, its interpretation still passes muster because it

[192] Malgré une jurisprudence de la Cour suprême, *East Edmonton Mall*, dont je rejette l'enseignement, mais par laquelle je suis lié, je n'ai jamais compris pourquoi les cours réformatrices doivent s'en remettre aux organismes administratifs relativement aux questions de droit, alors que le législateur lui-même ne l'exige pas. Comme je l'ai déjà indiqué, la seule interprétation possible du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, et des dispositions similaires d'autres lois, est que le législateur voulait que les juges tranchent les questions de droit qui leurs sont déferées. Pour pouvoir dire que la Cour doit s'en remettre à l'interprétation par le CRTC de l'alinéa 9(1)h), nous devons écarter l'intention manifeste qui se dégage de ce paragraphe. Autrement, le paragraphe 31(2) est inutile. Si le législateur souhaite que la Cour s'en remette à l'interprétation par le CRTC de la loi, il peut facilement le dire. Il ne revient pas à la Cour de présumer de cette intention, alors que le législateur, selon le texte de la *Loi sur la radiodiffusion*, n'a pas imposé la déférence. À mon avis, l'approche appropriée consiste à faire preuve de déférence uniquement lorsque le législateur nous demande explicitement ou implicitement de nous en remettre à l'interprétation de la loi par un organisme administratif. L'article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne va pas dans ce sens.

[193] Dans l'arrêt *East Edmonton Mall*, dans la conclusion de ses motifs pour la majorité concernant la norme de contrôle applicable, la juge Karakatsanis indique, à l'article 35, que « [l]e recours à une analyse contextuelle peut être source d'incertitude et d'interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable ». À mon avis, la solution à ce problème est que le législateur et les législatures provinciales établissent clairement dans la loi quelle est la norme de contrôle privilégiée. Cela, à mon humble avis, est le monde juridique à l'envers.

[194] Bien que cela soit un truisme, il est important de se rappeler que la législation édictée par le législateur ou les législatures provinciales n'a qu'une seule signification. Il n'existe pas de multiples réponses à la signification des dispositions juridiques, malgré le fait qu'il puisse y avoir une ambiguïté. C'est pourquoi, dans l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable à l'interprétation des dispositions légales d'un organisme administratif, aucun juge n'observerait

is a possible interpretation of the legal provision at issue. The Supreme Court's direction that courts must apply the standard of reasonableness to administrative bodies' interpretation of the law has led some judges to express the view that, in most cases, there is usually only one possible reasonable interpretation of the legal provisions at issue (David Stratas: "The Canadian Law of Judicial Review: Some Doctrine and Cases", Sept. 18, 2018 at page 85, online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049).

[195] All of this strongly suggests that judges are ill at ease, as they should be, of sanctioning legal interpretations which, in their view, are incorrect. Some commentators have even suggested that, in the end, the Supreme Court itself, without so saying, is in fact applying a correctness standard under the guise of reasonableness (Paul Daly: "Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47", October 28, 2015, online: (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28>); "Dunsmuir's Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson)" September 15, 2018, online: (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>); David Stratas: "The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency" (2016), 42 *Queen's L.J.* 27, note 39.

[196] Because in most cases there are no multiple possible answers with regard to the meaning of legislation, a reasonable interpretation must be correct. If it is not correct, it surely must be unreasonable because Parliament did not intend courts to sanction incorrect interpretations of its legislation. Consequently, I am satisfied that Parliament did not intend for the CRTC to interpret paragraph 9(1)(h) in a manner which is not in accordance with its intent. Parliament's intent with regard to paragraph 9(1)(h) can only be determined by this Court. By that, I mean that it is this Court's responsibility

que bien que l'interprétation de la commission soit incorrecte, son interprétation passe quand même la barre puisqu'il s'agit d'une interprétation possible de la disposition légale en cause. L'enseignement de la Cour suprême voulant que les juges doivent appliquer la norme de la décision raisonnable à l'interprétation de la loi par les organismes administratifs a mené certains juges à exprimer le point de vue que, dans la plupart des cas, il n'y a généralement qu'une seule interprétation raisonnable possible des dispositions légales en cause (David Stratas : « The Canadian Law of Judicial Review : Some Doctrine and Cases », 18 septembre 2018, à la page 85, en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049).

[195] Tout cela démontre nettement que les juges ne sont pas à l'aise, comme il se doit, de sanctionner des interprétations légales qui sont, à leur avis, incorrectes. La doctrine estime parfois qu'au final, la Cour suprême elle-même, tacitement, applique dans les faits la norme de la décision correcte sous le couvert de la norme de la décision raisonnable (Paul Daly : « Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47 » 28 octobre 2015, en ligne : (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28>); « Dunsmuir's Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson) », 15 septembre 2018, en ligne : (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>); David Stratas : « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016), 42 *Queen's L.J.* 27, note 39).

[196] Puisque dans la plupart des cas, il n'existe pas plusieurs réponses possibles au sens de la loi, une interprétation raisonnable doit être correcte. Si elle n'est pas correcte, elle doit assurément être déraisonnable puisque le législateur n'avait pas pour intention que les juges sanctionnent les interprétations incorrectes de la législation. Par conséquent, je conclus que le législateur ne souhaitait pas que le CRTC interprète l'alinéa 9(1)h d'une manière qui n'est pas conforme à son intention. Seule la Cour peut décider de l'intention du législateur relativement à l'alinéa 9(1)h. Ce que je veux dire, c'est

to determine whether or not the CRTC's view of paragraph 9(1)(h) is the correct view. If it is not, then the Order cannot stand.

[197] To conclude, the rules concerning the standard of review should not be in constant flux: they should be clear. If Parliament sends a clear message that we are to defer to an administrative body's interpretation of the law or of its jurisdiction, then we should give effect to Parliament's direction, subject to constitutional requirements. However, when Parliament, as it has done here with subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, sends a message directing this Court to provide answers to legal questions arising from decisions made by the CRTC, we should do what courts have been doing for a very long time and that is to determine, on a correctness standard, what the answers are to the legal questions. It seems to me, with respect, that deferring to an administrative body's interpretation of the law is, in the circumstances which I have set out above, an abandonment of our judicial role, more so considering that expounding the law is the *raison d'être* of our existence.

[198] I will end these remarks by quoting with approval from pages 1 and 2 of an article entitled, "10 Things I Dislike About Administrative Law", where the author, Mark Mancini writes the following:

One's personal list of problems with administrative law will inevitably reflect one's views of what administrative law *is* and *should be*, and indeed, what law *is* and *should be*. Reasonable people will disagree on this, but perhaps we could agree on two fundamental starting points (even if we disagree on their interaction). First is the idea that absent constitutional objection, legislative delegation to administrative decision-makers should be respected, and courts should give effect to legislative language using the ordinary tools of statutory interpretation (set out in cases like *Rizzo, Canada Trustco*). Second is the Rule of Law; courts must survey the statutory boundaries of inferior tribunals to determine (1) the level of deference owed and (2) whether the decision is legal. On this account, administrative law can be understood as a form of control over the diffused form of decision-making the administrative state has wrought.

qu'il incombe à la Cour de déterminer si la façon dont le CRTC interprète l'alinéa 9(1)(h) est la façon correcte. Si ce n'est pas le cas, l'Ordonnance ne peut être maintenue.

[197] Pour conclure, les règles concernant la norme de contrôle ne doivent pas changer sans cesse : elles doivent être claires. Si le législateur porte le message clair que nous devons nous en remettre à l'interprétation par un organisme administratif de la loi ou de la compétence, nous devons alors entériner la directive du législateur, sous réserve d'obligations constitutionnelles. Toutefois, lorsque le législateur, comme il l'a fait en l'espèce au paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, porte le message enjoignant la Cour de répondre aux questions de droit qui découlent des décisions prises par le CRTC, nous devons faire ce que les juges font depuis très longtemps, c'est-à-dire décider, selon la norme de la décision correcte, quelles sont les réponses aux questions de droit. Il me semble, à cet égard, que s'en remettre à l'interprétation de la loi par un organisme administratif équivaut, dans les circonstances que j'ai exposées précédemment, à abandonner notre mission judiciaire, surtout si l'on considère que dire le droit est la raison d'être de notre existence.

[198] Je conclurai les présents motifs en citant avec approbation les pages 1 et 2 d'un article intitulé « 10 Things I Dislike About Administrative Law », dans lequel l'auteur, Mark Mancini, écrit ceci :

[TRADUCTION] Quand on fait la liste des problèmes relatifs au droit administratif, cela reflète inévitablement son propre point de vue de ce que le droit administratif *est* et *devrait être* et, de surcroît, de ce que la loi *est* et *devrait être*. Les personnes raisonnables ne seront pas toutes d'accord avec ce point, mais peut-être que nous pourrions convenir de deux points de départ fondamentaux (même si nous ne nous entendons pas sur leur interaction). Le premier point est qu'en l'absence d'une objection tirée de la loi constitutionnelle, la délégation aux décideurs administratifs doit être respectée et les juges doivent appliquer le texte législatif en se servant des méthodes habituelles d'interprétation des lois (consacrées par la jurisprudence, comme *Rizzo, Canada Trustco*). Le deuxième point est la primauté du droit; les juges doivent sonder les limites des lois des tribunaux inférieurs pour décider (1) quel niveau de déférence accorder, et (2) si la décision est légale. À cet égard, la loi administrative peut être considérée comme une forme de contrôle sur la formule diffusée de prise de décision que l'état administratif a créé.

As I hope to show (quite tentatively, I might add), the Supreme Court has moved away from these first principles, often at the expense of the Rule of Law. The main point of the Supreme Court’s administrative law doctrine is an acceptance of deference of the “unrestricted” power of administrative decision-makers (see *West Fraser*, at para 11). By limiting the circumstances in which courts can review the propriety of the administrative state, the Court has “read in” a doctrine of deference that may not be prescribed by the enabling statute or the role of courts to enforce constitutional precepts as “guardians of the Constitution” (*Hunter v. Southam*). The Court has constructed its own administrative law rules to operationalize its vision of deference. [Emphasis in the original.]

(Mark Mancini: “10 Things I Dislike About Administrative Law” (10 September 2018) in *Double Aspect* (blog) (online: <https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>.)

[199] Therefore, I would allow the appeal with costs and set aside the CRTC’s Order for the reasons given by Woods J.A.

Comme j’espère le montrer (avec beaucoup d’hésitations, dois-je ajouter), la Cour suprême du Canada s’est éloignée de ces premiers principes, souvent au détriment de la primauté du droit. Le point principal de la doctrine de la Cour suprême en matière de droit administratif est une acceptation de la déférence du pouvoir « libre de restriction » des décideurs (voir *West Fraser*, au paragraphe 11). En limitant les circonstances dans lesquelles les juges peuvent examiner le caractère approprié de l’état administratif, la Cour a introduit une doctrine de déférence qui pourrait ne pas être prescrite par la loi habilitante ou le rôle des tribunaux pour appliquer les préceptes constitutionnels à titre de « gardiens de la Constitution » (*Hunter c. Southam*). La Cour a créé ses propres lois administratives pour concrétiser sa vision de la déférence. [Souligné dans l’original.]

(Mark Mancini : « 10 Things I Dislike About Administrative Law » (10 septembre 2018) tiré de *Double Aspect* (blogue) (en ligne : <https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>.)

[199] Par conséquent, j’accueillerais l’appel avec dépens et annulerais l’Ordonnance du CRTC pour les motifs fournis par la juge Woods.

A-169-17
2018 FCA 181

A-169-17
2018 CAF 181

Saju Begum (*Appellant*)

Saju Begum (*appelante*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

and

et

**Ontario Council of Agencies Serving Immigrants and
South Asian Legal Clinic of Ontario** (*Interveners*)

**L'Ontario Council of Agencies Serving Immigrants et
la South Asian Legal Clinic of Ontario** (*intervenants*)

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

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

Federal Court of Appeal, Pelletier, Gauthier and
de Montigny J.J.A.—Toronto, May 10; Ottawa,
October 10, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Gauthier et
de Montigny, J.C.A.—Toronto, 10 mai; Ottawa,
10 octobre 2018.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant's application for judicial review of Immigration and Refugee Board of Canada, Immigration Appeal Division (IAD) decision dismissing appellant's appeal of immigration officer's decision denying her request to sponsor her family members — Appellant, Canadian citizen, suffering from depression, posttraumatic stress disorder due to separation from parents, siblings living in Bangladesh — Submitting application to sponsor family in 2008 — Visa officer refusing application in 2011 on basis appellant not meeting minimum necessary income (MNI) requirement — Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 133(1)(j) setting out MNI requirements — New version of s. 133(1)(j) in effect when appellant filing appeal of officer's decision — IAD finding, inter alia, no special relief warranted, appellant not suffering specific hardship from dismissal of appeal — Denying appellant's claims under Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), ss. 15, 7 — Federal Court confirming decision to apply amended provisions of Regulations, s. 133 — Concluding appellant's Charter rights not infringed — Whether IAD should have retroactively applied amended version of Regulations, ss. 133(1)(j), 134 to case where appellant's notice of appeal to IAD filed before amended version of Regulations coming into force; whether Regulations, s. 133(1)(j) violating Charter, ss. 15, 7; — Whether original or amended version of s. 133(1)(j) applying in present case did not matter — Appellant not meeting MNI requirement under either version — Appellant's argument

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Appel d'une décision rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante visant la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la SAI), laquelle a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre la décision d'un agent d'immigration de refuser sa demande de parrainage à l'égard des membres de sa famille — L'appelante, une citoyenne canadienne, souffrait de dépression et de syndrome de stress post-traumatique attribuables à la séparation d'avec ses parents et ses frères et sœurs qui vivent au Bangladesh — En 2008, elle a présenté une demande de parrainage à l'égard de sa famille — Un agent des visas a rejeté la demande en 2011 au motif que l'appelante ne satisfaisait pas à l'exigence relative au revenu vital minimum (RVM) — L'art. 133(1)(j) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (Règlement) énonce les exigences relatives au RVM — Au moment où l'appelante a interjeté appel de la décision de l'agent, la nouvelle version de l'art. 133(1)(j) était en vigueur — La SAI a conclu notamment que la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée et que l'appelante ne subirait pas de difficultés particulières en raison du rejet de son appel — Elle a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur les art. 15 et 7 de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte) — La Cour fédérale a confirmé la décision d'appliquer les dispositions modifiées de l'art. 133 du Règlement — Elle a conclu qu'il n'avait pas été contrevenu aux droits de l'appelante garantis par la Charte — Il s'agissait de savoir si la SAI aurait dû appliquer la

that right to procedural fairness breached not different whether pre-2014 or post-2014 version applying — Appellant not prevented from making case forcefully, compellingly — IAD not erring in assessing evidence in support of appellant's s. 15 challenge — Rights protected by s. 7 not infringed by Regulations, s. 133(1)(j) — Appeal dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appellant, Canadian citizen, suffering from depression, posttraumatic stress disorder due to separation from parents, siblings living in Bangladesh — Submitting application to sponsor family in 2008 — Visa officer refusing application on basis appellant not meeting minimum necessary income (MNI) requirement — Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 133(1)(j) setting out MNI requirements — IAD finding, inter alia, no special relief warranted, appellant not suffering specific hardship from dismissal of appeal — Denying appellant's claims under Charter, s. 15 — Federal Court concluding appellant's Charter rights not infringed — Whether Regulations, s. 133(1)(j) violating s. 15 — IAD not erring in assessing evidence in support of appellant's s. 15 challenge — Not satisfied causal connection present between denial of appellant's sponsorship for MNI reasons, intersectional grounds raised by appellant — Not operating under misconception that identification of comparator group essential prerequisite to establish distinction — Claim rejected because appellant could not demonstrate exclusion from sponsorship caused by distinction based on asserted grounds — Impugned provision having to differentially impact individual or group involved — Appellant's submissions falling short in that respect — Open to Federal Court to conclude that statistical evidence produced by appellant not establishing adverse effect.

version modifiée des art. 133(1)j) et 134 du Règlement de manière rétroactive à une affaire dans le cadre de laquelle l'avis d'appel de la demanderesse a été déposé auprès de la SAI avant l'entrée en vigueur de la version modifiée du Règlement; et si l'art. 133(1)j) du Règlement contrevient aux art. 15 et 7 de la Charte — En l'espèce, il importait peu que l'on applique la version originale ou la version modifiée de l'art. 133(1)j) — L'appelante ne satisfaisait pas à l'exigence relative au RVM dans l'une ou l'autre version — La thèse de l'appelante selon laquelle on a manqué à son droit à l'équité procédurale n'aurait pas différé si l'on avait appliqué l'une ou l'autre version (antérieure à 2014 ou postérieure à 2014) — L'on n'a pas empêché l'appelante de faire valoir son point de vue de façon vigoureuse et convaincante — La SAI n'a pas commis d'erreur en évaluant la preuve produite à l'appui de la contestation de l'appelante fondée sur l'art. 15 — L'art. 133(1)j) du Règlement n'a contrevenu à aucun droit protégé par l'art. 7 — Appel rejeté.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'appelante, une citoyenne canadienne, souffrait de dépression et de syndrome de stress post-traumatique attribuables à la séparation d'avec ses parents et ses frères et sœurs qui vivent au Bangladesh — En 2008, elle a présenté une demande de parrainage à l'égard de sa famille — Un agent des visas a rejeté la demande au motif que l'appelante ne satisfaisait pas à l'exigence relative au revenu vital minimum (RVM) — L'art. 133(1)j) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (Règlement) énonce les exigences relatives au RVM — La SAI a conclu notamment que la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée et que l'appelante ne subirait pas de difficultés particulières en raison du rejet de son appel — Elle a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur l'art. 15 de la Charte — La Cour fédérale a conclu qu'il n'avait pas été contrevenu aux droits de l'appelante garantis par la Charte — Il s'agissait de savoir si l'art. 133(1)j) du Règlement contrevient à l'art. 15 — La SAI n'a pas commis d'erreur en évaluant la preuve produite à l'appui de la contestation de l'appelante fondée sur l'art. 15 — Elle n'était pas convaincue qu'il existait un lien de cause à effet entre le rejet de la demande de parrainage de l'appelante en raison de l'exigence relative au RVM et les motifs intersectionnels qu'elle a invoqués — La SAI n'a pas fondé sa décision sur le principe erroné selon lequel la définition d'un groupe de comparaison est une condition essentielle à l'établissement d'une distinction — La demande de l'appelante a été rejetée parce que celle-ci ne pouvait pas démontrer qu'on l'empêchait de parrainer ses parents en raison d'une distinction fondée sur les motifs qu'elle a invoqués — La disposition contestée devait avoir un effet différent sur la personne ou le groupe en cause — À cet égard, les observations de l'appelante étaient insuffisantes — La Cour fédérale pouvait conclure que la preuve statistique produite par l'appelante n'établissait pas l'existence d'un effet préjudiciable.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Appellant, Canadian citizen, suffering from depression, posttraumatic stress disorder due to separation from parents, siblings living in Bangladesh — Submitting application to sponsor family in 2008 — Visa officer refusing application on basis appellant not meeting minimum necessary income (MNI) requirement — Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 133(1)(j) setting out MNI requirements — IAD finding, inter alia, no special relief warranted, appellant not suffering specific hardship from dismissal of appeal — Denying appellant's claims under Charter, s. 7 — Federal Court concluding appellant's Charter rights not infringed — Whether Regulations, s. 133(1)(j) violating s. 7 — Rights protected by s. 7 not infringed by Regulations, s. 133(1)(j) — Right to liberty not unlimited — Only “fundamentally or inherently personal” choices falling within ambit of right to liberty — Right to bring parents, siblings to Canada not so intertwined with “intrinsic value of human life”, “inherent dignity of every human being” — Parliament having right to adopt immigration policy, conditions under which non-citizens permitted to enter, remain in Canada — Courts consistently declining to recognize right to family unity or reunification under s. 7 — For right to security to come into play, claimant having to establish serious interference from state — Separation of appellant from family personal choice, not government action.

This was an appeal from a decision by the Federal Court dismissing the appellant's application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division (IAD) of the Immigration and Refugee Board of Canada, by which it dismissed the appellant's appeal of an immigration officer's decision denying her request to sponsor her family members for permanent residency.

The appellant, a Canadian citizen, was diagnosed with depression, post-trauma distress and posttraumatic stress disorder, purportedly due to her long-term separation from her parents and siblings living in Bangladesh, her lack of social support and the fact that she had no other family in Canada. In 2008, the appellant submitted an application to sponsor her parents and five siblings. The visa officer refused the application in 2011 on the basis that the appellant did not meet the minimum necessary income (MNI) requirement under the governing regulations. Section 133 of the *Immigration and Refugee*

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — L'appelante, une citoyenne canadienne, souffrait de dépression et de syndrome de stress post-traumatique attribuables à la séparation d'avec ses parents et ses frères et sœurs qui vivent au Bangladesh — En 2008, elle a présenté une demande de parrainage à l'égard de sa famille — Un agent des visas a rejeté la demande au motif que l'appelante ne satisfaisait pas à l'exigence relative au revenu vital minimum (RVM) — L'art. 133(1)(j) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (Règlement) énonce les exigences relatives au RVM — La SAI a conclu notamment que la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée et que l'appelante ne subirait pas de difficultés particulières en raison du rejet de son appel — Elle a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur l'art. 7 de la Charte — La Cour fédérale a conclu qu'il n'avait pas été contrevenu aux droits de l'appelante garantis par la Charte — Il s'agissait de savoir si l'art. 133(1)(j) du Règlement contrevient à l'art. 7 — L'art. 133(1)(j) du Règlement ne contrevient pas aux droits garantis par l'art. 7 — Le droit à la liberté n'est pas illimité — Seuls les choix « fondamentalement ou [...] essentiellement personnels » sont visés par le droit à la liberté — Le droit revendiqué par l'appelante de faire venir vivre ses parents et ses frères et sœurs au Canada ne s'entrelaçait pas à ce point avec la « valeur intrinsèque de la vie humaine » et « la dignité inhérente de tout être humain » — Le législateur a le droit d'adopter une politique d'immigration et de préciser les conditions dans lesquelles les non-citoyens pourront entrer et demeurer au Canada — Les tribunaux ont systématiquement refusé de reconnaître que l'art. 7 protège le droit à l'unité familiale ou au regroupement des familles — Pour faire jouer le droit à la sécurité, le demandeur doit prouver qu'il y a eu ingérence grave de la part de l'État — La séparation de l'appelante d'avec sa famille est le résultat de son propre choix, et non le résultat d'une mesure gouvernementale.

Il s'agissait d'un appel d'une décision rendue par la Cour fédérale, qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante visant la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la SAI), laquelle a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre la décision d'un agent d'immigration de refuser sa demande de parrainage à l'égard de membres de sa famille pour qu'ils obtiennent la résidence permanente.

L'appelante, une citoyenne canadienne, a reçu un diagnostic de dépression, de détresse post-traumatique et de syndrome de stress post-traumatique, soi-disant attribuables à la séparation à long terme d'avec ses parents et ses frères et sœurs qui vivent au Bangladesh, à l'absence de soutien social et au fait qu'aucun autre membre de sa famille n'habite au Canada. En 2008, l'appelante a présenté une demande de parrainage à l'égard de ses parents et de ses cinq frères et sœurs. Un agent des visas a rejeté la demande en 2011 au motif que l'appelante ne satisfaisait pas à l'exigence réglementaire relative au revenu

Protection Regulations (Regulations) sets out the requirements for sponsors, including the MNI requirements set out at paragraph 133(1)(j). At the time the appellant filed her appeal of the refusal to grant her application for sponsorship to the IAD, another version of the MNI was in effect (pre-2014 MNI). The IAD found, *inter alia*, that no special relief was warranted. Regarding the appellant's suffering caused by her separation from her family, the IAD concluded that there was no evidence that the appellant would suffer any specific hardship from the dismissal of her appeal, and that the negative factors outweighed the positive ones. The IAD denied the appellant's claim under section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). It was also of the view that evidence of psychological harm suffered by the appellant was not sufficient enough to engage section 7 of the Charter. The IAD finally concluded that even if there was a deprivation of the appellant's right to liberty and security, it was made in accordance with the principles of fundamental justice. The Federal Court confirmed the IAD's decision to apply the amended provisions of section 133. It also concluded, *inter alia*, that the evidence was not sufficient to establish an adverse impact on the appellant on the basis of her sex, race or disability, pursuant to section 15 of the Charter. The Federal Court was also of the view that the appellant failed to establish a causal connection between the government action embodied in paragraph 133(1)(j) and the deprivation of her right to liberty or security. Finally, the Federal Court concluded that there were no reviewable errors rendering the IAD decision unreasonable.

The certified questions at issue were whether the IAD should have retroactively applied the amended version of paragraph 133(1)(j) and section 134 of the Regulations to a case where the appellant's notice of appeal to the IAD was filed before the amended version of the regulations came into force; and whether paragraph 133(1)(j) violates sections 15 and 7 of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

For a question to be properly certified, it must be dispositive of the appeal. In the case at bar, it clearly did not matter whether the original or amended version of paragraph 133(1)(j) of the Regulations applied. The appellant would not have met the MNI requirement even under its original version. She did not meet the new MNI threshold either, which is 30 percent higher than the old one. In similar circumstances, the Court found that the certified question was not dispositive of the appeal, as it did not matter which version of the requirements was applied. The appellant was unable to explain what difference it would have made to her argument that her right to procedural

vital minimum (RVM). L'article 133 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Règlement) énonce les exigences applicables aux répondants, dont l'exigence relative au RVM, énoncée à l'alinéa 133(1)j). Au moment où l'appelante a interjeté appel du rejet de sa demande de parrainage devant la SAI, une autre version de l'exigence relative au RVM était en vigueur (exigence relative au RVM antérieure à 2014). La SAI a conclu notamment que la prise de mesures spéciales n'était pas justifiée. En ce qui a trait à la souffrance que causait à l'appelante sa séparation d'avec sa famille, la SAI a conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve montrant que l'appelante subirait des difficultés particulières en raison du rejet de son appel et que les facteurs défavorables l'emportaient sur les facteurs favorables. La SAI a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte). La preuve concernant le préjudice psychologique subi par l'appelante n'était pas suffisante, selon la SAI, pour faire jouer l'article 7 de la Charte. Enfin, la SAI a conclu que, même s'il était porté atteinte au droit de l'appelante à la liberté et à la sécurité, cela serait en conformité avec les principes de justice fondamentale. La Cour fédérale a confirmé la décision de la SAI d'appliquer les dispositions modifiées de l'article 133. Elle a également conclu notamment que la preuve n'était pas suffisante pour établir un effet préjudiciable sur l'appelante en raison de son sexe, de sa race ou de sa déficience, en application de l'article 15 de la Charte. De l'avis de la Cour fédérale, l'appelante n'a pas établi qu'il y avait un lien de causalité suffisant entre les mesures prises par le gouvernement en application de l'alinéa 133(1)j) et la privation de sa liberté ou de sa sécurité. Enfin, la Cour fédérale a conclu qu'aucune erreur susceptible de révision ne rendait déraisonnable la décision de la SAI.

Les questions certifiées en litige étaient celles de savoir si la SAI aurait dû appliquer la version modifiée de l'alinéa 133(1)j) et de l'article 134 du Règlement de manière rétroactive à une affaire dans le cadre de laquelle l'avis d'appel de la demanderesse a été déposé auprès de la SAI avant l'entrée en vigueur de la version modifiée du Règlement; et si l'alinéa 133(1)j) contrevient aux articles 15 et 7 de la Charte.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

Pour qu'une question soit dûment certifiée, elle doit être décisive quant à l'issue de l'appel. En l'espèce, il importait peu que l'on applique la version originale ou la version modifiée de l'alinéa 133(1)j) du Règlement. L'appelante n'aurait pas satisfait à l'exigence relative au RVM même dans sa version originale. Le revenu de l'appelante n'atteignait pas non plus le nouveau seuil du RVM, qui est plus élevé de 30 p. 100 que l'ancien seuil. Dans des circonstances semblables, la Cour a conclu que la question certifiée ne permettait pas de trancher l'appel, puisque l'application de l'une ou l'autre version des exigences aurait entraîné le même résultat. L'appelante n'a pas

fairness was breached whether the pre-2014 or the post-2014 version was applied. The appellant therefore was not prevented from making her case as forcefully and compellingly as possible.

The IAD did not make a reviewable error in assessing the evidence in support of the appellant's section 15 challenge. The IAD was focused on the insufficiency of the evidence demonstrating that the appellant was denied a benefit that others enjoyed, or carried a burden others did not. The IAD was not satisfied that there was a causal connection between the denial of the appellant's sponsorship for MNI reasons and the intersectional grounds she raised. The IAD did not operate under the misconception that the identification of a comparator group is an essential prerequisite to establish a distinction. The IAD appropriately referred to the relevant and current case law of the Supreme Court on that issue. It was clear that the IAD did not fall into the trap that *Withler v. Canada (Attorney General)* was meant to prevent, that is for claims to be dismissed because the claimant has failed to identify a proper comparator group. Rather, the IAD rejected the appellant's claim because she could not demonstrate that she was excluded from sponsoring her parents because of a distinction based on the grounds she asserted. The Supreme Court did not do away with the role of comparison in establishing a distinction; on the contrary, it maintained in *Withler* that distinction necessarily implies a comparison. What it cautioned against is the notion that comparison can only be established through the identification of a comparative group that corresponds precisely to the claimant group save for the personal characteristic or characteristics alleged to ground the discrimination. What matters is whether the impugned provision differentially impacts the individual or group involved. It was in this respect that the appellant's submissions fell short of the mark. The IAD came to the conclusion that the evidence submitted by the appellant was of little help in demonstrating that the MNI requirement had an adverse impact on the basis of race, sex or disability. These extricable findings of fact were entitled to deference on judicial review. It was open to the Federal Court to conclude that no adverse effect was established by the general statistical evidence produced by the appellant, thereby failing to establish that paragraph 133(1)(j) of the Regulations created a distinction based on an enumerated or analogous ground.

Neither of the rights protected by section 7 of the Charter were infringed by paragraph 133(1)(j) of the Regulations. The right to liberty protected by section 7 is not unlimited and does not include every personal decision an individual may wish to

été en mesure d'expliquer en quoi sa thèse selon laquelle on a manqué à son droit à l'équité procédurale aurait différé si l'on avait appliqué l'une ou l'autre version (antérieure à 2014 ou postérieure à 2014). Par conséquent, l'on n'a pas empêché l'appelante de faire valoir son point de vue de la façon la plus vigoureuse et convaincante possible.

La SAI n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en évaluant la preuve produite à l'appui de la contestation de l'appelante fondée sur l'article 15. La SAI s'est concentrée sur l'insuffisance de la preuve démontrant que l'appelante s'était vu refuser un avantage dont jouissaient d'autres personnes ou imposer un fardeau que d'autres n'avaient pas. La SAI n'était pas convaincue qu'il existait un lien de cause à effet entre le rejet de la demande de parrainage de l'appelante en raison de l'exigence relative au RVM et les motifs intersectionnels qu'elle a invoqués. La SAI n'a pas fondé sa décision sur le principe erroné selon lequel la définition d'un groupe de comparaison est une condition essentielle à l'établissement de l'existence d'une distinction. La SAI a renvoyé à juste titre à la jurisprudence pertinente et actuelle de la Cour suprême sur cette question. Il est clair que la SAI n'est pas tombée dans le piège que l'arrêt *Withler c. Canada (Procureur général)* visait à éliminer, c'est-à-dire le rejet de demandes d'asile parce que le demandeur n'a pas défini le groupe de comparaison approprié. La SAI a plutôt rejeté la demande de l'appelante parce que celle-ci ne pouvait pas démontrer qu'on l'empêchait de parrainer ses parents en raison d'une distinction fondée sur les motifs qu'elle a invoqués. La Cour suprême n'a pas éliminé le rôle de la comparaison dans l'établissement de l'existence d'une distinction; au contraire, elle a maintenu dans l'arrêt *Withler* que la distinction fait nécessairement intervenir une comparaison. Elle a mis en garde contre la notion selon laquelle la comparaison ne peut être établie que par la définition d'un groupe de comparaison qui correspond précisément au groupe de demandeurs, à l'exception des caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination. Ce qui importe, c'est de savoir si la disposition contestée a un effet différent sur la personne ou le groupe en cause. C'est à cet égard que les observations de l'appelante étaient insuffisantes. La SAI a conclu que les éléments de preuve fournis par l'appelante n'aidaient pas vraiment à démontrer que l'exigence relative au RVM avait un effet préjudiciable en fonction de la race, du sexe ou de la déficience. La déférence s'imposait manifestement dans le contrôle judiciaire de ces conclusions de fait isolables. La Cour fédérale pouvait conclure que la preuve statistique générale produite par l'appelante n'établissait pas l'existence d'un effet préjudiciable et par conséquent ne pouvait établir que l'alinéa 133(1)(j) du Règlement créait une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue.

L'alinéa 133(1)(j) du Règlement n'a contrevenu à ni l'un ni l'autre des droits protégés par l'article 7 de la Charte. Le droit à la liberté protégé par l'article 7 n'est pas illimité et il n'englobe pas chaque décision personnelle qu'une personne peut

make. Only those choices that are “fundamentally or inherently personal” have been found to fall within the ambit of the right to liberty. The right claimed by the appellant to bring her parents and siblings to live in Canada was not so intertwined with the “intrinsic value of human life” and “the inherent dignity of every human being”. The Charter provides at subsection 6(1) that only citizens have the right to enter, remain in and leave Canada. As a result of that core principle, Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada. Courts have consistently declined to recognize a right to family unity or family reunification under section 7. A sponsor’s inability to bring a non-citizen parent or grandparent to Canada is even further removed from the interests protected by section 7 than the deportation of a non-citizen who is already in Canada. Canadian citizens or permanent residents cannot be left to dictate on their own the legal status of foreigners. This is not a liberty interest that falls within the ambit of the protection offered by section 7 of the Charter. The same is true with respect to the right to security of the person. For the right to security to come into play, a claimant must establish a serious interference from the state. In light of the fact that the IAD did not misapprehend the law and is owed deference with respect to its findings of fact, no intervention was warranted herein. The separation of the appellant from her family is the result of her own choice, and not the result of government action.

souhaiter prendre. Seuls les choix qui sont « fondamentalement ou [...] essentiellement personnels » sont considérés comme visés par le droit à la liberté. Le droit revendiqué par l’appellante de faire venir vivre ses parents et ses frères et sœurs au Canada ne s’entrelaçait pas à ce point avec la « valeur intrinsèque de la vie humaine » et « la dignité inhérente de tout être humain ». La Charte prévoit au paragraphe 6(1) que seuls les citoyens ont le droit d’entrer au Canada, d’y demeurer et d’en sortir. Par suite de ce principe fondamental, le législateur a le droit d’adopter une politique d’immigration et d’édicter des lois précisant les conditions dans lesquelles les non-citoyens pourront entrer et demeurer au Canada. Les tribunaux ont systématiquement refusé de reconnaître que l’article 7 protège le droit à l’unité familiale ou au regroupement des familles. L’impossibilité pour un répondant de faire venir au Canada l’un de ses parents ou de ses grands-parents non citoyens est encore plus éloignée des droits garantis par l’article 7 que l’expulsion d’un non-citoyen qui se trouve déjà au Canada. Les citoyens canadiens ou les résidents permanents ne peuvent pas décider eux-mêmes du statut juridique des étrangers. Il ne s’agit pas d’une question relevant du droit à la liberté que vise à protéger l’article 7 de la Charte. Il en va de même du droit à la sécurité de la personne. Pour faire jouer le droit à la sécurité, le demandeur doit prouver qu’il y a eu ingérence grave de la part de l’État. Étant donné que la SAI n’a pas mal interprété le droit et qu’il faut faire preuve de déférence à l’égard de ses conclusions de fait, aucune intervention n’était justifiée dans la présente affaire. La séparation de l’appellante d’avec sa famille est le résultat de son propre choix, et non le résultat d’une mesure gouvernementale.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 15, 27.
- Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 11(1), 12(1), 67(1)(c), 74.
- Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, ss. 2 “minimum necessary income” 67(3), 120, 130, 131, 132, 133, 134.
- Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 150.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 15, 27.
- Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.
- Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 11(1), 12(1), 67(1)c), 74.
- Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, art. 2 « revenu vital minimum », 67(3), 120, 130, 131, 132, 133, 134.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 150.

CASES CITED

APPLIED:

Agraira v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396.

DISTINGUISHED:

Canada (Attorney General) v. Bedford, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101.

CONSIDERED:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, (1995), 23 O.R. (3d) 160; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539; *Idahosa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 418, [2009] 4 F.C.R. 293.

REFERRED TO:

Kaur Gill v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 1522, [2014] 2 F.C.R. 442; *Burton v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 345; *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1221, 48 Imm. L.R. (4th) 138; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ)*, 2017 FCA 212; *Northern Air Solutions Inc. v. United Food and Commercial Workers Canada, Local 175*, 2015 FCA 259; *CHC Global Operations (2008) Inc. v. Global Helicopter Pilots Association*, 2010 FCA 89, 4 Admin. L.R. (5th) 251; *Sran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 16; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Centrale des syndicats*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Canada (Procureur général) c. Bedford, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539; *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CAF 418, [2009] 4 R.C.F. 293.

DÉCISIONS CITÉES :

Kaur Gill c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 1522, [2014] 2 R.C.F. 442; *Burton c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 345; *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1221; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du Nord québécois (CSQ)*, 2017 CAF 212; *Northern Air Solutions Inc. c. Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175*, 2015 CAF 259; *CHC Global Operations (2008) Inc. c. Global Helicopter Pilots Association*, 2010 CAF 89; *Sran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 16; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*,

du Québec v. Québec (Attorney General), 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Toussaint v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 146, [2013] 1 F.C.R. 3, leave to appeal to S.C.C. refused [2011] 3 S.C.R. xi; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2017 SCC 55, [2017] 2 S.C.R. 456; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 63 O.R. (2d) 281; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 31, (1995), 21 O.R. (3d) 479; *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; *Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1995), 184 N.R. 352, [1995] F.C.J. No. 867 (QL) (C.A.); *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 184 N.R. 230, [1995] F.C.J. No. 469 (QL) (C.A.); *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229; *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176; *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655.

AUTHORS CITED

Réaume, Denise. « Dignity, Equality, and Comparison », in Deborah Hellman and Sophia Moreau eds., *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford: University Press, 2013.

APPEAL from a decision by the Federal Court (2017 FC 409, [2018] 1 F.C.R. 3) dismissing the appellant's application for judicial review of a decision by the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (2016 CanLII 73712), by which it dismissed the appellant's appeal of an immigration officer's decision denying her request to sponsor her family members for permanent residency. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Avvy Yao-Yao Go and *Vince Wong* for appellant.
Mary Matthews and *Christopher Ezrin* for respondent.
Khadeeja Ahsan for interveners.

2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Toussaint c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CAF 146, [2013] 1 R.C.F. 3, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2011] 3 R.C.S. xi; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)*, 2017 CSC 55, [2017] 2 R.C.S. 456; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Naredo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 867 (QL) (C.A.); *Langner c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (QL) (C.A.); *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229; *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176; *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655.

DOCTRINE CITÉE

Réaume, Denise. « Dignity, Equality, and Comparison », dans Deborah Hellman et Sophia Moreau ed., *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford : University Press, 2013.

APPEL d'une décision rendue par la Cour fédérale (2017 CF 409, [2018] 1 R.C.F. 3), qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante visant la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (2016 CanLII 73712), laquelle a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre la décision d'un agent d'immigration de refuser sa demande de parrainage à l'égard de membres de sa famille pour qu'ils obtiennent la résidence permanente. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Avvy Yao-Yao Go et *Vince Wong*, pour l'appelante.
Mary Matthews et *Christopher Ezrin*, pour l'intimé.
Khadeeja Ahsan, pour les intervenants.

SOLICITORS OF RECORD

Metro Toronto Chinese & Southeast Asian Legal Clinic, Toronto, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.
South Asian Legal Clinic of Ontario, Toronto, for interveners.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DE MONTIGNY J.A.: Saju Begum appeals from a decision rendered by Justice Russell of the Federal Court dated April 26, 2017 (2017 FC 409, [2018] 1 F.C.R. 3). The Federal Court dismissed the appellant's application for judicial review of a decision of the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board of Canada (the IAD) dated July 7, 2016 [2016 CanLII 73712], by which it dismissed the appellant's appeal of an immigration officer's decision denying her request to sponsor her father, mother and five siblings for permanent residency in Canada.

[2] The Federal Court has certified the three following serious questions of general importance:

- (a) Given that paragraph 133(1)(j) and section 134 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* (IRPR) were amended and came into force on January 2, 2014, should the Immigration Appeal Division (IAD) have retroactively applied the amended version of these regulations to a case where the applicant's notice of appeal to the IAD was filed before the amended version of the regulations came into force?
- (b) Does paragraph 133(1)(j) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* violate section 15 of the *Canadian Charter [of] Rights and Freedoms* (the *Charter*)?
- (c) Does paragraph 133(1)(j) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* violate section 7 of the *Charter*?

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Metro Toronto Chinese & Southeast Asian Legal Clinic, Toronto, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada, pour l'intimé.
South Asian Legal Clinic of Ontario, Toronto, pour les intervenants.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Saju Begum interjette appel d'une décision rendue par le juge Russell de la Cour fédérale le 26 avril 2017 (2017 CF 409, [2018] 1 R.C.F. 3). La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelante visant la décision de la Section d'appel de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la SAI) rendue le 7 juillet 2016 [2016 CanLII 73712], laquelle rejetait l'appel interjeté par l'appelante contre la décision d'un agent d'immigration de refuser sa demande de parrainage à l'égard de son père, de sa mère et de cinq frères et sœurs pour qu'ils obtiennent la résidence permanente au Canada.

[2] La Cour fédérale a certifié les trois questions graves de portée générale suivantes :

- a) Comme l'alinéa 133(1)(j) et l'article 134 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) ont été modifiés et sont entrés en vigueur le 2 janvier 2014, la Section d'appel de l'immigration (SAI) aurait-elle dû appliquer la version modifiée du Règlement de manière rétroactive à une affaire dans le cadre de laquelle l'avis d'appel de la demanderesse a été déposé auprès de la SAI avant l'entrée en vigueur de la version modifiée du Règlement?
- b) L'alinéa 133(1)(j) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* contrevient-il à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*)?
- c) L'alinéa 133(1)(j) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* contrevient-il à l'article 7 de la *Charte*?

[3] For the following reasons, I would dismiss the appeal without costs.

I. Factual context

[4] The appellant is a Canadian citizen born in Bangladesh. She moved to Canada in 1994 and was sponsored by her husband. In 1999, she acquired Canadian citizenship. She and her husband had five children, all under the age of 18 at the time of the application before the Federal Court. The appellant's husband is a taxi driver and the sole source of income for the family.

[5] In 1996, the appellant's husband sponsored his father, mother and his four dependent siblings for permanent residence in Canada. In 2004, the appellant and her family visited her parents and siblings in Bangladesh. Two years after that visit, the appellant was diagnosed with "adjustment disorder with mixed anxiety and depressed features, mild in severity". The appellant explained that her symptoms of depression began following her visit to Bangladesh and were due to the lack of social support and the separation from her family she felt upon her return. In 2012, she was diagnosed with depression by her family physician and she was prescribed psychotropic medication, which she no longer takes. In 2015, the appellant was assessed by a psychologist for the purpose of the hearing before the IAD. She was diagnosed with a severe level of depression, a severe level of post-trauma distress and the likely presence of Posttraumatic Stress Disorder, purportedly due to her long-term separation from her parents and siblings, her lack of social support, as her husband works a great deal, and the fact that she had no other family in Canada.

[6] In 2008, the appellant submitted an application to sponsor her parents and five siblings. Her husband initially co-signed the application, but was then removed as co-signer because he failed to meet sponsorship requirements. His father and some siblings had received social assistance benefits during the sponsorship, which had not been repaid. Moreover, during his sponsorship of the

[3] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel sans dépens.

I. Le contexte factuel

[4] L'appelante est une citoyenne canadienne née au Bangladesh. Elle a déménagé au Canada en 1994 et a été parrainée par son époux. En 1999, elle a acquis la citoyenneté canadienne. Elle et son époux ont cinq enfants, qui étaient tous âgés de moins de 18 ans au moment de la demande devant la Cour fédérale. L'époux de l'appelante est chauffeur de taxi et seul soutien de famille.

[5] En 1996, l'époux de l'appelante a parrainé son père, sa mère et ses quatre frères et sœurs à charge pour qu'ils obtiennent la résidence permanente au Canada. En 2004, l'appelante et sa famille ont rendu visite à ses parents et à ses frères et sœurs au Bangladesh. Deux ans après cette visite, l'appelante a reçu un diagnostic de [TRADUCTION] « trouble de l'adaptation avec à la fois anxiété et humeur dépressive, de gravité légère ». L'appelante a expliqué que ses symptômes de dépression avaient commencé après son voyage au Bangladesh et qu'ils étaient attribuables à l'absence de soutien social et à la séparation d'avec sa famille qu'elle a ressentie à son retour. En 2012, son médecin de famille a diagnostiqué chez elle une dépression et lui a prescrit des médicaments psychotropes, qu'elle ne prend plus. En 2015, l'appelante a été évaluée par un psychologue en vue de l'audience devant la SAI. On a diagnostiqué chez elle une dépression grave, une détresse post-traumatique grave et la présence probable d'un syndrome de stress post-traumatique, soi-disant attribuables à la séparation à long terme d'avec ses parents et ses frères et sœurs, à l'absence de soutien social, parce que son époux travaille beaucoup, et au fait qu'aucun autre membre de sa famille n'habite au Canada.

[6] En 2008, l'appelante a présenté une demande de parrainage à l'égard de ses parents et de ses cinq frères et sœurs. Son époux a initialement cosigné la demande, mais son nom a été retiré parce qu'il ne satisfaisait pas aux exigences en matière de parrainage. Le père et certains des frères et des sœurs de ce dernier avaient reçu des prestations d'aide sociale pendant le parrainage, lesquelles

appellant, the appellant's husband and the appellant both received Ontario Works payments.

[7] Under the relevant provisions of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the IRPA) and the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the IRPR), the appellant had to demonstrate that she could support 14 people. A visa officer refused the application on September 19, 2011, on the basis that the appellant did not meet the minimum necessary income (MNI) requirement under the governing regulations.

[8] Before turning to the decisions of the IAD and the Federal Court, a quick overview of the legislative framework is in order.

II. Legislative framework

[9] Section 12(1) of the IRPA provides for the selection of permanent residents on the basis of family reunification:

Family reunification

12 (1) A foreign national may be selected as a member of the family class on the basis of their relationship as the spouse, common-law partner, child, parent or other prescribed family member of a Canadian citizen or permanent resident.

[10] However, section 120 of the IRPR requires that a sponsorship be provided for a request for permanent residence to proceed on the basis of family reunification:

Approved sponsorship application

120 For the purposes of Part 5,

(a) a permanent resident visa shall not be issued to a foreign national who makes an application as a member of the family class or to their accompanying family members unless a sponsorship undertaking in respect of the foreign national and those family members is in effect; and

n'avaient pas été remboursées. De plus, pendant le parrainage de l'appelante, l'appelante et son époux avaient tous deux reçu des prestations du programme Ontario au travail.

[7] En application des dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), et du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le RIPR), l'appelante devait démontrer qu'elle pouvait subvenir aux besoins de 14 personnes. Un agent des visas a rejeté la demande le 19 septembre 2011 au motif que l'appelante ne satisfaisait pas à l'exigence réglementaire relative au revenu vital minimum (RVM).

[8] Avant de passer aux décisions de la SAI et de la Cour fédérale, il convient de faire un bref survol du cadre législatif.

II. Le cadre législatif

[9] Le paragraphe 12(1) de la LIPR prévoit la sélection des résidents permanents au titre du regroupement familial :

Regroupement familial

12 (1) La sélection des étrangers de la catégorie « regroupement familial » se fait en fonction de la relation qu'ils ont avec un citoyen canadien ou un résident permanent, à titre d'époux, de conjoint de fait, d'enfant ou de père ou mère ou à titre d'autre membre de la famille prévu par règlement.

[10] Toutefois, l'article 120 du RIPR exige qu'il y ait parrainage pour la présentation d'une demande de résidence permanente au titre de la catégorie du regroupement familial :

Parrainage

120 Pour l'application de la partie 5, l'engagement de parrainage doit être valide à l'égard de l'étranger qui présente une demande au titre de la catégorie du regroupement familial et à l'égard des membres de sa famille qui l'accompagnent, à la fois :

a) au moment où le visa est délivré;

(b) a foreign national who makes an application as a member of the family class and their accompanying family members shall not become permanent residents unless a sponsorship undertaking in respect of the foreign national and those family members is in effect and the sponsor who gave that undertaking still meets the requirements of section 133 and, if applicable, section 137.

[11] Details are provided in sections 130 to 134 of the IRPR. Section 130 sets out the criteria to become a sponsor:

Sponsor

130 (1) Subject to subsections (2) and (3), a sponsor, for the purpose of sponsoring a foreign national who makes an application for a permanent resident visa as a member of the family class or an application to remain in Canada as a member of the spouse or common-law partner in Canada class under subsection 13(1) of the Act, must be a Canadian citizen or permanent resident who

(a) is at least 18 years of age;

(b) resides in Canada; and

(c) has filed a sponsorship application in respect of a member of the family class or the spouse or common-law partner in Canada class in accordance with section 10.

[12] Section 131 of the IRPR provides that an undertaking from the sponsor be given to the Minister of Citizenship and Immigration. This undertaking obliges the sponsor, pursuant to section 132, to reimburse the government of the province concerned in the event that the sponsored foreign national receives benefits from social assistance programmes during the period set out in subsection 132(1). The duration of that undertaking is defined in subsection 132(2) and is based on criteria such as the relationship between the sponsor and the sponsored foreign national, the age of the sponsored foreign national and the status of the foreign national in Canada. Section 133 of the IRPR sets out the requirements for sponsors. Among these requirements is the MNI requirement, set out at paragraph 133(1)(j) of the IRPR. Below is the text as amended and in effect as of January 1, 2014:

b) au moment où l'étranger et les membres de sa famille qui l'accompagnent deviennent résidents permanents, à condition que le répondant qui s'est engagé satisfasse toujours aux exigences de l'article 133 et, le cas échéant, de l'article 137.

[11] Des précisions se trouvent aux articles 130 à 134 du RPR. L'article 130 énonce les critères auxquels il faut satisfaire pour avoir la qualité de répondant :

Qualité de répondant

130 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), a qualité de répondant pour le parrainage d'un étranger qui présente une demande de visa de résident permanent au titre de la catégorie du regroupement familial ou une demande de séjour au Canada au titre de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada aux termes du paragraphe 13(1) de la Loi, le citoyen canadien ou résident permanent qui, à la fois :

a) est âgé d'au moins dix-huit ans;

b) réside au Canada;

c) a déposé une demande de parrainage pour le compte d'une personne appartenant à la catégorie du regroupement familial ou à celle des époux ou conjoints de fait au Canada conformément à l'article 10.

[12] L'article 131 du RPR prévoit que l'engagement de parrainage est pris envers le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Le répondant s'engage, aux termes de l'article 132, à rembourser le gouvernement de la province en cause si l'étranger parrainé reçoit des prestations de programmes d'aide sociale pendant la période prévue au paragraphe 132(1). La durée de cet engagement est établie au paragraphe 132(2) et repose sur des critères tels la relation entre le répondant et l'étranger parrainé, l'âge de l'étranger parrainé et le statut de l'étranger au Canada. L'article 133 du RPR énonce les exigences applicables aux répondants. Parmi ces exigences figure l'exigence relative au RVM, énoncée à l'alinéa 133(1)(j) du RPR. Ce dernier, dans sa version modifiée et en vigueur le 1^{er} janvier 2014, est libellé ainsi :

Requirements for sponsor

133 (1) A sponsorship application shall only be approved by an officer if, on the day on which the application was filed and from that day until the day a decision is made with respect to the application, there is evidence that the sponsor

...

(j) if the sponsor resides

(i) in a province other than a province referred to in paragraph 131(b),

(A) has a total income that is at least equal to the minimum necessary income, if the sponsorship application was filed in respect of a foreign national other than a foreign national referred to in clause (B), or

(B) has a total income that is at least equal to the minimum necessary income, plus 30%, for each of the three consecutive taxation years immediately preceding the date of filing of the sponsorship application, if the sponsorship application was filed in respect of a foreign national who is

(I) the sponsor's mother or father,

(II) the mother or father of the sponsor's mother or father, or

(III) an accompanying family member of the foreign national described in subclause (I) or (II)

[13] However, at the time the appellant filed her appeal of the refusal to grant her application for sponsorship to the IAD, on September 30, 2011, another version of the MNI was in effect (it was in effect until 31 December 2013) (pre-2014 MNI):

Requirements for sponsor

133. (1) A sponsorship application shall only be approved by an officer if, on the day on which the application was filed and from that day until the day a decision is made with respect to the application, there is evidence that the sponsor

...

Exigences : répondant

133 (1) L'agent n'accorde la demande de parrainage que sur preuve que, de la date du dépôt de la demande jusqu'à celle de la décision, le répondant, à la fois :

[...]

j) dans le cas où il réside :

(i) dans une province autre qu'une province visée à l'alinéa 131b) :

(A) a un revenu total au moins égal à son revenu vital minimum, s'il a déposé une demande de parrainage à l'égard d'un étranger autre que l'un des étrangers visés à la division (B),

(B) a un revenu total au moins égal à son revenu vital minimum, majoré de 30 %, pour chacune des trois années d'imposition consécutives précédant la date de dépôt de la demande de parrainage, s'il a déposé une demande de parrainage à l'égard de l'un des étrangers suivants :

(I) l'un de ses parents,

(II) le parent de l'un ou l'autre de ses parents,

(III) un membre de la famille qui accompagne l'étranger visé aux subdivisions (I) ou (II), [...]

[13] Toutefois, au moment où l'appelante a interjeté appel du rejet de sa demande de parrainage devant la SAI, le 30 septembre 2011, une autre version de l'exigence relative au RVM était en vigueur (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013) (exigence relative au RVM antérieure à 2014) :

Exigences : répondant

133 (1) L'agent n'accorde la demande de parrainage que sur preuve que, de la date du dépôt de la demande jusqu'à celle de la décision, le répondant, à la fois :

[...]

(j) if the sponsor resides

(i) in a province other than a province referred to in paragraph 131(b), has a total income that is at least equal to the minimum necessary income.

[14] The MNI is defined at section 2 of the IRPR:

Interpretation

...

minimum necessary income means the amount identified, in the most recent edition of the publication concerning low income cut-offs that is published annually by Statistics Canada under the *Statistics Act*, for urban areas of residence of 500,000 persons or more as the minimum amount of before-tax annual income necessary to support a group of persons equal in number to the total number of the following persons:

(a) a sponsor and their family members,

(b) the sponsored foreign national, and their family members, whether they are accompanying the foreign national or not, and

(c) every other person, and their family members,

(i) in respect of whom the sponsor has given or co-signed an undertaking that is still in effect, and

(ii) in respect of whom the sponsor's spouse or common-law partner has given or co-signed an undertaking that is still in effect, if the sponsor's spouse or common-law partner has co-signed with the sponsor the undertaking in respect of the foreign national referred to in paragraph (b). (*revenu vital minimum*)

[15] Finally, section 134 of the IRPR provides for income calculation rules and specifies that the sponsor's total income is primarily calculated on the basis of the last notice of assessment issued pursuant to the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 or an equivalent document.

III. Decisions below

A. *Visa officer's decision*

[16] As previously mentioned, the visa officer advised the appellant on September 19, 2011 that her request to

(j) dans le cas où il réside :

(i) dans une province autre qu'une province visée à l'alinéa 131b), a eu un revenu total au moins égal à son revenu vital minimum.

[14] Le RVM est défini à l'article 2 du RIPR :

Définitions

[...]

revenu vital minimum Le montant du revenu minimal nécessaire, dans les régions urbaines de 500 000 habitants et plus, selon la version la plus récente de la grille des seuils de faible revenu avant impôt, publiée annuellement par Statistique Canada au titre de la *Loi sur la statistique*, pour subvenir pendant un an aux besoins d'un groupe constitué dont le nombre correspond à celui de l'ensemble des personnes suivantes :

a) le répondant et les membres de sa famille;

b) l'étranger parrainé et, qu'ils l'accompagnent ou non, les membres de sa famille;

c) toute autre personne — et les membres de sa famille — visée par :

(i) un autre engagement en cours de validité que le répondant a pris ou cosigné,

(ii) un autre engagement en cours de validité que l'époux ou le conjoint de fait du répondant a pris ou cosigné, si l'époux ou le conjoint de fait a cosigné l'engagement avec le répondant à l'égard de l'étranger visé à l'alinéa b). (*minimum necessary income*)

[15] Enfin, l'article 134 du RIPR prévoit des règles de calcul du revenu et précise que le revenu total du répondant est calculé principalement à partir du dernier avis de cotisation délivré sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, ou d'un document équivalent.

III. Les décisions des instances inférieures

A. *La décision de l'agent des visas*

[16] Comme il a été mentionné précédemment, l'agent des visas a informé l'appelante le 19 septembre 2011 que

sponsor her father had been denied since she did not meet the MNI requirement (as set out at paragraph 133(1)(j)).

[17] In a letter also dated September 19, 2011, sent to her father, it was specified that the application for a permanent resident visa as a member of the family class had been denied since “subparagraph 133(1)(j)(i) of the Regulations states that if the sponsor resides in a province other than Quebec, the sponsor must have a total income that is at least equal to the minimum necessary income” (appeal book, at page 288).

[18] The visa officer determined that this requirement was not met at the time the sponsorship application was filed. Accordingly, the application for permanent residency could not be allowed, pursuant to paragraph 120(b) of the IRPR in effect at that time. Pursuant to subsection 11(1) of the IRPA, the visa officer refused the application.

B. *The IAD decision*

[19] Since the appellant did not challenge the validity of the visa officer’s decision except on constitutional grounds, the IAD first reviewed whether special relief was warranted in light of the circumstances of the case. It noted that the appellant had the burden to prove “on a balance of probabilities, taking into account the best interests of a child directly affected by the decision, that sufficient humanitarian and compassionate considerations warrant special relief in light of all the circumstances of the case” (IAD reasons, at paragraph 13).

[20] The IAD found that no such special relief was warranted since “physical separation alone is not sufficient to invoke special relief and there was insufficient evidence about hardship or any unusual and serious circumstances that might permit the imposition of special relief” (IAD reasons, at paragraph 40). It was particularly concerned with the fact, on the one hand, that the appellant had not provided sufficient evidence regarding her income and that of her husband, and, on the other hand, that there was little evidence, other than generalities, that

sa demande de parrainage à l’égard de son père avait été rejetée puisqu’il n’était pas satisfait à l’exigence relative au RVM (énoncée à l’alinéa 133(1j)).

[17] Dans une lettre également datée du 19 septembre 2011 envoyée au père de l’appelante, il est précisé que la demande de visa de résident permanent présentée au titre de la catégorie du regroupement familial avait été rejetée parce que [TRADUCTION] « l’alinéa 133(1)(j)(i) du Règlement indique que, si le répondant réside dans une province autre que le Québec, celui-ci doit avoir un revenu total au moins égal au revenu vital minimum » (dossier d’appel, à la page 288).

[18] L’agent des visas a déterminé que cette exigence n’était pas respectée au moment du dépôt de la demande de parrainage. Par conséquent, la demande de résidence permanente ne pouvait être accueillie, en application de l’alinéa 120b) du RIPR en vigueur à ce moment-là. En vertu du paragraphe 11(1) de la LIPR, l’agent des visas a rejeté la demande.

B. *La décision de la SAI*

[19] Puisque l’appelante n’a pas contesté la validité de la décision de l’agent des visas sauf pour des motifs d’ordre constitutionnel, la SAI a d’abord examiné s’il y avait lieu de prendre des mesures spéciales, vu les circonstances de l’affaire. Elle a fait observer qu’il incombait à l’appelante de faire la preuve, « selon la prépondérance des probabilités, qu’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 » (motifs de la SAI, au paragraphe 13).

[20] La SAI a conclu que la prise de mesures spéciales n’était pas justifiée puisque « la séparation physique à elle seule ne suffit pas pour justifier la prise de mesures spéciales et qu’il n’y avait pas suffisamment d’éléments de preuve de difficultés indues ou disproportionnées ou de circonstances inhabituelles et graves qui pourraient justifier la prise de mesures spéciales » (motifs de la SAI, au paragraphe 40). Ses réserves provenaient en particulier du fait que, d’une part, l’appelante n’avait pas présenté suffisamment d’éléments de preuve relativement à

the appellants would be self-sufficient if they came to Canada. The IAD applied paragraph 133(1)(j) and section 134 of the amended IRPR for a 14-member family and determined that the applicable MNI ranged from \$137 189 to \$140 597 in 2013 to 2015, whereas the appellant's estimated income was \$10 000 in both 2014 and 2015.

[21] Regarding the appellant's suffering caused by her separation from her family and its negative impacts on her mental health, the IAD noted that she left her family over 20 years ago to immigrate to Canada, and that there were alternative solutions to the immigration of her family to Canada, such as visits between the appellant and her family and the use of telecommunications (particularly internet software such as Skype). It was also concerned with the fact that the appellant refused to follow her doctor's advice and take medication for her depression. Thus, it concluded that there was no evidence that the appellant would suffer any specific hardship from the dismissal of her appeal, and that the negative factors outweighed the positive ones.

[22] On the constitutional challenge, the IAD began by summarizing at length the expert evidence that was presented at the hearing, as well as the affidavit evidence. The IAD agreed with the appellant that section 27 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter), was an interpretative guide. However, it disagreed with the appellant's submission that the evidence on file showed that the MNI requirement weakens the multicultural makeup of Canadian society. It noted that subsection 133(4) of the IRPR provides important exceptions to the MNI requirement.

ses revenus et à ceux de son époux et que, d'autre part, peu d'éléments de preuve, autres que des généralités, indiquaient que les appelants seraient financièrement autonomes s'ils venaient au Canada. La SAI a appliqué l'alinéa 133(1)(j) et l'article 134 du RIPR modifié en fonction d'une famille de 14 personnes et a déterminé que le RVM applicable se situait entre 137 189 \$ et 140 597 \$ en 2013 et en 2015, tandis que le revenu estimatif de l'appelante était de 10 000 \$ en 2014 et en 2015.

[21] En ce qui a trait à la souffrance que causait à l'appelante sa séparation d'avec les membres de sa famille et l'incidence négative de cette séparation sur sa santé mentale, la SAI a fait observer que l'appelante avait quitté sa famille plus de 20 ans auparavant pour immigrer au Canada et qu'il existait des solutions de rechange à l'immigration des membres de sa famille au Canada, notamment des visites de l'appelante à sa famille, et vice versa, et l'utilisation de moyens de télécommunication (en particulier des logiciels Internet comme Skype). La SAI a également émis des réserves quant au fait que l'appelante avait refusé de suivre les conseils de son médecin et de prendre des médicaments pour sa dépression. Par conséquent, elle a conclu qu'il n'existait aucun élément de preuve montrant que l'appelante subirait des difficultés particulières en raison du rejet de son appel et que les facteurs défavorables l'emportaient sur les facteurs favorables.

[22] Au sujet de la contestation constitutionnelle, la SAI a commencé par résumer en détail la preuve d'expert présentée à l'audience, ainsi que la preuve par affidavit. La SAI a convenu avec l'appelante que l'article 27 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), était un guide d'interprétation. Toutefois, elle n'a pas souscrit à l'observation de l'appelante selon laquelle la preuve au dossier montrait que l'exigence relative au RVM affaiblissait le visage multiculturel de la société canadienne. Elle a souligné que le paragraphe 133(4) du RIPR prévoit d'importantes exceptions à l'exigence relative au RVM.

[23] The IAD denied the appellant's claim under section 15 of the Charter. It considered that there was a lack of specific evidence relating to the appellant's "race" other than her country-of-origin description, and that the evidence regarding her disability was insufficient. Most of the evidence submitted was broad and generic, and did not relate to the appellant's specific situation. The IAD also found that the appellant had not established that section 133 of the IRPR created a distinction based on listed or analogous grounds. The evidence was insufficient to "produce a real comparative group, or demonstrate the actual impact of [section 133 of the IRPR] on that group" (IAD reasons, at paragraph 105). No causal connection between the impugned provision and a disproportionate or adverse effect on the appellant was demonstrated. In view of these findings, the IAD did not address the question of whether the distinction was discriminatory.

[24] Regarding the section 7 challenge, the IAD outlined that the Charter does not provide for a right to family reunification or an unqualified right to enter or remain in Canada. Moreover, the MNI requirement must be placed in the broader legislative context of the IRPA, which also provides for an alternative means for her relatives to be granted a permanent resident visa: the humanitarian and compassionate circumstances. The evidence about the psychological harm suffered by Ms. Begum was also not sufficient enough, in the IAD's view, to engage section 7 of the Charter. Finally, the IAD concluded that even if there was a deprivation of the appellant's right to liberty and security, it would be made in accordance with the principles of fundamental justice. Indeed, the MNI requirement is not fundamentally unfair to the appellant, and subsection 67(3) of the IRPR, which provides for an examination of humanitarian and compassionate circumstances, provides sufficient procedural fairness.

[25] Given these conclusions, an analysis of section 1 of the Charter was not deemed required.

[23] La SAI a rejeté l'argument de l'appelante fondé sur l'article 15 de la Charte. Elle a estimé qu'il n'y avait pas d'éléments de preuve précis concernant la « race » de l'appelante autres que le nom de son pays d'origine et que les éléments de preuve concernant sa déficience étaient insuffisants. La plupart des éléments de preuve présentés étaient de portée vaste et d'ordre général et ne portaient pas sur la situation particulière de l'appelante. La SAI a également conclu que l'appelante n'avait pas établi que l'article 133 du RIPR créait une distinction fondée sur un des motifs énumérés ou un motif analogue. La preuve n'était pas suffisamment probante pour « créer un groupe réellement comparatif, ou pour démontrer l'incidence réelle de l'article 133 du RIPR sur ce groupe » (motifs de la SAI, au paragraphe 105). Aucun lien de cause à effet n'a été établi entre la disposition contestée et un effet disproportionné ou négatif sur l'appelante. À la lumière de ces conclusions, la SAI n'a pas examiné la question de savoir si la distinction était discriminatoire.

[24] En ce qui concerne la contestation fondée sur l'article 7, la SAI a souligné que la Charte ne crée pas le droit à la réunification familiale ni le droit absolu d'entrer ou de demeurer au Canada. De plus, l'exigence relative au RVM doit être placée dans le contexte législatif plus large de la LIPR, qui prévoit également une solution de rechange permettant aux membres de la famille d'obtenir un visa de résident permanent, c'est-à-dire les motifs d'ordre humanitaire. La preuve concernant le préjudice psychologique subi par M^{me} Begum n'était pas suffisante, selon la SAI, pour faire jouer l'article 7 de la Charte. Enfin, la SAI a conclu que, même s'il était porté atteinte au droit de l'appelante à la liberté et à la sécurité, cela serait en conformité avec les principes de justice fondamentale. En fait, l'exigence relative au RVM n'est pas fondamentalement injuste pour l'appelante, et le paragraphe 67(3) du RIPR, qui prévoit l'examen des motifs d'ordre humanitaire, assure suffisamment l'équité procédurale.

[25] Compte tenu de ces conclusions, il n'a pas été jugé nécessaire d'analyser l'article 1 de la Charte.

C. *The Federal Court's decision*

[26] The Federal Court first summarized at great length the IAD decision as well as the parties' submissions. The Court then determined that the issue of whether the pre-2014 or the post-2014 version of section 133 of the IRPR applied, as well as the related procedural fairness issues raised by the appellant, were reviewable under the correctness standard. The constitutional questions involving sections 7 and 15 of the Charter, in his view, also attracted the correctness standard of review, while the issues of the IAD's assessment of the evidence and the exercise of its discretion to grant the application on humanitarian and compassionate grounds was reviewable on a standard of reasonableness.

[27] As for the application of sections 133 and 134 of the IRPR, the Federal Court confirmed the IAD's decision to apply the amended provisions, since the IAD proceeds on a *de novo* basis. The IAD decides whether or not to grant the application based on the provision in force at the time of its decision. The Federal Court held that the existence of an appeal does not change the fact that the appellants have no accrued rights to have their application decided under certain provisions. *Kaur Gill v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 1522, [2014] 2 F.C.R. 442, was correctly decided and has been applied by the Federal Court in *Burton v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 345, and *Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 1221, 48 Imm. L.R. (4th) 138.

[28] The Federal Court rejected the appellant's argument that the IAD breached procedural fairness in failing to notify her that it would be applying the amended version of the IRPR. It concluded that the procedure was not unfair since the IAD raised the issue of the IRPR version to be applied and requested submissions from the parties. In the appellant's notice of constitutional question, it was also clear that the constitutional challenge applied to both the pre-2014 and post-2014 version of paragraph 133(1)(j).

C. *La décision de la Cour fédérale*

[26] La Cour fédérale a d'abord résumé en détail la décision de la SAI ainsi que les observations des parties. Elle a ensuite déterminé que la question de savoir si la version antérieure ou postérieure à 2014 de l'article 133 du RIPR s'appliquait ainsi que les questions d'équité procédurale connexes soulevées par l'appelante étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Les questions d'ordre constitutionnel concernant les articles 7 et 15 de la Charte, de son point de vue, étaient également susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, tandis que les questions relatives à l'appréciation de la preuve par la SAI et l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accueillir ou non la demande pour des motifs humanitaires étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[27] En ce qui concerne l'application des articles 133 et 134 du RIPR, la Cour fédérale a confirmé la décision de la SAI d'appliquer les dispositions modifiées, puisque la SAI se penche sur l'affaire comme s'il s'agissait d'un nouvel examen. La SAI décide d'accueillir ou non la demande en fonction des dispositions qui sont en vigueur au moment où elle rend sa décision. La Cour fédérale a conclu que, même s'il s'agit d'un appel, les appelants n'ont pas le droit acquis de faire examiner leur demande sous le régime de certaines dispositions. La décision *Kaur Gill c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 1522, [2014] 2 R.C.F. 442, a été jugée correctement et a été suivie par la Cour fédérale dans la décision *Burton c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 345, et la décision *Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 1221.

[28] La Cour fédérale a rejeté l'observation de l'appelante selon laquelle la SAI avait manqué à l'équité procédurale en ne l'avisant pas qu'elle appliquerait la version modifiée du RIPR. Elle a conclu que la procédure n'était pas inéquitable puisque la SAI avait soulevé la question de la version du RIPR à appliquer et demandé aux parties de présenter des observations. Dans l'avis de question constitutionnelle de l'appelante, il était également clair que la contestation constitutionnelle s'appliquait tant à la version antérieure à 2014 de l'alinéa 133(1)(j) qu'à celle postérieure à 2014.

[29] On the question of whether section 15 of the Charter was breached, the Federal Court agreed with the IAD that the appellant was unable to establish an adverse impact on the intersectional basis of sex, race and disability. The IAD followed the guiding jurisprudence and appropriately concluded that the evidence was too “generic” and “indirect” to establish the necessary adverse impact on the appellant or the group concerned. While evidence on the larger social, political and legal context is relevant, it does not eliminate the need for evidence directed to the impact on the individual.

[30] The Federal Court concluded, as did the IAD, that Dr. Galabuzi and Professor Mykitiuk’s evidence was not sufficient to establish an adverse impact on Ms. Begum on the basis of her sex, race or disability. The IAD’s conclusion that Ms. Begum failed to establish a causal connection between the denial of her sponsorship for MNI reasons and the intersectional grounds she raised was endorsed by the Federal Court. As the Court stated, “the governing jurisprudence also makes it clear that ‘the main consideration must be the impact on the individual or the group concerned’, and this is where the applicant’s evidence fell short” (Federal Court reasons, at paragraph 179).

[31] The Federal Court also dismissed the claim based upon section 7 of the Charter. The Court rejected the appellant’s contention that the IAD had not addressed the interests protected by the right to life, liberty and security of the person, and had not assessed her psychological evidence. In the Federal Court’s view, the appellant failed to establish that there was a sufficient causal connection between the government action embodied in paragraph 133(1)(j) and the deprivation of her right to liberty or security. The separation of the appellant from her family is a choice that she made when she decided to come to Canada, and she must be taken to have known that family reunification would not be automatic. The Supreme Court has made it clear that family members do not have an unqualified right to enter or remain in Canada. Moreover, the evidence does not establish that the psychological harm alleged by the appellant was

[29] En ce qui concerne la question de savoir si l’article 15 de la Charte avait été violé, la Cour fédérale a souscrit à la conclusion de la SAI que l’appelante n’avait pas été en mesure d’établir qu’il y avait eu effet préjudiciable fondé sur l’intersectionnalité du sexe, de la race et de la déficience. La SAI a suivi la jurisprudence et a conclu, à juste titre, que les éléments de preuve étaient trop « vagues » et « indirects » pour établir l’effet préjudiciable allégué sur l’appelante ou le groupe concerné. Bien que les éléments de preuve sur le contexte social, politique et juridique en général soient pertinents, il demeure nécessaire de fournir des éléments prouvant l’effet préjudiciable sur la personne.

[30] La Cour fédérale a conclu, tout comme la SAI, que les témoignages de M. Galabuzi et de M^{me} Mykitiuk n’ont pas pu prouver qu’il y avait eu effet préjudiciable sur M^{me} Begum en raison de son sexe, de sa race ou de sa déficience. La Cour fédérale a confirmé la conclusion de la SAI selon laquelle M^{me} Begum n’avait pas établi de lien de cause à effet entre le rejet de sa demande de parrainage à cause de l’exigence relative au RVM et les motifs intersectionnels qu’elle a invoqués. Comme l’a déclaré la Cour, « la jurisprudence établit également clairement que “la principale considération doit être l’effet sur l’individu ou le groupe concerné”, et c’est sur ce point que les éléments de preuve de la demanderesse étaient insuffisants » (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 179).

[31] La Cour fédérale a également rejeté la contestation fondée sur l’article 7 de la Charte. Elle a rejeté la thèse de l’appelante selon laquelle la SAI ne s’était pas penchée sur les intérêts garantis par les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et n’avait pas évalué les éléments de preuve sur le préjudice psychologique. De l’avis de la Cour fédérale, l’appelante n’a pas établi qu’il y avait un lien de causalité suffisant entre les mesures prises par le gouvernement en application de l’alinéa 133(1j) et la privation de sa liberté ou de sa sécurité. La séparation de l’appelante d’avec sa famille résulte d’un choix qu’elle a fait lorsqu’elle a décidé de venir au Canada et elle devait savoir que la réunification de la famille ne serait pas automatique. La Cour suprême a clairement établi que les membres de la famille n’ont pas de droit absolu d’entrer ou de demeurer au Canada. De plus, la preuve n’établit pas que le préjudice psychologique

sufficient to engage section 7 of the Charter. That being the case, the Federal Court was unable to find any reviewable error with respect to the IAD's conclusion that section 7 is not engaged on the facts of this case and that it was therefore unnecessary to provide lengthy reasons explaining why it rejected the appellant's assertion that the MNI requirement was unfair and breached the principles of fundamental justice. In light of these conclusions, the Federal Court did not assess the section 1 arguments.

[32] Finally, the Federal Court concluded that there were no reviewable errors rendering the IAD decision unreasonable. More specifically, it cannot be said that the IAD ignored and misconstrued evidence. Its reasons show that it was fully aware of the facts, considered the expert evidence, and provided reasons for its conclusions on said evidence. The IAD did not fail to address special relief. It also acknowledged the importance of considering the best interests of the child, which in its view needed to be given substantial weight, but weighed its conclusions against the other factors at play, as provided for by case law. The Federal Court dismissed the appellant's assertion that the reasons were inadequate, specifying that perfection is not required and that when read as a whole, it is substantially transparent, intelligible and justified.

IV. Issues

[33] This appeal raises the three following certified questions:

A. Given that paragraph 133(1)(j) and section 134 of the IRPR were amended and came into force on January 2, 2014, should the IAD have retroactively applied the amended version of these regulations to a case where the appellant's notice of appeal to the IAD was filed before the amended version of the regulations came into force?

allégué par l'appelante était suffisant pour faire jouer l'article 7 de la Charte. Ainsi, la Cour fédérale n'a vu aucune erreur susceptible de révision dans la conclusion de la SAI voulant que les faits ne mettent pas en cause l'article 7 et qu'il fût par conséquent inutile de justifier par des motifs étoffés pourquoi elle n'a pas conclu, comme le lui demandait l'appelante, que l'exigence relative au RVM était inéquitable et contrevenait aux principes de justice fondamentale. À la lumière de ces conclusions, la Cour fédérale ne s'est pas penchée sur les observations concernant l'article 1.

[32] Enfin, la Cour fédérale a conclu qu'aucune erreur susceptible de révision ne rendait déraisonnable la décision de la SAI. Plus précisément, elle a conclu qu'on ne pouvait pas dire que la SAI avait fait fi d'éléments de preuve ou en avait fait une interprétation erronée. Les motifs de la SAI montrent qu'elle était pleinement au courant des faits, qu'elle a examiné la preuve d'expert et qu'elle a exposé les motifs de ses conclusions sur cette preuve. La SAI n'a pas omis de se pencher sur la prise de mesures spéciales. Elle a également reconnu l'importance de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, auquel il convient d'accorder une grande valeur probante, mais elle a soupesé ses conclusions en regard des autres facteurs en jeu, comme le prévoit la jurisprudence. La Cour fédérale a rejeté l'affirmation de l'appelante selon laquelle les motifs étaient inadéquats et elle a précisé que la perfection n'est pas requise et que la décision, lorsqu'elle est lue dans son ensemble, est essentiellement transparente, intelligible et justifiée.

IV. Les questions en litige

[33] Le présent appel soulève les trois questions certifiées suivantes :

A. Comme l'alinéa 133(1)(j) et l'article 134 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (RIPR) ont été modifiés et sont entrés en vigueur le 2 janvier 2014, la Section d'appel de l'immigration (SAI) aurait-elle dû appliquer la version modifiée du Règlement de manière rétroactive à une affaire dans le cadre de laquelle l'avis d'appel de la demanderesse a été déposé auprès de la SAI avant l'entrée en vigueur de la version modifiée du Règlement?

B. Does paragraph 133(1)(j) of the IRPR violate section 15 of the Charter?

C. Does paragraph 133(1)(j) of the IRPR violate section 7 of the Charter?

V. Analysis

[34] In an appeal from a decision of the Federal Court sitting in judicial review of a decision of an administrative tribunal, the applicable standard of appellate review is that set out by the Supreme Court in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47. Accordingly, we must step into the shoes of the Federal Court and determine, first, whether it identified the appropriate standard of review, and, second, assess whether it applied the standard correctly. In other words, we must for all intents and purposes conduct the judicial review analysis afresh.

[35] The parties agree that the Federal Court correctly found that the standard of review for all three questions is that of correctness. The issue of whether the pre-2014 or the post-2014 version of section 133 applied is a pure question of law; while the IAD has expertise on the application of the IRPR, the retroactive or retrospective application of a provision clearly falls outside of its specialized expertise. It is also a question of law that is of general importance for the legal system as a whole, upon which no deference is warranted: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 55.

[36] I am also of the view that the Federal Court was right to apply the correctness standard to the constitutional questions involving sections 7 and 15 of the Charter. That being said, the extricable findings of fact and the assessment of the evidence upon which the constitutional analysis is premised are entitled to deference. As the Supreme Court stated in *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407 (*Consolidated Fastfrate*), at paragraph 26:

B. L’alinéa 133(1)(j) du RIPR contrevient-il à l’article 15 de la Charte?

C. L’alinéa 133(1)(j) du RIPR contrevient-il à l’article 7 de la Charte?

V. Analyse

[34] Dans l’appel d’une décision de la Cour fédérale qui est le contrôle judiciaire d’une décision d’un tribunal administratif, la norme de contrôle applicable en appel est celle établie par la Cour suprême dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47. Par conséquent, il faut se mettre à la place de la Cour fédérale et déterminer, premièrement, si elle a choisi la norme de contrôle appropriée et, deuxièmement, si elle l’a appliquée correctement. Autrement dit, nous devons en pratique refaire l’analyse du contrôle judiciaire.

[35] Les parties conviennent que la Cour fédérale a conclu à juste titre que la norme de contrôle applicable aux trois questions est celle de la décision correcte. La question de savoir si la version de l’article 133 qui s’applique est celle antérieure à 2014 ou celle postérieure à 2014 est une pure question de droit. Bien que la SAI ait des connaissances spécialisées sur l’application du RIPR, l’application rétroactive ou rétrospective d’une disposition, de toute évidence, ne relève pas de ses compétences spécialisées. C’est aussi une question de droit qui revêt une importance générale pour l’ensemble du système juridique, auquel cas il n’y a pas lieu de déférer à la décision (arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 55).

[36] Je suis également d’avis que la Cour fédérale a eu raison d’appliquer la norme de la décision correcte aux questions constitutionnelles concernant les articles 7 et 15 de la Charte. Cela dit, il y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait isolables et de l’appréciation de la preuve sur lesquelles repose l’analyse constitutionnelle. Comme l’a déclaré la Cour suprême dans l’arrêt *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407 (*Consolidated Fastfrate*), au paragraphe 26 :

The parties agree that the applicable standard of review in cases of constitutional interpretation is correctness: see *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, at p. 17. However, as the respondent Teamsters also note, the ALRB's constitutional analysis rested on its factual findings. Where it is possible to treat the constitutional analysis separately from the factual findings that underlie it, curial deference is owed to the initial findings of fact: see *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 19.

(See also: *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John v. Association of Employees of Northern Quebec (CSQ)*, 2017 FCA 212, at paragraphs 18–19; *Northern Air Solutions Inc. v. United Food and Commercial Workers Canada, Local 175*, 2015 FCA 259, at paragraph 5; *CHC Global Operations (2008) Inc. v. Global Helicopter Pilots Association*, 2010 FCA 89, 4 Admin. L.R. (5th) 251, at paragraph 22.)

[37] Thus, the standard of reasonableness applies to questions of fact.

A. *Given that paragraph 133(1)(j) and section 134 of the IRPR were amended and came into force on January 2, 2014, should the IAD have retroactively applied the amended version of these regulations to a case where the appellant's notice of appeal to the IAD was filed before the amended version of the regulations came into force?*

[38] The appellant argued that the IAD and the Federal Court erred in applying the amended version of paragraph 133(1)(j) of the IRPR to her appeal. Relying on the presumption that new legislation affecting substantive rights only apply prospectively unless a clear legislative intent to the contrary can be discerned, she also pointed out that not only is there no transitional provisions dealing with appeals filed before the new MNI requirement came into effect, but that the Regulatory Impact Analysis Statement and Citizenship and Immigration Canada

Les parties conviennent que la norme de contrôle applicable dans les affaires d'interprétation constitutionnelle est celle de la décision correcte : voir *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, p. 17. Toutefois, comme le fait également remarquer le conseil des Teamsters intimé, l'analyse constitutionnelle de l'ALRB reposait sur ses conclusions de fait. Lorsqu'il est possible de traiter l'analyse constitutionnelle séparément des conclusions de fait qui la sous-tendent, il convient de faire preuve de retenue judiciaire à l'égard de ces conclusions de fait initiales : voir *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 19.

(Voir également les arrêts *Conseil de la Nation Innu Matimekush-Lac John c. Association des employés du Nord québécois (CSQ)*, 2017 CAF 212, aux paragraphes 18 et 19; *Northern Air Solutions Inc. c. Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175*, 2015 CAF 259, au paragraphe 5; *CHC Global Operations (2008) Inc. c. Global Helicopter Pilots Association*, 2010 CAF 89, au paragraphe 22.)

[37] Par conséquent, la norme de la décision raisonnable s'applique aux questions de fait.

A. *Comme l'alinéa 133(1)j) et l'article 134 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (RIPR) ont été modifiés et sont entrés en vigueur le 2 janvier 2014, la Section d'appel de l'immigration (SAI) aurait-elle dû appliquer la version modifiée du Règlement de manière rétroactive à une affaire dans le cadre de laquelle l'avis d'appel de la demanderesse a été déposé auprès de la SAI avant l'entrée en vigueur de la version modifiée du Règlement?*

[38] L'appelante a soutenu que la SAI et la Cour fédérale ont commis une erreur en appliquant à son appel la version modifiée de l'alinéa 133(1)j) du RIPR. S'appuyant sur la présomption selon laquelle, sauf indication claire du législateur à l'effet contraire, de nouvelles mesures législatives visant des droits fondamentaux ne s'appliquent que prospectivement, l'appelante a également souligné que, non seulement il n'existe pas de dispositions transitoires applicables aux appels interjetés avant l'entrée en vigueur de la nouvelle exigence relative

(CIC) Operational Bulletin confirmed that the new MNI requirement is not meant to be applied retroactively. As interesting as this argument may be, this is not a question that is properly before us as it should not have been certified in the first place.

[39] It is well established that for a question to be properly certified pursuant to section 74 of the IRPA, it must be dispositive of the appeal. In the case at bar, it clearly does not matter whether one applies the original or amended version of paragraph 133(1)(j) of the IRPR. Based on the pre-2014 MNI requirement, in order to support 14 people (the 7 she sought to sponsor as well as her family members), the appellant would have needed a minimum income of \$92 181 for 2007 (the taxation year immediately preceding the date of filing of the sponsorship application). Yet her income for that year was \$1 200. She therefore would not have met the MNI requirement even under its original version. Needless to say, she does not meet the new MNI threshold either, which is 30 percent higher than the old one (between \$137 189 to \$140 597 in 2013 to 2015). In similar circumstances, this Court found that the certified question is not dispositive of the appeal, as it does not matter which version of the requirements was applied: see *Sran v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 16.

[40] The appellant also argued that her right to procedural fairness was breached because the IAD failed to advise her that it would be applying the amended version of paragraph 133(1)(j) and section 134 to her sponsorship appeal. In my view, the Federal Court was correct to reject that argument. As the Federal Court pointed out, the transcript reveals that the issue was raised with the appellant's counsel towards the end of the hearing, such that counsel could have made submissions in that respect. More importantly, it appears that the appellant's challenge to the constitutional validity of paragraph 133(1)(j) of the IRPR was directed to the MNI as such, rather than to any particular version of that requirement. Indeed, her notice of constitutional question

au RVM, mais le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation et le Bulletin opérationnel de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) confirment que la nouvelle exigence relative au RVM n'est pas censée s'appliquer rétroactivement. Aussi intéressant que soit cet argument, ce n'est pas une question dont nous sommes saisis comme il se doit puisqu'elle n'aurait pas dû être certifiée au départ.

[39] Il est bien établi que, pour qu'une question soit dûment certifiée en vertu de l'article 74 de la LIPR, elle doit être décisive quant à l'issue de l'appel. En l'espèce, il est manifeste qu'il importe peu que l'on applique la version originale ou la version modifiée de l'alinéa 133(1j) du RIPR. Si l'on appliquait l'exigence relative au RVM antérieure à 2014, pour subvenir aux besoins de 14 personnes (soit les 7 personnes que l'appelante a demandé à parrainer ainsi que les membres de sa famille), l'appelante aurait eu besoin d'un revenu minimum de 92 181 \$ en 2007 (l'année d'imposition précédant la date du dépôt de la demande de parrainage). Pourtant, son revenu cette année-là était de 1 200 \$. Elle n'aurait donc pas satisfait à l'exigence relative au RVM même dans sa version originale. Il va sans dire que le revenu de l'appelante n'atteint pas non plus le nouveau seuil du RVM, qui est plus élevé de 30 p. 100 que l'ancien seuil (entre 137 189 \$ et 140 597 \$ de 2013 à 2015). Dans des circonstances semblables, la Cour conclut que la question certifiée ne permet pas de trancher l'appel, puisque l'application de l'une ou l'autre version des exigences entraîne le même résultat (voir l'arrêt *Sran c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 16).

[40] L'appelante a également fait valoir qu'on avait manqué à son droit à l'équité procédurale étant donné que la SAI ne l'avait pas informée qu'elle appliquerait la version modifiée de l'alinéa 133(1j) et de l'article 134 à son appel en matière de parrainage. À mon avis, la décision de la Cour fédérale de rejeter cette observation était correcte. Comme la Cour fédérale l'a souligné, la transcription révèle que la question a été soulevée auprès de l'avocate de l'appelante vers la fin de l'audience, de sorte que celle-ci aurait pu présenter des observations à cet égard. Qui plus est, il semble que la contestation par l'appelante de la validité constitutionnelle de l'alinéa 133(1j) du RIPR portait sur le RVM comme tel, plutôt que sur une version particulière de l'exigence en

makes it clear that she intended to question the validity of any MNI, not just the pre-2014 or the post-2014 version of paragraph 133(1)(j). Accordingly, it is to be presumed that the appellant marshalled evidence and made arguments that went to any MNI, and a careful examination of the record bears this out. At the hearing, counsel for the appellant was unable to explain what difference it would have made to her argument whether the pre-2014 or the post-2014 version was applied. I find, therefore, that the appellant was not prevented from making her case as forcefully and compellingly as possible.

B. Does paragraph 133(1)(j) of the IRPR violate section 15 of the Charter?

[41] The appellant contends that the Federal Court erred in several respects in reviewing the IAD decision, and made errors of law as well as reviewable errors in its evidentiary findings.

[42] First, the appellant argues that both the IAD and the Federal Court applied the wrong legal test to her section 15 claim in disregarding the larger social, political and legal context of the case and in failing to analyze the social science evidence, dismissing it as too generic and indirect. The appellant also claims that the Federal Court erred in dismissing her argument on the basis that it could not find a comparator group. She also argues that the IAD also misapprehended the notion of a comparator group by defining it as the group to which the appellant is a member as opposed to the group against which the appellant's conditions should be assessed. Relying on the decision of the Supreme Court in *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396 (*Withler*), she alleges it is not necessary to pinpoint a mirror comparator when the discrimination is indirect; in such cases, the focus must be on the effect of the law and the situation of the claimant group. As a result, the IAD and the Federal Court should have considered the sociological disadvantages faced by women, people with disabilities and members of racialized groups in

la matière. En effet, son avis de question constitutionnelle indique clairement qu'elle avait l'intention de remettre en question la validité du RVM en soi, et pas uniquement la version antérieure ou postérieure à 2014 de l'alinéa 133(1)j). Par conséquent, il faut présumer que l'appelante a réuni des éléments de preuve et présenté des observations qui portaient sur toute version du RVM, comme l'atteste un examen attentif du dossier. À l'audience, les avocats de l'appelante n'ont pas été en mesure d'expliquer en quoi la thèse de l'appelante aurait différé si l'on avait appliqué l'une ou l'autre version (antérieure à 2014 ou postérieure à 2014). Par conséquent, j'estime que l'on n'a pas empêché l'appelante de faire valoir son point de vue de la façon la plus vigoureuse et convaincante possible.

B. L'alinéa 133(1)j) du RIPR contrevient-il à l'article 15 de la Charte?

[41] L'appelante soutient que la Cour fédérale a commis plusieurs erreurs dans son contrôle de la décision de la SAI, notamment des erreurs de droit ainsi que des erreurs susceptibles de contrôle dans ses conclusions à l'égard de la preuve.

[42] En premier lieu, l'appelante soutient que la SAI et la Cour fédérale ont appliqué le mauvais critère juridique à sa contestation fondée sur l'article 15 en faisant fi du contexte social, politique et juridique général de l'espèce et en n'analysant pas les éléments de preuve en matière de sciences sociales, les ayant rejetés en raison de leur caractère trop vague et indirect. L'appelante avance également que la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant sa thèse au motif qu'il n'y avait pas de groupe de comparaison. Elle soutient en outre que la SAI a mal interprété la notion de groupe de comparaison en jugeant qu'il s'agissait d'un groupe auquel l'appelante appartient et non d'un groupe par rapport auquel la situation de l'appelante doit être comparée. Se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 (l'arrêt *Withler*), l'appelante allègue qu'il n'est pas nécessaire de désigner un groupe de comparaison qui corresponde précisément au groupe de demandeurs lorsque la discrimination est indirecte; dans de tels cas, l'accent doit être mis sur l'effet de la loi et la situation du groupe de demandeurs. Par

order to assess the impact of the MNI requirement on the appellant.

[43] With respect to the evidentiary findings, the appellant contends that the IAD erred in dismissing her claim at least in part because it did not consider her to be a “racialized” person, despite the evidence that, in the Canadian context, the term “racialized people” includes visible minorities “who are non-Caucasian in race or non-white in colour” (affidavit of Professor Galabuzi, appeal book, at page 726, paragraph 13). The appellant is also of the view that the IAD erred in conflating section 15 arguments with the humanitarian and compassionate considerations, and in stating that most of the socio-economic disadvantages faced by people in the appellant’s situation can be addressed through the availability of special relief pursuant to paragraph 67(1)(c) of IRPA. Finally, the appellant takes exception to the characterization of the social science evidence that she introduced as being too “generic” or “indirect”, and stresses that all the relevant evidence connecting the socio-economic disadvantages of the groups to the situation of prospective sponsors was completely ignored.

[44] The starting point to understanding the meaning and purpose of section 15 of the Charter is the seminal decision of the Supreme Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143 (*Andrews*). In that case, Justice McIntyre made it clear that the concept of human dignity that underlies the equality guarantee calls not only for formal equality (“things that are alike should be treated alike”), but, more importantly, for substantive equality (*Andrews*, at page 166). Since the drawing of distinctions is inseparable from legislative action, the challenge has been to come up with a framework to identify those distinctions that are discriminatory. As Justice McIntyre stated, “[i]t must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in

conséquent, la SAI et la Cour fédérale auraient dû tenir compte des désavantages sociologiques auxquels sont confrontés les femmes, les personnes handicapées et les membres de groupes racialisés afin d’évaluer l’effet de l’exigence relative au RVM sur l’appelante.

[43] En ce qui concerne les conclusions à l’égard de la preuve, l’appelante fait valoir que la SAI a commis une erreur en rejetant sa demande, en partie, du moins, parce qu’elle n’a pas considéré l’appelante comme étant une personne « racialisée », malgré les éléments de preuve indiquant que, dans le contexte canadien, l’expression [TRADUCTION] « personnes racialisées » englobe les minorités visibles [TRADUCTION] « de race autre que caucasienne ou de couleur autre que blanche » (affidavit de M. Galabuzi, dossier d’appel, à la page 726, au paragraphe 13). L’appelante est également d’avis que la SAI a commis une erreur en réunissant les arguments relatifs à l’article 15 et les considérations d’ordre humanitaire et en déclarant que l’on peut remédier à la plupart des désavantages socio-économiques auxquels sont confrontés les gens dans la situation de l’appelante par la prise de mesures spéciales au titre de l’alinéa 67(1)c) de la LIPR. Enfin, l’appelante s’oppose à ce que les éléments de preuve en matière de sciences sociales qu’elle a présentés soient taxés de trop « vagues » ou « indirects » et souligne que tous les éléments de preuve pertinents établissant un lien entre les désavantages socio-économiques des groupes et la situation des répondants éventuels ont été complètement écartés.

[44] L’arrêt de principe de la Cour suprême dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 (*Andrews*), constitue le point de départ pour comprendre le sens et l’objet de l’article 15 de la Charte. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a établi clairement que le concept de dignité humaine qui sous-tend la garantie d’égalité exige non seulement l’égalité formelle (« [i]l en sera de même de l’égalité, si l’on examine les personnes et les choses. Le rapport qui existe entre les objets se retrouvera entre les personnes »), mais, ce qui est plus important encore, l’égalité réelle (*Andrews*, à la page 166). Étant donné que l’action législative entraîne inévitablement l’établissement de distinctions, la difficulté était de trouver un moyen de déceler les distinctions qui sont discriminatoires. Comme l’a déclaré le juge McIntyre, « [i]l faut

inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality” (at page 164; see also pages 167, 168 and 182). The key concept, therefore, will be that of discrimination, which Justice McIntyre defined, at page 174, as:

...a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

[45] The approach proposed by Justice McIntyre was applied in a series of cases over the years, and evolved into a two-step approach best summarized by Justice McLachlin (as she then was) in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at paragraph 128:

.... First, the claimant must show a denial of “equal protection” or “equal benefit” of the law as compared with some other person. Second, the claimant must show that the denial constitutes discrimination.

[46] It was not entirely clear, however, when a distinction based on an enumerated or analogous ground would not also be discriminatory. The Supreme Court came to grips with that question in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 (*Law*). In that case, the Court considered the jurisprudential developments in equality law, and tried to refine the concept of discrimination. Specifically, it held that substantive equality would be infringed only where adverse differential treatment by the government has a negative effect on a person's human dignity. Writing for a unanimous Court, Justice Iacobucci summarized the “three broad inquiries” that a court should undertake when called upon to determine a claim under subsection 15(1) of the Charter. First, the court must decide whether the

cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités » (à la page 164; voir aussi les pages 167, 168 et 182). Le concept clé sera donc celui de la discrimination, que le juge McIntyre a défini ainsi, aux pages 174 et 175 :

[...] une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres, ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

[45] La démarche proposée par le juge McIntyre a été appliquée dans de nombreuses affaires au fil des ans et s'est transformée en une démarche en deux étapes que résume le mieux la juge McLachlin (plus tard juge en chef) dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au paragraphe 128 :

[...] Premièrement, le demandeur doit démontrer qu'il y a eu négation de son droit « à la même protection » ou « au même bénéfice » de la loi qu'une autre personne. Deuxièmement, le demandeur doit démontrer que cette négation constitue une discrimination.

[46] Toutefois, il n'était pas tout à fait clair dans quels cas une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue par ailleurs ne serait pas discriminatoire. La Cour suprême a abordé cette question dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (*Law*). Dans cet arrêt, la Cour suprême s'est penchée sur l'évolution de la jurisprudence en matière de droit à l'égalité et a tenté de peaufiner le concept de discrimination. Plus précisément, elle a conclu que l'on ne porterait atteinte à l'égalité réelle que dans les cas où la différence de traitement défavorable exercée par le gouvernement a un effet négatif sur la dignité humaine d'une personne. S'exprimant au nom d'un tribunal unanime, le juge Iacobucci a résumé « les trois grandes questions » sur lesquelles un tribunal doit

impugned law draws a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or fails to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society, thereby treating differently, in a substantive way, the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics. Second, the court must deal with whether the basis for the differential treatment is an enumerated or analogous ground. Third, the court must determine, by answering the following question, whether the law has a purpose or effect that is discriminatory:

... Does the differential treatment discriminate, by imposing a burden upon or withholding a benefit from the claimant in a manner which reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or which otherwise has the effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?

(*Law*, at page 549 [paragraph 88].)

[47] In trying to determine whether the differential treatment discriminates in a substantive sense, Justice Iacobucci proposed four relevant contextual factors: (1) pre-existing disadvantage experienced by the claimant or the group of which the claimant is a member; (2) correspondence, or lack thereof, between the ground or grounds on which the discrimination claim is based and the actual needs, capacity, or circumstances of the claimant or the affected group; (3) the ameliorative purpose or effect, or lack thereof, of the impugned law for certain members of society; and (4) the nature and scope of the benefit or interest which the claimant feels he or she has been denied (*Law*, at pages 550–552).

[48] Almost a decade later, the Supreme Court once again endeavoured to streamline the application of the equality guarantee and to deal with some of the criticism levelled at the framework suggested in *Law*. These

se pencher lorsqu'il est appelé à se prononcer sur une allégation fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte. En premier lieu, le tribunal doit déterminer si la loi contestée établit une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles et si elle omet de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles. En deuxième lieu, le tribunal doit déterminer si la différence de traitement est fondée sur des motifs énumérés ou analogues. En troisième lieu, le tribunal doit déterminer, en répondant à la question suivante, si la loi a un but ou un effet discriminatoire :

[...] La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain ou que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération?

(Arrêt *Law*, à la page 549 [paragraphe 88].)

[47] En tentant de déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle, le juge Iacobucci a proposé quatre facteurs contextuels pertinents : 1) la préexistence d'un désavantage subi par le demandeur ou par le groupe auquel il appartient; 2) la correspondance, ou l'absence de correspondance, entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation de discrimination est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur ou groupe concerné; 3) l'objet ou l'effet d'amélioration, ou l'absence de celui-ci, de la loi contestée eu égard à certains membres de la société; 4) la nature et l'étendue de l'avantage ou du droit duquel le demandeur estime avoir été privé (arrêt *Law*, aux pages 550 à 552).

[48] Près d'une décennie plus tard, la Cour suprême s'est de nouveau efforcée de rationaliser l'application de la garantie à l'égalité et de répondre à certaines des critiques formulées à l'encontre du cadre proposé dans

criticisms related primarily to the use of the violation of human dignity test, the application of the contextual factors, and the use of comparators required by the *Law* framework. In both *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 (*Kapp*), and *Withler*, a unanimous Court (in reasons delivered jointly by Chief Justice McLachlin and Justice Abella) stressed that the concept of substantive equality has remained and still is the centerpiece of the analytical framework. In light of that overarching objective, the Court in *Kapp* re-articulated the three-stage analysis into a two-step process: (1) Does the law, on its face or in its impact, create a distinction based on an enumerated or analogous ground(s)?; and (2) Does the distinction impose a burden or deny a benefit by perpetuating or reinforcing a prejudice or a disadvantage?

[49] This approach has since been consistently applied: see *Withler*, at paragraph 30; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at paragraph 188; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61 (*Quebec v. A*), at paragraphs 186, 324 and 418; *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548 (*Taypotat*), at paragraphs 19–20; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522, at paragraph 22. Acknowledging that the concept of human dignity is abstract and subjective and therefore difficult to operationalize, and that a comparator analysis is somewhat artificial, the Court emphasized that the four contextual factors set out in *Law* must be seen not as a formalistic test, but as a way of focusing on the central concern of section 15, that is, combating discrimination both in terms of perpetuating disadvantage and stereotyping (*Kapp*, at paragraphs 23–24).

[50] Expanding on those reasons, the Court wrote in *Withler*:

Whether the s. 15 analysis focusses on perpetuating disadvantage or stereotyping, the analysis involves looking at the circumstances of members of the group and the negative impact of the law on them. The analysis is contextual, not formalistic, grounded in the actual situation of

l'arrêt *Law*. Ces critiques portaient principalement sur l'utilisation du critère de l'atteinte à la dignité humaine, l'application des facteurs contextuels et le recours à des éléments de comparaison requis par le cadre établi dans l'arrêt *Law*. Tant dans l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 (*Kapp*), que dans l'arrêt *Withler*, la Cour suprême, à l'unanimité, dans des motifs conjoints de la juge en chef McLachlin et de la juge Abella, a souligné que le concept d'égalité réelle demeurerait et demeure l'élément central du cadre analytique. À la lumière de cet objectif global, la Cour dans l'arrêt *Kapp* a reformulé l'analyse en trois étapes en une démarche en deux étapes : 1) La loi, à première vue ou dans son effet, crée-t-elle une distinction fondée sur un ou des motifs énumérés ou analogues? 2) La distinction impose-t-elle un fardeau ou refuse-t-elle un avantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes?

[49] Cette démarche a depuis été appliquée de façon uniforme : arrêt *Withler*, au paragraphe 30; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, au paragraphe 188; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61 (*Québec c. A*), aux paragraphes 186, 324 et 418; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548 (*Taypotat*), aux paragraphes 19 et 20; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522, au paragraphe 22. Reconnaisant que la notion de dignité humaine est abstraite et subjective et par conséquent difficile à appliquer et que l'analyse comparative est quelque peu artificielle, la Cour a souligné que les quatre facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Law* doivent être considérés comme étant non pas un critère formaliste, mais un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'article 15, à savoir à la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un préjugé et de l'application de stéréotypes (arrêt *Kapp*, aux paragraphes 23 et 24).

[50] En traitant de ces motifs, la Cour suprême a écrit dans l'arrêt *Withler* :

Qu'elle vise à déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué, l'analyse requise par l'art. 15 appelle l'examen de la situation des membres du groupe et de l'incidence négative de la mesure sur eux. Il s'agit d'une analyse contextuelle, non formaliste, basée

the group and the potential of the impugned law to worsen their situation.

(*Withler*, at paragraph 37.)

[51] Of particular relevance for the case at bar is the Court's approach to comparison. Stressing emphatically that substantive equality (which is concerned with the actual impact of the impugned law, and not the mere absence or presence of difference) must be the focus of a section 15 analysis, the Court insisted that a formal analysis based on comparison between the claimant group and a "similarly situated" group will not always ensure a result that captures the wrong to which subsection 15(1) is directed (*Withler*, at paragraphs 39–40). The Court agreed that the use of mirror comparator groups raises a number of concerns, notably that: (1) the definition of the comparator group may determine the analysis and the outcome without regard to whether the distinction creates a disadvantage or perpetuates prejudice or stereotyping (*Withler*, at paragraph 56); (2) the focus on finding a "like" comparator group may become a search for sameness rather than a search for disadvantage (*Withler*, at paragraph 57); (3) confining the analysis to a rigid comparison between the claimant and a group that mirrors it except for one characteristic may fail to account for more nuanced experiences of discrimination (*Withler*, at paragraph 58); and (4) finding the right comparator group places an unfair burden on claimants (*Withler*, at paragraph 59).

[52] Far from denying the general usefulness of comparison, the Court suggested a more flexible approach to assess the impact of the impugned scheme on substantive equality. Indeed, the use of comparison cannot be completely done away with, as it is essential to establish a "distinction". What is crucial at the first stage, however, is not that a claimant identify a particular group that does not share the disqualifying characteristic that sets him or her apart, but rather that the claimant be able to establish that he or she is treated differently than others:

sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation.

(Arrêt *Withler*, au paragraphe 37.)

[51] L'approche de la Cour suprême à l'égard de la comparaison est particulièrement pertinente en l'espèce. En soulignant avec vigueur que l'égalité réelle (qui se définit par l'effet réel de la loi contestée et non par la simple existence ou la simple absence d'une différence) doit être au cœur de l'analyse requise par l'article 15, la Cour suprême a insisté sur le fait qu'une analyse formelle fondée sur une comparaison du groupe de demandeurs à un groupe « se trouvant dans une situation semblable » ne garantit pas la suppression du mal auquel le paragraphe 15(1) vise à remédier (arrêt *Withler*, aux paragraphes 39 et 40). La Cour a reconnu que l'utilisation de groupes de comparaison aux caractéristiques identiques pose un certain nombre de difficultés, dont celles-ci : 1) la définition du groupe de comparaison peut dicter l'analyse et le résultat sans égard à la question de savoir si la distinction crée un désavantage ou perpétue un préjugé ou un stéréotype (arrêt *Withler*, au paragraphe 56); 2) centrer l'analyse sur la « similitude » par rapport au groupe de comparaison peut mener à la recherche de la similitude plutôt que d'un désavantage (arrêt *Withler*, au paragraphe 57); 3) limiter l'analyse à une comparaison rigide entre le demandeur et un groupe présentant des caractéristiques toutes identiques aux siennes, sauf une, ne révélerait peut-être pas les cas plus nuancés de discrimination (arrêt *Withler*, au paragraphe 58); 4) le choix du groupe de comparaison approprié impose un fardeau indu aux demandeurs (arrêt *Withler*, au paragraphe 59).

[52] Loin de nier l'utilité générale de la comparaison, la Cour suprême a proposé une démarche plus souple pour évaluer l'effet du régime contesté sur l'égalité réelle. En effet, l'utilisation de la comparaison ne peut être complètement éliminée, car elle est essentielle à l'établissement d'une « distinction ». Ce qui est crucial à la première étape, cependant, ce n'est pas que le demandeur définisse un groupe particulier qui ne partage pas avec lui la caractéristique d'exclusion qui le distingue, mais plutôt qu'il soit capable d'établir qu'il est traité différemment des autres :

The role of comparison at the first step is to establish a “distinction”. Inherent in the word “distinction” is the idea that the claimant is treated differently than others. Comparison is thus engaged, in that the claimant asserts that he or she is denied a benefit that others are granted or carries a burden that others do not, by reason of a personal characteristic that falls within the enumerated or analogous grounds of s. 15(1).

It is unnecessary to pinpoint a particular group that precisely corresponds to the claimant group except for the personal characteristic or characteristics alleged to ground the discrimination. Provided that the claimant establishes a distinction based on one or more enumerated or analogous grounds, the claim should proceed to the second step of the analysis. This provides the flexibility required to accommodate claims based on intersecting grounds of discrimination. It also avoids the problem of eliminating claims at the outset because no precisely corresponding group can be posited.

(*Withler*, at paragraphs 62–63.)

[53] The Court went on to add that it will be more difficult to establish a distinction when the discrimination alleged is of an indirect nature. In such a case, the claimant will have “more work to do” at the first step, because the impugned measure will on its face apply in the same way to all (*Withler*, at paragraph 64). As the Court stated, “[h]istorical or sociological disadvantage may assist in demonstrating that the law imposes a burden or denies a benefit to the claimant that is not imposed on or denied to others. The focus will be on the effect of the law and the situation of the claimant group” (*Withler*, at paragraph 64).

[54] At the second step, though, the use of comparison may be helpful to better understand the claimant’s situation as well as the disadvantage or stereotype to which he or she is allegedly subjected. “At this step”, the Court wrote, “comparison may bolster the contextual understanding of a claimant’s place within a legislative scheme and society at large, and thus help to determine whether the impugned law or decision perpetuates disadvantage or stereotyping” (*Withler*, at paragraph 65).

Le rôle de la comparaison consiste, à la première étape, à établir l’existence d’une « distinction ». Il ressort du mot « distinction » l’idée que le demandeur est traité différemment d’autrui. La comparaison entre donc en jeu, en ce sens que le demandeur prétend qu’il s’est vu refuser un avantage accordé à d’autres ou imposer un fardeau que d’autres n’ont pas, en raison d’une caractéristique personnelle correspondant à un motif énuméré ou analogue visé par le par. 15(1).

Il n’est pas nécessaire de désigner un groupe particulier qui corresponde précisément au groupe de demandeurs, hormis la ou les caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination. Dans la mesure où le demandeur établit l’existence d’une distinction fondée sur au moins un motif énuméré ou analogue, la demande devrait passer à la deuxième étape de l’analyse. Cette démarche offre la souplesse requise pour l’examen des allégations fondées sur des motifs de discrimination interreliés. Elle permet également d’éviter le rejet immédiat de certaines demandes s’il se révèle impossible de désigner un groupe dont les caractéristiques correspondent précisément à celles du demandeur.

(Arrêt *Withler*, aux paragraphes 62 et 63.)

[53] La Cour a ajouté qu’il sera plus difficile d’établir l’existence d’une distinction lorsque la discrimination alléguée est de nature indirecte. Dans un tel cas, le demandeur a « une tâche plus lourde » à la première étape, parce que la mesure contestée s’applique à première vue de la même façon à tous (arrêt *Withler*, au paragraphe 64). Comme l’a déclaré la Cour, « [l]’existence d’un désavantage historique ou sociologique pourrait aider à démontrer que la loi impose au demandeur un fardeau qu’elle n’impose pas à d’autres ou lui refuse un avantage qu’elle accorde à d’autres. Le débat sera centré sur l’effet de la loi et sur la situation du groupe de demandeurs » (arrêt *Withler*, au paragraphe 64).

[54] À la deuxième étape, cependant, le recours à la comparaison peut être utile pour mieux comprendre la situation du demandeur ainsi que le désavantage ou le stéréotype auquel il allègue être soumis. Comme l’a écrit la Cour, « [à] cette étape, la comparaison peut favoriser une meilleure compréhension contextuelle de la situation du demandeur dans le cadre d’un régime législatif et dans la société en général et aider ainsi à déterminer si la mesure législative ou la décision contestée perpétue un désavantage ou un stéréotype » (arrêt *Withler*, au paragraphe 65).

[55] On the basis of these principles, I will now address the arguments raised by the appellant and the interveners.

[56] The appellant does not contend that paragraph 133(1)(j) of the IRPR creates a direct and explicit distinction based on an enumerated or analogous ground. Rather, she submits that though neutral on its face, the MNI requirement has a differential impact on her and that she is disproportionately affected as a racialized woman with a disability. In other words, members of racialized communities, women, and people with disabilities experience higher unemployment rates, earn less income, are more likely to live in poverty, and are thus less likely to be able to meet the MNI requirement.

[57] Focusing on a paragraph of the IAD's reasons, and more particularly on a single line of that paragraph, the appellant claims that the IAD's finding (confirmed by the Federal Court) that paragraph 133(1)(j) of the IRPR does not create a distinction under section 15, is based on a misapprehension of the law and on an application of the wrong legal test to the facts at hand. The paragraph of the IAD's reasons [paragraph 105] at issue reads as follows:

Moreover, the panel finds that the appellant has not established that *IRPR* s. 133 creates a distinction based on the enumerated or any analogous grounds. After reviewing the testimony and surrounding general statistical documentation previously discussed, the panel finds that it is broad, tenuous, non-definitive, often contradictory, and sometimes not directly applicable to the appellant (or even to a group that may have been arguably comparative). Considering an "intersectional" context, the evidence was not sufficiently substantive to produce a real comparative group, or demonstrate the actual impact of *IRPR* s. 133 on that group. The evidence was often nebulous and did not demonstrate a causal connection that produced a disproportionate impact or an adverse effect. [Footnote omitted.]

[58] On a fair reading of that paragraph, it seems to me the IAD was focused on the insufficiency of the evidence demonstrating that the appellant was, on the basis of her personal characteristics, denied a benefit that others enjoyed, or carried a burden others did not. Far from

[55] À la lumière de ces principes, je vais maintenant examiner les observations de l'appelante et des intervenants.

[56] L'appelante ne soutient pas que l'alinéa 133(1)(j) du RIPR crée une distinction directe et explicite fondée sur un motif énuméré ou analogue. Elle soutient plutôt que, bien que neutre à première vue, l'exigence relative au RVM a un effet différent sur elle et qu'elle est touchée de façon disproportionnée en tant que femme racialisée ayant une déficience. Autrement dit, les membres des communautés racialisées, les femmes et les personnes ayant une déficience connaissent des taux de chômage plus élevés, gagnent moins d'argent et sont plus susceptibles de vivre dans la pauvreté, donc ils sont moins susceptibles de satisfaire à l'exigence relative au RVM.

[57] En mettant l'accent sur un paragraphe des motifs de la SAI, et plus particulièrement sur une ligne de ce paragraphe, l'appelante soutient que la conclusion de la SAI (confirmée par la Cour fédérale) voulant que l'alinéa 133(1)(j) du RIPR ne crée pas de distinction visée par l'article 15 repose sur une mauvaise interprétation du droit et sur l'application du mauvais critère juridique aux faits dont la SAI était saisie. Le paragraphe des motifs de la SAI en cause [paragraphe 105] est rédigé ainsi :

En outre, le tribunal constate que l'appelante n'a pas établi que l'article 133 du RIPR crée une distinction fondée sur les motifs énumérés ou autre[s] motifs analogues. Après examen du témoignage et de la documentation statistique générale connexe antérieurement analysés, le tribunal juge qu'ils sont larges, fragiles, non définitifs, souvent contradictoires et parfois non directement applicables à l'appelante (ni même à un groupe qui aurait pu être jugé comparable). En ce qui a trait à un contexte « intersectionnel », la preuve n'était pas suffisamment probante pour créer un groupe réellement comparatif ou pour démontrer l'incidence réelle de l'article 133 du RIPR sur ce groupe. La preuve était souvent nébuleuse et ne démontrait pas un lien de cause à effet s'étant traduit par une incidence disproportionnée ou un effet défavorable. [Note en bas de page omise.]

[58] Selon une interprétation objective de ce paragraphe, il m'apparaît que la SAI s'est concentrée sur l'insuffisance de la preuve démontrant que l'appelante, en raison de ses caractéristiques personnelles, s'était vu refuser un avantage dont jouissaient d'autres personnes

relying on the “outdated notion of a comparator group”, as argued by the appellant (Federal Court reasons, at paragraph 172), the IAD was simply not satisfied, on the basis of the evidence submitted, that there is a causal connection between the denial of her sponsorship for MNI reasons and the intersectional grounds she raised.

[59] While the reasons of the IAD could have been more elaborate and better articulated, I do not think it operated under the misconception that the identification of a comparator group is an essential prerequisite to establish a distinction. First of all, the IAD appropriately referred, in a footnote to the above-quoted paragraph 105, to the relevant and current jurisprudence of the Supreme Court on that issue (*Quebec v. A; Withler*). Moreover, it appears that the IAD was not referring to a comparator group as it has commonly been understood, that is a group which “mirrors the characteristics of the claimant (or claimant group) relevant to the benefit or advantage sought” except for the personal characteristic on which the claim was based” (*Withler*, at paragraph 49). Rather, it seems to have made this reference with a view to identifying the group to which the appellant may belong and which could be impacted by the MNI requirement even if she herself was not. In other words, it is clear that the IAD did not fall into the trap that *Withler* was meant to prevent, that is for claims to be dismissed because the claimant has failed to identify a proper comparator group. Rather, the IAD rejected the appellant’s claim because she could not demonstrate that she was excluded from sponsoring her parents because of a distinction based on the grounds she asserted.

[60] I would add that the use of comparisons has not been entirely rejected by the Supreme Court in *Withler*, nor could it be in my opinion. After all, equality is inherently a comparative concept (see Denise Réaume, “Dignity, Equality, and Comparison”, in Deborah Hellman and Sophia Moreau, eds., *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, (Oxford: University Press, 2013),

ou imposer un fardeau que d’autres n’avaient pas. Loin de s’appuyer sur la « la notion périmée des groupes de comparaison », comme l’a fait valoir l’appelante (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 172), la SAI n’était tout simplement pas convaincue, sur le fondement de la preuve présentée, qu’il existait un lien de cause à effet entre le rejet de la demande de parrainage de l’appelante en raison de l’exigence relative au RVM et les motifs intersectionnels qu’elle a invoqués.

[59] Même si les motifs de la SAI auraient pu être plus détaillés et mieux exprimés, je ne crois pas que la SAI ait fondé sa décision sur le principe erroné selon lequel la définition d’un groupe de comparaison est une condition essentielle à l’établissement de l’existence d’une distinction. Tout d’abord, dans une note de bas de page au paragraphe 105 cité ci-dessus, la SAI a renvoyé à juste titre à la jurisprudence pertinente et actuelle de la Cour suprême sur cette question (arrêt *Québec c. A* et arrêt *Withler*). En outre, il semble que la SAI ne faisait pas référence à un groupe de comparaison comme on l’entendait communément, c’est-à-dire un groupe qui « reflète les caractéristiques du demandeur (ou du groupe demandeur) qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l’avantage recherché” hormis la caractéristique personnelle à l’origine du recours » (arrêt *Withler*, au paragraphe 49). Elle semble plutôt avoir fait usage de cette notion en vue de définir le groupe auquel l’appelante pourrait appartenir et qui pourrait être touché par l’exigence relative au RVM, même si l’appelante ne l’était pas elle-même. Autrement dit, il est clair que la SAI n’est pas tombée dans le piège que l’arrêt *Withler* visait à éliminer, c’est-à-dire le rejet de demandes d’asile parce que le demandeur n’a pas défini le groupe de comparaison approprié. La SAI a plutôt rejeté la demande de l’appelante parce que celle-ci ne pouvait pas démontrer qu’on l’empêchait de parrainer ses parents en raison d’une distinction fondée sur les motifs qu’elle a invoqués.

[60] J’ajouterais que le recours à la comparaison n’a pas été entièrement rejeté par la Cour suprême dans l’arrêt *Withler* et je ne crois pas qu’il puisse l’être non plus. Après tout, l’égalité est une notion intrinsèquement comparative (voir Denise Réaume, « Dignity, Equality, and Comparison » dans Deborah Hellman et Sophia Moreau éd., *Philosophical Foundations of*

at page 7). As Justice McIntyre stated in *Andrews* [at page 164], equality “may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises” (see also *Law*, at paragraph 56). The Supreme Court did not do away with the role of comparison in establishing a distinction; on the contrary, it maintained in *Withler* that distinction necessarily implies a comparison. What it cautioned against is the notion that comparison can only be established through the identification of a comparative group that corresponds precisely to the claimant group save for the personal characteristic or characteristics alleged to ground the discrimination: *Withler*, at paragraphs 62–63. What matters, in the end, is whether the impugned provision differentially impacts the individual or group involved.

[61] It is precisely in this respect that the appellant’s submissions fall short of the mark. As previously mentioned, indirect discrimination is more difficult to establish than direct discrimination. Demonstrating that a law apparently treating everyone the same nevertheless negatively affects a group or individual in a disproportionate manner will always be more of a challenge. Evidence of sociological or historical disadvantage will sometimes assist in demonstrating such an adverse impact; but more will be required than a “web of instinct” and general statistical evidence with little or no relationship with the particular context of the claim: see *Taypotat*, at paragraphs 31–32 and 34.

[62] In the case at bar, the appellant filed extensive evidence purporting to document the socio-economic disadvantages faced by women, people with disabilities, and members of racialized communities, as well as evidence showing the importance of family in ensuring the full participation of these disadvantaged groups in Canadian society. The appellant also provided evidence relating to her personal situation, her limited employment history and the negative impact of the family separation on both her and her family. Having considered that evidence, the IAD came to the conclusion that it was of little help

Discrimination Law, Oxford : University Press, 2013, à la page 7). Comme l’a déclaré le juge McIntyre dans l’arrêt *Andrews* [à la page 164], l’égalité « [est] un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée » (voir également l’arrêt *Law*, au paragraphe 56). La Cour suprême n’a pas éliminé le rôle de la comparaison dans l’établissement de l’existence d’une distinction; au contraire, elle maintient dans l’arrêt *Withler* que la distinction fait nécessairement intervenir une comparaison. Elle a mis en garde contre la notion selon laquelle la comparaison ne peut être établie que par la définition d’un groupe de comparaison qui correspond précisément au groupe de demandeurs, à l’exception des caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination (arrêt *Withler*, aux paragraphes 62 et 63). Ce qui importe, en fin de compte, c’est de savoir si la disposition contestée a un effet différent sur la personne ou le groupe en cause.

[61] C’est précisément à cet égard que les observations de l’appelante sont insuffisantes. Comme je l’ai déjà mentionné, la discrimination indirecte est plus difficile à établir que la discrimination directe. Il sera toujours plus difficile de démontrer qu’une loi qui semble traiter tout le monde de la même façon a un effet défavorable disproportionné sur un groupe ou sur une personne. Prouver un désavantage sociologique ou historique aidera parfois à démontrer un tel effet préjudiciable, mais il faudra plus qu’une « accumulation d’intuitions » et une preuve statistique générale ayant peu ou pas de lien avec le contexte particulier de la demande (arrêt *Taypotat*, aux paragraphes 31, 32 et 34).

[62] En l’espèce, l’appelante a déposé de nombreux éléments de preuve censés documenter les désavantages socio-économiques avec lesquels sont aux prises les femmes, les personnes handicapées et les membres de communautés racialisées, ainsi que des éléments de preuve démontrant le rôle important que joue la famille pour amener ces groupes défavorisés à participer pleinement à la société canadienne. L’appelante a également fourni des éléments de preuve concernant sa situation personnelle, ses antécédents limités en matière d’emploi et les répercussions négatives sur elle et sa famille de leur

in demonstrating that the MNI requirement had an adverse impact on the basis of race, sex or disability. The IAD characterized that evidence as “broad”, “tenuous”, “non-definitive”, “often contradictory”, “sometimes not directly applicable to the appellant”, and “often nebulous” (IAD reasons, at paragraph 105). It also stated the following [at paragraph 104]:

However, the appellant relied almost entirely on broad, generic evidence and did not produce specific instances relating to her. The historical development of immigration legislation and statistical evidence about race and the labour market she presented is mostly too indirect for this appeal. She provided minimal direct evidence about her own situation, relating any absence of her financial resources to those characteristics. There was no evidence that she has been denied employment due to discrimination. In fact, as seen above in this Decision, very little supporting evidence was presented at all about the appellant’s income or financial resources.

[63] These extricable findings of fact are obviously entitled to deference on judicial review (*Consolidated Fastfrate*, at paragraph 26). Before the Federal Court, the appellant argued that the IAD had disregarded the larger social, political and legal context of the case and chose not to analyze the substantial socio-economic evidence. The Federal Court rejected that argument, being of the view that no adverse effect was established by the general statistical evidence produced by the appellant, thereby failing to establish that paragraph 133(1)(j) of the IRPR created a distinction based on an enumerated or analogous ground. In my view, such a conclusion was open to the Federal Court. Far from simply repeating the IAD’s “non-specific, dismissive treatment of the social science evidence” (appellant’s memorandum, at paragraph 38), the Federal Court relied on the governing jurisprudence according to which “the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned” (*Andrews*, at page 165, quoted in *Quebec v. A.*, at paragraph 319, Abella J.; see also Withler, at paragraph 39). On this basis, it found, as did the IAD, that this is where the appellant’s evidence fell

séparation. Après avoir examiné ces éléments de preuve, la SAI en est venue à la conclusion qu’ils n’aidaient pas vraiment à démontrer que l’exigence relative au RVM avait un effet préjudiciable en fonction de la race, du sexe ou de la déficience. La SAI a dit de ces éléments de preuve qu’ils étaient « larges », « fragiles », « non définitifs », « souvent contradictoires », « parfois non directement applicables à l’appelante » et « souvent nébuleux[x] » (motifs de la SAI, au paragraphe 105). Elle a également affirmé ceci [au paragraphe 104] :

Toutefois, l’appelante s’est presque entièrement appuyée sur une preuve vaste et générale, et n’a pas présenté de cas particuliers lui étant liés. L’évolution historique de la législation en matière d’immigration et les preuves statistiques au sujet de la race et du marché de l’emploi qu’elle a présentées sont en grande partie trop indirectes aux fins de cet appel. Elle a fourni des preuves directes minimales au sujet de sa propre situation, reliant toute absence de ressources financières à ces caractéristiques. Rien ne prouve qu’elle s’est vue refuser un emploi en raison d’une discrimination. En fait, comme nous l’avons vu plus haut dans cette décision, très peu de preuves à l’appui ont été présentées quant au revenu ou aux ressources financières de l’appelante.

[63] La déférence s’impose manifestement dans le contrôle judiciaire de ces conclusions de fait isolables (arrêt *Consolidated Fastfrate*, au paragraphe 26). Devant la Cour fédérale, l’appelante a fait valoir que la SAI avait fait fi du contexte social, politique et juridique général de l’affaire et qu’elle avait choisi de ne pas analyser les éléments de preuve socio-économiques importants. La Cour fédérale a rejeté cette observation, estimant que la preuve statistique générale produite par l’appelante n’établissait pas l’existence d’un effet préjudiciable et par conséquent ne pouvait établir que l’alinéa 133(1)(j) du RIPR créait une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. À mon avis, la Cour fédérale pouvait tirer une telle conclusion. Loin de simplement faire comme la SAI et de [TRADUCTION] « rejeter la preuve en sciences sociales du revers de la main sans l’examiner en détail » (mémoire de l’appelante, au paragraphe 38), la Cour fédérale s’est fondée sur la jurisprudence pertinente selon laquelle « la principale considération doit être l’effet de la loi sur l’individu ou le groupe concerné » (arrêt *Andrews*, à la page 165, cité dans l’arrêt *Quebec c. A.*, au paragraphe 319, par la juge Abella; voir aussi l’arrêt *Withler*, au paragraphe 39).

short. As I will now endeavour to show, that conclusion from the IAD was reasonable in light of the evidence put forward by the appellant.

[64] The appellant tendered three expert witnesses at the constitutional hearing before the IAD: Dr. Grace-Edward Galabuzi, Professor Roxanne Mykitiuk and Dr. Susan Chuang. The interveners also tendered Ms. Debbie Douglas, Executive Director of the Ontario Council of Agencies Serving Immigrants (OCASI). Having carefully reviewed their affidavits, as well as their examination and cross-examination, I think it was reasonable for the IAD not to give much probative value to their evidence with respect to the question that is at the core of this appeal, namely whether the MNI requirement adversely impacts people like the appellant on the basis of race, sex or disability.

[65] Professor Galabuzi, an associate professor of the Department of Politics and Public Administration at Ryerson University, testified about the limited access of women and racialized persons to the labour market, and the likely impact this might have on their prospect of meeting the MNI requirement. His research focused on racialization and gender in the labour market. He noted, for example, that “[b]etween 2000 and 2005, racialized Canadians earn 81.4 cents for every dollar paid to non-racialized Canadians” (appeal book, at page 730). Further, “racialized people, racialized women in particular, and women in general are more likely to be unemployed and for longer periods of time than other Canadians. When employed, they are more likely to be in low paying jobs and sectors with lower paying occupations” (appeal book, at pages 730 and 734). Racialized Canadians are also more likely to be at the bottom end of the income spectrum—69 percent compared to 56 percent of non-racialized Canadians—and “are two to three times more likely to be poor than other members of the community” (appeal book, at pages 733 and 737). This phenomenon is referred to as the racialization and feminization of poverty in Canada (appeal book, at page 737).

Pour ce motif, elle a conclu, tout comme la SAI, que c’est à cet égard que les éléments de preuve de l’appelante étaient insuffisants. Comme je m’appliquerai maintenant à le démontrer, cette conclusion de la SAI était raisonnable à la lumière des éléments de preuve présentés par l’appelante.

[64] L’appelante a fait témoigner trois experts à l’audience sur les questions constitutionnelles devant la SAI : M. Grace-Edward Galabuzi, M^{me} Roxanne Mykitiuk et M^{me} Susan Chuang. Les intervenants pour leur part ont fait témoigner M^{me} Debbie Douglas, directrice générale de l’Ontario Council of Agencies Serving Immigrants (OCASI). Après examen minutieux de leurs affidavits, ainsi que de leur interrogatoire et de leur contre-interrogatoire, je suis d’avis qu’il s’agissait d’une décision raisonnable pour la SAI de ne pas accorder une valeur probante importante à leurs témoignages sur la question centrale du présent appel, c’est-à-dire l’existence ou non d’un effet préjudiciable produit par l’exigence relative au RVM sur les personnes comme l’appelante en raison de leur race, de leur sexe ou de leur déficience.

[65] M. Galabuzi, professeur agrégé au département de politique et d’administration publique de l’Université Ryerson, a témoigné au sujet de l’accès limité des femmes et des personnes racialisées au marché du travail et de l’incidence probable que cela pourrait avoir sur leur capacité à satisfaire à l’exigence relative au RVM. Ses recherches ont porté sur la racialisation et le sexe dans le marché du travail. Il a fait remarquer par exemple que, [TRADUCTION] « entre 2000 et 2005, les Canadiens racialisés ne touchaient que 81,4 cents pour chaque dollar versé aux Canadiens non racialisés » (dossier d’appel, à la page 730). De plus, [TRADUCTION] « les personnes racialisées, en particulier les femmes racialisées, et les femmes en général sont plus susceptibles d’être sans emploi et pendant de plus longues périodes que les autres Canadiens. Lorsqu’elles occupent un emploi, elles sont plus susceptibles d’exercer des emplois peu rémunérés et de se retrouver dans des secteurs où les salaires sont moins élevés » (dossier d’appel, aux pages 730 et 734). Les Canadiens racialisés sont également plus susceptibles d’être au bas de l’échelle des revenus — 69 p. 100 comparativement à 56 p. 100 des Canadiens non racialisés — et [TRADUCTION] « sont de deux à trois fois plus

[66] From the outset, Professor Galabuzi postulates that the use of a MNI to determine eligibility for family sponsorship has a disproportionate impact on racialized groups and women, because of the persistent economic and income inequalities along racial and gender lines. As a result of the differential access to the labour market, he affirms that “the seemingly neutral enforcement of the rule set out in [paragraph 133(1)(j) of the IRPR] in regard to family reunification, has a disparate and adverse impact on racialized groups and women” (appeal book, at page 725).

[67] He returned to that theme in the concluding paragraph of his affidavit, where he stated:

In conclusion, there is a definite differential impact on the ability of Canadian citizens and permanent residents to sponsor their family members by applying the minimum necessary income requirement because of the racial and gender inequalities in the Canadian labour market and the differential access to the income structure. Given the racialized and gendered differentials in employment, income employment patterns and low income status, and given that these differentials are due to structural and systemic factors beyond the individuals’ control, the economic disparity experienced by racialized groups and women will persist and are unlikely to change in the near future. As a group, members of racialized communities will continue to be over-represented among the low income group. As such, they will likely be disproportionately affected by the minimum necessary income requirement for family class sponsorship.

(Appeal book, at page 740.)

[68] The main problem with Professor Galabuzi’s assertion that racialized groups and women are disproportionately impacted by the MNI, however, is that it rests on inferences and assumptions. As noted by the IAD,

susceptibles que les autres membres de la collectivité d’être pauvres » (dossier d’appel, à la page 737). Ce phénomène est appelé racialisation et féminisation de la pauvreté au Canada (dossier d’appel, à la page 737).

[66] Dès le départ, M. Galabuzi postule que l’utilisation d’un RVM pour déterminer l’admissibilité au parrainage familial a une incidence disproportionnée sur les groupes racialisés et les femmes en raison des inégalités économiques et des inégalités de revenu persistantes selon la race et le sexe. Il affirme que, en raison de ces différences dans l’accès au marché du travail, [TRADUCTION] « l’application apparemment neutre de la règle énoncée à [l’alinéa 133(1)j) du RIPR] en ce qui concerne le regroupement des familles a des effets disparates et préjudiciables sur les groupes racialisés et les femmes » (dossier d’appel, à la page 725).

[67] Il revient sur ce thème dans le paragraphe final de son affidavit, où il affirme :

[TRADUCTION] Je termine en faisant remarquer que, à cause de l’application de l’exigence relative au revenu vital minimum, il y a certainement différence de traitement quant à la capacité des citoyens canadiens et des résidents permanents de parrainer les membres de leur famille en raison des inégalités entre les races et entre les sexes sur le marché du travail canadien et de l’accès différent à la structure de revenu. Étant donné que des différences selon la race et le sexe se manifestent dans l’emploi, les tendances dans les revenus d’emploi et la situation de faible revenu et étant donné que ces différences sont attribuables à des facteurs structurels et systémiques échappant au contrôle des personnes, l’écart économique vécu par les groupes racialisés et les femmes persistera et est peu susceptible de changer dans un avenir rapproché. En tant que groupe, les membres des communautés racialisées continueront d’être surreprésentés dans le groupe à faible revenu. Par conséquent, ils seront vraisemblablement touchés de façon disproportionnée par l’exigence en matière de revenu vital minimum pour le parrainage de la catégorie du regroupement familial.

(Dossier d’appel, à la page 740.)

[68] Ce qui pose principalement problème dans l’affirmation de M. Galabuzi selon laquelle les groupes racialisés et les femmes sont touchés de façon disproportionnée par le RVM, c’est le fait qu’elle repose sur des

Professor Galabuzi has not researched sponsorship MNI approval and refusal rates or trends. There is also no discussion in his affidavit (let alone data evidence) supporting his claim that women, racialized communities and people with disabilities are, as a result of the MNI requirement, treated differently from others when attempting to sponsor parents or grandparents. Indeed, Professor Galabuzi conceded on cross-examination that the last sentence of paragraph 43 of his affidavit (appeal book, at page 740) is speculative.

[69] Although Professor Galabuzi's evidence demonstrates income disparities along gender and racial lines, I agree with the IAD and the Federal Court that none of it relates precisely to the impact of the MNI requirement. Professor Galabuzi does not rely on studies in this respect, but rather draws an inference from his knowledge and from other studies regarding the limited access to labour market that he transposed to the MNI requirement. It was not unreasonable to conclude that this kind of evidence falls short of establishing that the appellant and people who share her characteristics are denied a particular benefit that others receive. It also happens to be contradicted by more relevant and specific evidence pertaining to approval and refusal rates, which will be addressed later in these reasons.

[70] The second expert provided by the appellant is Professor Mykitiuk, who is an Associate Professor at Osgoode Hall Law School. She was asked to provide opinion testimony and evidence with respect to issues of discrimination, barriers and poverty experienced by persons with disabilities and their families, and how the MNI requirement may affect persons with disabilities who wish to sponsor their families from overseas. Based on her experience and research, she concluded that the MNI "has a disproportionately adverse impact on persons with disabilities, as they are more likely to live in poverty and face significant socio-economic barriers" (appeal book, at page 1396). She also found that it deprives them of the

inférences et des hypothèses. Comme l'a fait observer la SAI, M. Galabuzi n'a pas fait de recherches sur les taux ou les tendances relativement à l'accueil ou au rejet des demandes de parrainage sur le fondement de l'exigence relative au RVM. Il n'y a pas non plus d'analyse dans son affidavit (et encore moins des données probantes) à l'appui de son affirmation selon laquelle les femmes, les membres des communautés racialisées et les personnes handicapées sont, en raison de l'exigence relative au RVM, traités différemment des autres lorsqu'ils tentent de parrainer des parents ou des grands-parents. En fait, M. Galabuzi a admis en contre-interrogatoire que la dernière phrase du paragraphe 43 de son affidavit (dossier d'appel, à la page 740) est conjecturale.

[69] Bien que le témoignage de M. Galabuzi fasse état de disparités dans le revenu selon le sexe et la race, je souscris à la conclusion de la SAI et de la Cour fédérale selon laquelle aucune de ces disparités n'a de lien précis avec l'effet de l'exigence relative au RVM. M. Galabuzi ne s'appuie pas sur des études à cet égard, mais tire plutôt une inférence de ses connaissances et d'autres études concernant l'accès limité au marché du travail qu'il a transposées à l'exigence relative au RVM. Il n'était pas déraisonnable de conclure que ce genre de preuve ne permet pas d'établir que l'appelante et les personnes qui partagent ses caractéristiques se voient refuser un avantage particulier que d'autres reçoivent. D'ailleurs, ce témoignage est également contredit par des éléments de preuve plus pertinents et plus précis concernant les taux d'accueil et de refus, dont il sera question plus loin dans les présents motifs.

[70] Le deuxième expert que l'appelante a fait témoigner est M^{me} Mykitiuk, professeure agrégée à la faculté de droit Osgoode Hall. On lui a demandé de fournir un témoignage d'opinion et des éléments de preuve sur la discrimination, les obstacles et la pauvreté auxquels sont confrontées les personnes handicapées et leur famille et sur la façon dont l'exigence relative au RVM peut toucher les personnes handicapées qui souhaitent parrainer leur famille à l'étranger. Elle a conclu, d'après son expérience et ses recherches, que le RVM [TRADUCTION] « a un effet préjudiciable disproportionné sur les personnes handicapées, car elles sont plus susceptibles de vivre dans la pauvreté et d'être aux prises avec des obstacles

presence of family members whose support is critical to become full and equal participants in Canadian society. Her evidence, however, is plagued with the same deficiencies as the evidence of Professor Galabuzi.

[71] Professor Mykitiuk testified that persons with disabilities are over-represented within the low-income population (appeal book, at page 1366). Disabled women report an average income of around \$4 000 less than able-bodied women, whereas disabled men report an average income difference of almost \$13 000 (appeal book, at pages 1366–1367). The more severe their disability, the less income they report (appeal book, at page 1368). However, the income of persons with disabilities remains more stable throughout their lives than able-bodied persons (appeal book, at pages 1367–1368). Persons with disabilities also have an employment rate of approximately 20 percent less than able-bodied persons (appeal book, at page 1368).

[72] Professor Mykitiuk then dealt with a number of socio-economic barriers commonly faced by persons with disabilities, including accessibility in the workplace, appropriate housing, accessibility of assistance and assistive technologies and education. She also underlined the importance of family support to the well-being of parents of disabled children. As emphasized by the IAD, however, Professor Mykitiuk referred mostly to studies pertaining to parents of disabled children rather than to disabled persons *per se*. The appellant having no disabled children, but rather invoking her own alleged disability, it was reasonable to conclude that the evidence pertaining to parents of disabled children is of limited relevance.

[73] Like the Federal Court, and for a number of reasons, I see no reason to interfere with the IAD's determination that Professor Mykitiuk's evidence is of limited relevance. She did not relate her opinions and comments to the appellant's particular circumstances, if only because the appellant does not have any disabled children.

socio-économiques importants » (dossier d'appel, à la page 1396). Elle a également conclu que l'exigence relative au RVM les prive de la présence de parents dont le soutien est essentiel à leur participation pleine et égale à la société canadienne. Toutefois, son témoignage est entaché des mêmes lacunes que celui de M. Galabuzi.

[71] M^{me} Mykitiuk a affirmé dans son témoignage que les personnes handicapées sont surreprésentées dans la population à faible revenu (dossier d'appel, à la page 1366). Les femmes handicapées déclarent un revenu moyen inférieur d'environ 4 000 \$ à celui des femmes non handicapées, tandis que les hommes handicapés déclarent un revenu moyen inférieur de près de 13 000 \$ (dossier d'appel, aux pages 1366 et 1367). Plus la déficience est grave, moins le revenu est élevé (dossier d'appel, à la page 1368). Toutefois, le revenu des personnes handicapées demeure plus stable tout au long de leur vie que celui des personnes non handicapées (dossier d'appel, aux pages 1367 et 1368). Les personnes handicapées ont également un taux d'emploi inférieur d'environ 20 p. 100 à celui des personnes non handicapées (dossier d'appel, à la page 1368).

[72] M^{me} Mykitiuk s'est ensuite penchée sur un certain nombre d'obstacles socio-économiques auxquels se heurtent couramment les personnes handicapées, notamment l'accessibilité en milieu de travail, le logement approprié, l'accessibilité de l'aide et des technologies d'aide et la scolarité. Elle a également souligné l'importance du soutien familial pour le bien-être des parents d'enfants handicapés. Toutefois, comme l'a souligné la SAI, M^{me} Mykitiuk a surtout fait référence à des études portant sur les parents d'enfants handicapés plutôt que sur les personnes handicapées elles-mêmes. L'appelante n'ayant pas d'enfants handicapés, mais alléguant plutôt son propre handicap, il était raisonnable de conclure que la preuve relative aux parents d'enfants handicapés était d'une pertinence limitée.

[73] Tout comme la Cour fédérale, et pour un certain nombre de motifs, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la SAI selon laquelle le témoignage de M^{me} Mykitiuk est d'une pertinence limitée. Celle-ci n'a pas fait le lien entre ses opinions et ses commentaires et la situation particulière de l'appelante, ne serait-ce que parce que l'appelante n'a pas d'enfants handicapés.

[74] More importantly, Professor Mykitiuk's evidence is focused on showing that persons with disabilities generally have lower income, and that they benefit from the support that family members (including their extended family) can provide. She also opined that lack of assistance with basic domestic labour often prevents disabled women from accessing paid labour. Yet, she provided no evidence whatsoever regarding the impact of the MNI requirement on persons with disabilities or, for that matter, on racialized women, with respect to sponsorship applications. To that extent, her evidence is more relevant to demonstrate the existence of a perpetuated disadvantage than of a distinction created by the MNI requirement.

[75] The third witness tendered by the appellant was Dr. Susan Chuang, who is an Associate Professor at the Department of Family Relations and Applied Nutrition at the University of Guelph. She testified about the importance of family support, in particular the support of parents and grandparents, for Canadians and the Canadian society as a whole. Her affidavit dealt for the most part with the various contributions of grandparents, their critical role in nurturing positive development and their contribution to the family's well-being and interpersonal relationships. In her view, the additional source of emotional and psychological support provided by the family is particularly important for low income individuals, women, and racialized persons.

[76] Dr. Chuang's only reference to the MNI requirement and its impact is found in the last paragraph of her affidavit, where she states that "[b]y requiring Canadians to meet the minimum necessary income in order to become eligible for sponsorship of their families, the Government is depriving Canadians, particularly women, low income groups and racialized Canadians an important part of their lives" (at paragraph 47 of her affidavit, appeal book, at page 1965).

[77] In my view, the IAD reasonably found Dr. Chuang's evidence to be of a low probative value. It was mainly

[74] Fait plus important encore, le témoignage de M^{me} Mykitiuk vise à démontrer que les personnes handicapées ont généralement un revenu plus faible et qu'elles bénéficient du soutien que les membres de leur famille (notamment leur famille élargie) peuvent offrir. Elle a également affirmé que le manque d'aide avec les tâches ménagères de base empêche souvent les femmes handicapées d'avoir accès à du travail rémunéré. Pourtant, elle n'a fourni aucune preuve concernant l'effet de l'exigence relative au RVM sur les personnes handicapées ni, d'ailleurs, sur les femmes racialisées, en ce qui concerne les demandes de parrainage. Dans cette mesure, son témoignage est plus pertinent pour démontrer l'existence d'un désavantage perpétuel que l'existence d'une distinction créée par l'exigence relative au RVM.

[75] Le troisième témoin appelé à comparaître par l'appelante était M^{me} Susan Chuang, professeure agrégée au département des relations familiales et de la nutrition appliquée de l'Université de Guelph. Elle a parlé de l'importance du soutien familial, en particulier le soutien des parents et des grands-parents, pour les Canadiens et la société canadienne dans son ensemble. Son affidavit portait en grande partie sur l'apport à divers égards des grands-parents, sur leur rôle essentiel dans le développement positif et sur leur contribution au bien-être et aux relations interpersonnelles de la famille. Selon elle, le soutien affectif et psychologique supplémentaire fourni par la famille est particulièrement important pour les personnes à faible revenu, les femmes et les personnes racialisées.

[76] La seule référence de M^{me} Chuang à l'exigence relative au RVM et à son effet se trouve au dernier paragraphe de son affidavit, où elle déclare que, [TRADUCTION] « en exigeant que les Canadiens satisfassent à l'exigence relative au revenu vital minimum pour pouvoir parrainer des membres de leur famille, le gouvernement prive les Canadiens, en particulier les femmes, les personnes à faible revenu et les membres de groupes racialisés, d'une partie importante de leur vie » (au paragraphe 47 de son affidavit, dossier d'appel, à la page 1965).

[77] À mon avis, la SAI a raisonnablement conclu que le témoignage de M^{me} Chuang avait une faible valeur

concerned with the psychological benefits for children of having grandparents around when the children are growing up and the potential support the grandparents can provide, especially for women, racialized communities, and people with disabilities, due to their higher needs in this regard. As noted by the IAD, Dr. Chuang acknowledged that she has not written about family class sponsorships and is not an expert on those issues (IAD reasons, at paragraph 67). More importantly, her evidence was of tangential interest for the issue to be decided in this case, namely whether the appellant was denied a benefit and therefore treated differently than others on the basis of one or more personal characteristics that falls within the enumerated or analogous grounds. On that issue, her affidavit is silent except for the bald assertion referred to earlier.

[78] Finally, the interveners relied upon the opinion evidence of their executive director, Ms. Douglas. Her testimony was accepted despite the fact that it amounted in large part to submissions as opposed to direct evidence about research and results, and that some of the written supporting documentation amounted to plain advocacy. She testified on the racialization and feminization of poverty in Canada, that family reunification is essential to the successful integration of immigrants, and that the increased MNI requirement for parent and grandparents is prohibitive for racialized groups and women. She referred to research and policy analysis showing the positive economic contributions made by sponsored parents and grandparents. She discussed the disproportionate impact of the MNI requirement on racialized immigrant communities as a result of them having a broader conception of “family”, one that goes beyond the Western nuclear model. She also mentioned that OCASI’s research, “whether academic, empirical or anecdotal”, shows that sponsored parents and grandparents often provide critical childcare and nurturing and support the healthy psychological and emotional development of young people.

probante. Celui-ci portait principalement sur les avantages psychologiques que procure aux enfants la présence de leurs grands-parents durant l’enfance et sur le soutien que les grands-parents peuvent offrir, surtout aux femmes, aux communautés racialisées et aux personnes handicapées, en raison de leurs besoins plus élevés à cet égard. Comme l’a souligné la SAI, M^{me} Chuang a reconnu qu’elle n’a pas écrit d’ouvrages sur le parrainage au titre de la catégorie du regroupement familial et qu’elle n’est pas experte en la matière (motifs de la SAI, au paragraphe 67). De plus grande importance encore, son témoignage présentait un intérêt indirect relativement à la question à trancher en l’espèce, soit celle de savoir si l’appelante s’est vue refuser un avantage et, par conséquent, s’est fait traiter différemment des autres en fonction d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles qui relèvent des motifs énumérés ou analogues. Sur cette question, son affidavit est muet, à l’exception de la simple affirmation dont il a été question plus tôt.

[78] Enfin, les intervenants se sont appuyés sur le témoignage d’opinion de leur directrice générale, M^{me} Douglas. Son témoignage a été retenu malgré le fait qu’il s’agissait principalement d’observations plutôt que d’éléments de preuve directs sur des recherches et des résultats et que certains des documents écrits à l’appui relevaient purement et simplement de la plaidoirie. Elle a parlé de la racialisation et de la féminisation de la pauvreté au Canada, du fait que le regroupement des familles est essentiel à l’intégration réussie des immigrants et du fait que l’augmentation du RVM exigé pour les parents et les grands-parents est prohibitive pour les groupes racialisés et les femmes. Elle a fait référence à des recherches et à des analyses de politiques montrant l’apport économique positif des parents et des grands-parents parrainés. Elle a discuté de l’effet disproportionné de l’exigence relative au RVM sur les communautés d’immigrants racialisées parce qu’elles ont une conception plus large de la « famille », une conception qui va au-delà du modèle nucléaire occidental. Elle a également affirmé que les recherches de l’OCASI, [TRADUCTION] « qu’elles soient théoriques, empiriques ou anecdotiques », montrent que les parents et les grands-parents parrainés souvent fournissent des services de garde et d’éducation essentiels et sont un appui au sain développement psychologique et affectif des jeunes.

[79] On cross-examination, Ms. Douglas acknowledged that OCASI has done no statistical research on the approval rates of parent and grandparent sponsorships, or on humanitarian and compassionate applications. Nor has there been any study on their part concerning the associated costs of family reunification. In light of her testimony, and of the shortcomings of some of the surveys on which Ms. Douglas was relying, it was not unreasonable for the IAD to give little weight to her affidavit. While I may not go as far as saying, as did the IAD, that she was advocating there be no economic considerations for immigration, I am satisfied that her testimony provided little more than anecdotal evidence as to the disproportionate impact on the appellant and other people sharing similar characteristics of the increased MNI requirement for sponsoring parents and grandparents.

[80] In summary, it was reasonable for the IAD to conclude that the appellant and the interveners failed to establish that the MNI requirement creates a distinction based on enumerated grounds and that it has a disproportionate impact on the appellant as a racialized woman with a disability. While the evidence clearly documents the socio-economic disadvantages faced by women, people with disabilities, and members of racialized communities, and demonstrates the importance of family to those disadvantaged groups to ensure their full participation in Canadian society, I see no reason to interfere with the IAD's determination that it was too indirect and generic to support a claim that an increased MNI negatively impacts the appellant or the groups to which she belongs. As the Supreme Court stated in *Withler*, at paragraph 64, claimants seeking to establish that a law is indirectly discriminatory will have "more work to do" at the first stage of the subsection 15(1) test. General statistical evidence that is only tangentially related to the particular context of the claim will not be sufficient to establish an adverse effect; the evidence "must amount to more than a web of instinct" (*Taypotat*, at paragraph 34).

[79] Au cours de son contre-interrogatoire, M^{me} Douglas a reconnu que l'OCASI n'a fait aucune recherche statistique sur le taux d'accueil des parrainages de parents et de grands-parents ni sur les demandes fondées sur des motifs d'ordre humanitaire. Il n'y a pas non plus eu d'étude de l'OCASI sur les coûts associés au regroupement des familles. À la lumière du témoignage de M^{me} Douglas et des lacunes de certains des sondages sur lesquels celle-ci s'est appuyée, il n'était pas déraisonnable que la SAI accorde peu de poids à son affidavit. Bien que je n'irais pas jusqu'à dire, comme l'a fait la SAI, qu'elle militait pour que l'on fasse abstraction des considérations d'ordre économique en matière d'immigration, je suis convaincu que son témoignage n'a rien apporté d'autre que des éléments de preuve anecdotiques quant à l'effet disproportionné qu'a sur l'appelante et d'autres personnes partageant des caractéristiques semblables l'augmentation du RVM exigé pour le parrainage des parents et des grands-parents.

[80] Pour résumer, il était raisonnable pour la SAI de conclure que l'appelante et les intervenants n'avaient pas établi que l'exigence relative au RVM crée une distinction fondée sur des motifs énumérés et qu'elle a un effet disproportionné sur l'appelante en tant que femme handicapée racialisée. Bien que les éléments de preuve décrivent clairement les désavantages socio-économiques auxquels font face les femmes, les personnes ayant une déficience et les membres des communautés racialisées et qu'ils démontrent l'importance de la famille pour que ces groupes désavantagés participent pleinement à la société canadienne, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la SAI selon laquelle la preuve était trop indirecte et vague pour corroborer la prétention que le RVM a un effet défavorable sur l'appelante ou les groupes dont elle fait partie. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *Withler*, au paragraphe 64, les demandeurs qui cherchent à établir qu'une loi est indirectement discriminatoire auront « une tâche plus lourde » à la première étape du test que requiert le paragraphe 15(1). Une preuve statistique générale qui n'est liée qu'indirectement au contexte particulier de la demande ne suffira pas à établir un effet préjudiciable; la preuve « doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions » (arrêt *Taypotat*, au paragraphe 34).

[81] At the end of the day, it is the adverse effects that are caused or contributed to by an impugned provision that must be the focus of the analysis, not the social and economic circumstances that exist independently of such a provision (see *Withler*, at paragraph 39). Otherwise, any fee increase for public services provided by the state, for example, would be inherently suspect and presumptively run afoul of section 15 equality rights when applied to economically disadvantaged groups; yet, economic status or poverty is not a characteristic considered to be immutable or changeable only at unacceptable cost to personal identity (see, for e.g., *Toussaint v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 146, [2013] 1 F.C.R. 3, at paragraph 59, leave to appeal to SCC denied, 34336 (November 3, 2011) [[2011] 3 S.C.R. xi]. This is why an impugned measure will create an impermissible distinction only if it can be established, as a fact, that it disproportionately impacts a group of persons who share one or more enumerated or analogous characteristics.

[82] The argument of the appellant and of the interveners is premised on the notion that a large majority of sponsors for parents and grandparents are immigrants (indeed, it would appear that nearly all Canadian-born sponsors are sponsoring spouses and partners, while 99 percent of the sponsors of sponsorships for parents and grandparents are immigrants). It holds that, considering the generalized societal disadvantages experienced by them on the grounds of sex, race and disability, it would follow that racialized immigrants, women, and people with disabilities will be the most impacted group when a MNI is required to be qualified as an eligible sponsor. Unfortunately for the appellant, the evidence does not bear out this hypothesis; indeed, the evidence put forward by the respondent tends to disprove the disproportionate impact of the MNI requirement on both women and racialized immigrants.

[81] Au bout du compte, c'est sur les effets défavorables causés par la mesure législative contestée ou auxquels celle-ci contribue que doit se centrer l'analyse, et non sur les facteurs sociaux et économiques qui existent indépendamment de la disposition (voir l'arrêt *Withler*, au paragraphe 39). Sinon, toute augmentation des frais liés à la prestation de services publics par l'État, par exemple, éveillerait inmanquablement les soupçons et serait présumée constituer une violation du droit à l'égalité prévu à l'article 15 dès son application aux groupes défavorisés sur le plan économique. Pourtant, la situation économique ou la pauvreté ne constituent pas des caractéristiques immuables ou modifiables uniquement à un prix inacceptable sur le plan de l'identité personnelle (voir par exemple l'arrêt *Toussaint c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2011 CAF 146, [2013] 1 R.C.F. 3, au paragraphe 59, demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada rejetée, 34336 (3 novembre 2011) [[2011] 3 R.C.S. xi]. C'est pourquoi une mesure contestée créera une distinction inadmissible seulement si l'on peut établir, dans les faits, qu'elle a un effet disproportionné sur un groupe de personnes qui partagent une ou plusieurs caractéristiques énumérées ou analogues.

[82] Les arguments de l'appelante et des intervenants reposent sur la notion qu'une majorité importante de répondants souhaitant parrainer des parents et des grands-parents sont des immigrants (en effet, il semblerait que presque tous les répondants nés au Canada parraineraient des époux et des conjoints, tandis que 99 p. 100 des répondants souhaitant parrainer des parents et des grands-parents sont des immigrants). De ce fait, il s'ensuivrait que, compte tenu des désavantages sociétaux généralisés qu'ils subissent en raison de leur race, de leur sexe et de leur déficience, les immigrants racialisés, les femmes et les personnes handicapées représenteraient les groupes les plus touchés lorsque le RVM constitue une exigence à laquelle doit satisfaire le répondant. Malheureusement pour l'appelante, la preuve ne corrobore pas cette hypothèse; en effet, la preuve présentée par l'intimé tend à prouver que l'exigence relative au RVM n'a pas d'effet disproportionné sur les femmes et les immigrants racialisés.

[83] The affidavit sworn by Alexandre Bilodeau, employed by CIC as a statistical officer, provides data from the computer-based Global Case Management System regarding applications to sponsor parents and grandparents between 2012 and 2014. That data shows that female applicants are not disproportionately impacted by the MNI requirement. For those three years, women submitted on average more sponsorships than men (57.91 percent vs. 42.06 percent). More interestingly, women were also the successful sponsors 57.7 percent of the time, which shows that they were not adversely impacted by the requirements to be a sponsor. This is noted by the IAD at paragraph 90 of its reasons.

[84] I note that the appellant also provided data regarding the percentage of female sponsors and principal applicants per region from 2002–2011 (affidavit of Jack Cheng, exhibits “K” and “L”, appeal book, at pages 2974 and 2978). However, this data is not as persuasive because it is not associated with approval and refusal rates. It only shows that there are proportionally less female sponsors and principal applicants in Asia and Africa, regions where people are more likely to be racialized.

[85] Other data submitted by the appellant classifies, based on the sex of the principal applicants and their region of origin, the applications which did not meet the MNI requirement and which were forwarded to visa offices (affidavit of Jack Cheng, Exhibit “M”, appeal book, at page 2982). Once again, this data is not persuasive because it is not associated with the approval and refusal rates. Whether or not an application was forwarded to a visa office does not correlate with any refusal or approval. Moreover, there is no distinction between men and women, and between applicants from racialized and non-racialized countries.

[86] The interveners also raised the ground of family status. In their view, the MNI requirement is discriminatory

[83] La déclaration sous serment d’Alexandre Bilodeau, employé par CIC à titre d’agent de statistiques, fournit des données tirées du Système mondial de gestion des cas informatisé concernant les demandes de parrainage de parents et de grands-parents de 2012 à 2014. Ces données montrent que les femmes ne sont pas touchées de façon disproportionnée par l’exigence relative au RVM. Pour ces trois années, les femmes ont présenté en moyenne plus de demandes de parrainage que les hommes (57,91 p. 100 comparativement à 42,06 p. 100). Ce qui est plus intéressant encore, c’est que les demandes de parrainage des femmes ont aussi été accueillies 57,7 p. 100 du temps, ce qui montre que les femmes ne subissaient pas d’effet préjudiciable causé par les exigences d’admissibilité à la qualité de répondant. La SAI le souligne au paragraphe 90 de ses motifs.

[84] Je prends note que l’appelante a également fourni des données, par région, sur le pourcentage de demandes de parrainage où le demandeur principal était une femme, de 2002 à 2011 (affidavit de Jack Cheng, pièces K et L, dossier d’appel, aux pages 2974 et 2978). Toutefois, ces données ne sont pas aussi convaincantes parce qu’elles ne sont pas liées aux taux d’accueil et de rejet. Elles indiquent seulement qu’il y a proportionnellement moins de répondants et demandeurs principaux de sexe féminin en Asie et en Afrique, régions où les gens sont plus susceptibles d’être racialisés.

[85] D’autres données présentées par l’appelante classent, en fonction du sexe des demandeurs principaux et de leur région d’origine, les demandes qui ne satisfaisaient pas à l’exigence relative au RVM et qui ont été transmises à des bureaux des visas (affidavit de Jack Cheng, pièce M, dossier d’appel, à la page 2982). Encore une fois, ces données ne sont pas convaincantes parce qu’elles ne sont pas liées aux taux d’accueil et de rejet. Le fait qu’une demande ait été transmise ou non à un bureau des visas n’a pas pour corollaire son accueil ou son rejet. De plus, aucune distinction n’est faite entre les hommes et les femmes ni entre les demandeurs provenant de pays racialisés et ceux provenant de pays non racialisés.

[86] Les intervenants ont également invoqué le motif de la situation de famille. À leur avis, l’exigence relative

against single, divorced, widowed and unmarried persons who want to sponsor their closest family members (i.e. their parents and grandparents). They point out that, contrary to the latter, applicants who want to sponsor their spouses, common law partners or dependent children are not required to satisfy the MNI requirement to bring their close relatives to Canada. In my view, this ground relates to family status and is not properly before us. The appellant, whose husband and children live in Canada, has not raised that ground, and the interveners cannot expand litigation beyond what has been raised by the parties.

[87] With respect to the alleged racial discrimination, the data found in Tables 3 and 5 attached to Alexandre Bilodeau's affidavit (which sets out the overall number of approved and refused sponsors, listed by country of origin), demonstrates that South Asian applicants are not negatively impacted in a disproportionate manner compared to applicants from European or North American countries. According to the data, South Asian applicants' success rates were only 4 percent less than those of North American and European applicants.

[88] It is worth pointing out, moreover, that these refusal rates include all grounds and not just the failure to meet the MNI requirement. In 2012–2014, according to Table 4 (overall number of refused sponsors, as listed by reason of refusal) attached to Mr. Bilodeau's affidavit, it appears that 91.9 percent of all sponsorship applications were approved, which means that 7.9 percent were refused. Of that 7.9 percent, 43 percent were refused because they did not satisfy the MNI requirement so that, in the end, only 3.4 percent of all sponsorship applications were refused because of the MNI requirement. Moreover, a significant proportion of the rejected applications are ultimately approved on appeal to the IAD. In 2009–2014, 1 120 appeals were considered with respect to the failure to meet the MNI requirement. Among them, 60.45 percent were allowed and only 16.07 percent dismissed (the remaining appeals were either withdrawn or abandoned) (affidavit of Fraser Fowler, Exhibit "K", appeal book, at page 3960). Furthermore, there is no

au RVM est discriminatoire envers les personnes célibataires, divorcées, veuves ou non mariées qui veulent parrainer les membres de leur famille les plus proches (c.-à-d. leurs parents et grands-parents). Ils font remarquer que, contrairement à ces personnes, les demandeurs qui veulent parrainer leur époux, leur conjoint de fait ou leurs enfants à charge ne sont pas tenus de satisfaire à l'exigence relative au RVM pour faire venir leurs proches au Canada. À mon avis, ce motif est lié à la situation de famille et nous n'en sommes pas saisis en bonne et due forme. L'appelante, dont l'époux et les enfants vivent au Canada, n'a pas invoqué ce motif, et les intervenants ne peuvent élargir le litige au-delà de ce qui a été soulevé par les parties.

[87] En ce qui a trait aux allégations de discrimination raciale, les données figurant au tableau 3 et au tableau 5 annexés à l'affidavit d'Alexandre Bilodeau (qui fait état du nombre global de répondants approuvés et refusés par pays d'origine) démontrent qu'il n'y a pas d'effet défavorable disproportionné chez les demandeurs sud-asiatiques comparativement aux demandeurs de pays européens ou nord-américains. Selon ces données, le taux d'accueil des demandes de demandeurs sud-asiatiques n'était inférieur à celui des demandeurs nord-américains et européens que de 4 p. 100.

[88] De plus, il convient de souligner que ce taux de rejet comprend tous les motifs, non pas seulement le non-respect de l'exigence relative au RVM. De 2012 à 2014, selon le tableau 4 (nombre total de répondants refusés par motif du refus) joint à l'affidavit de M. Bilodeau, il semble que 91,9 p. 100 de toutes les demandes de parrainage ont été accueillies, ce qui signifie que 7,9 p. 100 des demandes ont été rejetées. Sur ces 7,9 p. 100, 43 p. 100 des demandes ont été rejetées parce qu'elles ne satisfaisaient pas à l'exigence relative au RVM, de sorte qu'au bout du compte, seulement 3,4 p. 100 de toutes les demandes de parrainage ont été rejetées en raison de cette exigence. De plus, une proportion importante des demandes rejetées sont en fin de compte accueillies en appel devant la SAI. De 2009 à 2014, 1 120 appels concernant le non-respect de l'exigence relative au RVM ont été entendus. Parmi eux, 60,45 p. 100 ont été accueillis et seulement 16,07 p. 100 ont été rejetés (les autres appels ont été retirés ou abandonnés) (affidavit de Fraser Fowler,

statistical connection between the enumerated grounds of section 15 of the Charter (or, for that matter, a sponsor's country of origin) and approvals/rejections of sponsorship applications for parents and grandparents.

[89] Finally, with respect to the alleged discrimination on the basis of physical or mental disability, neither the respondent nor the appellant and the interveners provided any data. Given that the appellant bears the burden of establishing a distinction, the IAD could reasonably conclude that the appellant failed to adduce direct evidence in this respect.

[90] Before concluding, a word must be said about the interveners' argument to the effect that racialized immigrant sponsors disproportionately self-select out of submitting a sponsorship application for parents and grandparents because they know they will not meet the MNI requirement. They relied for that proposition on a survey conducted by OCASI demonstrating that a large proportion of the 87 participants attending a professional development training conference in 2012 were aware of clients who would have liked to sponsor family but failed to do so because of the MNI eligibility requirement.

[91] This survey is problematic for a number of reasons. First, none of the respondents are potential applicants; on the contrary, they are all OCASI employees. Second, the sample is too small to yield convincing results. Third, the question ("Are you aware of clients who would have liked to sponsor family, but didn't because of the LICO [MNI] eligibility requirement?") (appeal book, at page 3107) is much too imprecise to allow the assessment of the extent of potential applicants who might have been deterred. Those who answered positively could have been aware of only one such client or dozens of clients; conversely, several employees may have been aware of the same potential applicant(s) being deterred by the MNI requirement. Fourth, the survey does not tell us the proportion of potential applicants who were not deterred from applying, relative to those who were. It does not tell us, moreover, whether or not disabled, racialized and/or

pièce K, dossier d'appel, à la page 3960). De plus, il n'existe pas de lien statistique entre les motifs énumérés à l'article 15 de la Charte (ni, d'ailleurs, le pays d'origine du répondant) et l'accueil ou le rejet des demandes de parrainage de parents et de grands-parents.

[89] Enfin, en ce qui concerne les allégations de discrimination fondée sur la déficience physique ou mentale, ni l'intimé ni l'appelante et les intervenants n'ont fourni de données. Étant donné qu'il incombe à l'appelante d'établir l'existence d'une distinction, la SAI pouvait raisonnablement conclure que l'appelante n'a pas produit de preuve directe à cet égard.

[90] Avant de conclure, il faut dire un mot au sujet de l'observation des intervenants selon laquelle les répondants potentiels qui sont des immigrants racialisés choisissent de façon disproportionnée de ne pas présenter de demande de parrainage pour les parents et les grands-parents parce qu'ils savent qu'ils ne satisferont pas à l'exigence relative au RVM. Ils ont étayé cette assertion par un sondage mené par l'OCASI qui démontrait qu'une grande proportion des 87 participants à une conférence de formation en perfectionnement professionnel en 2012 connaissaient des clients qui auraient aimé parrainer des membres de leur famille, mais qui ne l'avaient pas fait en raison de l'exigence d'admissibilité relative au RVM.

[91] Ce sondage pose problème pour plusieurs raisons. Premièrement, aucun des sujets interrogés n'est un demandeur potentiel; au contraire, ce sont tous des employés de l'OCASI. Deuxièmement, l'échantillon est trop petit pour produire des résultats convaincants. Troisièmement, la question [TRADUCTION] « connaissez-vous des clients qui auraient aimé parrainer des membres de leur famille, mais qui ne l'ont pas fait en raison du critère d'admissibilité relatif au seuil de faible revenu [RVM]? » (dossier d'appel, à la page 3107) est beaucoup trop imprécise pour que l'on puisse estimer la quantité de demandeurs potentiels qui auraient pu être dissuadés. Ceux qui ont répondu par l'affirmative auraient pu connaître un seul de ces clients ou encore, des dizaines de ces clients; à l'inverse, plusieurs employés pouvaient connaître les mêmes demandeurs potentiels dissuadés par l'exigence relative au RVM. Quatrièmement, le sondage n'indique pas la

female potential applicants are more significantly represented in the second category—those who were deterred from applying because of the MNI requirement. Because of all these deficiencies, the IAD could reasonably give little or no weight to that piece of evidence.

[92] To conclude, I am of the view that the IAD did not make a reviewable error in assessing the evidence in support of the section 15 challenge. The appellant had the burden of showing that she (or people in the same situation as her) was adversely impacted by paragraph 133(1)(j) of the IRPR and, as a result, denied the benefit of eligibility to sponsor her parents. The evidence that she and the interveners filed in support of her application fell short of meeting that burden, and for that reason it is not necessary to move to the second part of the test under subsection 15(1) of the Charter and to determine whether any distinction created by the MNI requirement is discriminatory.

C. Does paragraph 133(1)(j) of the IRPR violate section 7 of the Charter?

[93] A claimant wishing to establish an infringement of section 7 of the Charter bears the burden of showing, first, that a provision interferes with his or her right to life, liberty or security (or deprives him or her of that right), and second, that such deprivation or infringement is not in accordance with the principles of fundamental justice. This two-step analysis has been consistently followed by Canadian courts, and most recently reiterated by the Supreme Court in *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at paragraph 68.

[94] Pursuant to the first step of this analysis, the appellant had to demonstrate that one of the listed rights is engaged, and that there is a sufficient causal connection between the harm she has allegedly suffered and the

proportion of demandeurs potentiels qui n'ont pas été dissuadés de présenter une demande par rapport à ceux qui l'ont été. Il n'indique pas non plus si les demandeurs potentiels qui sont des personnes handicapées ou racialisées ou des femmes sont davantage représentés dans la deuxième catégorie, c'est-à-dire ceux qui ont été dissuadés de présenter une demande en raison de l'exigence relative au RVM. En raison de toutes ces lacunes, la SAI pouvait raisonnablement accorder peu ou pas de poids à cet élément de preuve.

[92] En conclusion, je suis d'avis que la SAI n'a pas commis d'erreur susceptible de contrôle en évaluant la preuve produite à l'appui de la contestation fondée sur l'article 15. Il incombait à l'appelante de démontrer que l'alinéa 133(1)j) du RIPR avait eu un effet préjudiciable sur elle (ou des personnes se trouvant dans la même situation qu'elle) et que, par conséquent, on lui avait refusé l'avantage d'être admissible au parrainage de ses parents. Les éléments de preuve que l'appelante et les intervenants ont présentés à l'appui de la demande n'ont pas permis à l'appelante de s'acquitter de ce fardeau; par conséquent, il n'est pas nécessaire de passer à la deuxième étape du test que requiert le paragraphe 15(1) de la Charte, soit déterminer si la distinction causée par l'exigence relative au RVM est discriminatoire.

C. L'alinéa 133(1)j) du RIPR contrevient-il à l'article 7 de la Charte?

[93] Il incombe au demandeur désirant établir qu'il y a contravention à l'article 7 de la Charte de démontrer, en premier lieu, qu'une disposition porte atteinte à l'exercice de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité (ou la prive de ce droit), et en second lieu, que cette atteinte ou cette privation n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Cette analyse en deux étapes a été suivie de façon constante par les tribunaux canadiens et a été tout dernièrement réitérée par la Cour suprême dans l'arrêt *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, au paragraphe 68.

[94] À la première étape de cette analyse, l'appelante doit démontrer qu'un des droits énumérés est en jeu et qu'il existe un lien de causalité suffisant entre le préjudice qu'elle aurait subi et la loi contestée. Comme la

law that is challenged. As the Supreme Court found in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 (*Bedford*), at paragraph 76, “[a] sufficient causal connection standard does not require that the impugned government action or law be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant, and is satisfied by a reasonable inference, drawn on a balance of probabilities”.

[95] The appellant submitted that her rights to both liberty and security are infringed by the MNI requirement. She characterizes her right to liberty as “the right to decide with whom she wishes to live, the kind of relationship she wishes to maintain with her family, and the right to impart to her children cultural and family values as handed down by her parents consistent with their ethnic background” (appellant’s memorandum, at paragraph 56). As for her right to security, she claims that she has suffered anxiety and depression as a result of the MNI requirement, denying her the possibility of reuniting her extended family and causing long-term family separation (appellant’s memorandum, at paragraph 57). For the reasons that follow, I agree with the IAD that neither of the rights protected by section 7 of the Charter have been infringed by paragraph 133(1)(j) of the IRPR.

[96] The Supreme Court has repeated over and over again that the right to liberty protected by section 7 of the Charter is not unlimited and that it does not include every personal decision an individual may wish to make. Only those choices that are “fundamentally or inherently personal” have been found to fall within the ambit of the right to liberty. As the Supreme Court stated in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844 (*Godbout*), at paragraph 66:

The foregoing discussion serves simply to reiterate my general view that the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. I must emphasize here that, as the tenor of my comments in *B. (R.)* should indicate, I do not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might

Cour suprême l’a conclu dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 (*Bedford*), au paragraphe 76, « [l]a norme du lien de causalité suffisant n’exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l’État soit l’unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur, et il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités ».

[95] L’appelante a fait valoir que l’exigence relative au RVM porte atteinte à l’exercice de son droit à la liberté ainsi que de son droit à la sécurité. Elle définit son droit à la liberté comme étant [TRADUCTION] « le droit de décider avec qui elle souhaite habiter et du genre de relation qu’elle souhaite entretenir avec les membres de sa famille et le droit d’inculquer à ses enfants les valeurs culturelles et familiales conformes à leur origine ethnique que lui ont transmises ses parents » (mémoire de l’appelante, au paragraphe 56). Pour ce qui est de son droit à la sécurité, elle affirme avoir souffert d’anxiété et de dépression en raison de l’exigence relative au RVM, laquelle l’a privée de la possibilité de réunir sa famille élargie et a causé une séparation familiale à long terme (mémoire de l’appelante, au paragraphe 57). Pour les motifs qui suivent, je conviens avec la SAI que l’alinéa 133(1)(j) du RIPR ne contrevient à ni l’un ni l’autre des droits protégés par l’article 7 de la Charte.

[96] La Cour suprême a répété à maintes reprises que le droit à la liberté protégé par l’article 7 de la Charte n’est pas illimité et qu’il n’englobe pas la moindre décision personnelle qu’une personne peut souhaiter prendre. Seuls les choix qui sont « fondamentalement ou [...] essentiellement personnels » sont considérés comme visés par le droit à la liberté. Comme l’a déclaré la Cour suprême dans l’arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 (*Godbout*), au paragraphe 66 :

L’analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale selon laquelle la protection du droit à la liberté garanti par l’art. 7 de la *Charte* s’étend au droit à une sphère irréductible d’autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l’État. Comme les propos que j’ai tenus dans l’arrêt *B. (R.)* l’indiquent, je n’entends pas par là, je le précise, que cette sphère d’autonomie est vaste au point d’englober toute décision qu’un individu peut

make in conducting their affairs. Indeed, such a view would run contrary to the basic idea, expressed both at the outset of these reasons and in my reasons in *B. (R.)*, that individuals cannot, in any organized society, be guaranteed an unbridled freedom to do whatever they please. Moreover, I do not even consider that the sphere of autonomy includes within its scope every matter that might, however vaguely, be described as “private”. Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

(See also: *R. v. Malmo-Levine*; *R. v. Caine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paragraph 85; *Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2017 SCC 55, [2017] 2 S.C.R. 456, at paragraph 49; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30.)

[97] In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 (*Blencoe*), at paragraph 54, the majority of the Supreme Court agreed with Justice La Forest in *Godbout* that “personal autonomy is not synonymous with unconstrained freedom”, and endorsed his view that the sphere of inherently personal decision making deserving of the law’s protection is “narrow”. Indeed, there have been very few cases where the right to liberty has been applied outside the context of the administration of justice. In terms of family and parental rights, the removal of child custody from a parent was recognized by three judges of the Supreme Court as a breach of the right to liberty (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46 (*New Brunswick*), at paragraph 118). In a similar vein, the Supreme Court found that the right to liberty of a parent was breached when his child was imposed a medical treatment without his consent (*B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315).

[98] The right to nurture a child and to make fundamental decisions for it, such as medical care, clearly falls

prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l’encontre du principe fondamental que j’ai formulé au début des présents motifs et dans les motifs de l’arrêt *B. (R.)*, selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d’agir comme il lui plaît. J’estime même que cette sphère d’autonomie ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de « privé ». Je suis plutôt d’avis que l’autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l’art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d’essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles.

(Voir également les arrêts *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, au paragraphe 85; *Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)*, 2017 CSC 55, [2017] 2 R.C.S. 456, au paragraphe 49; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.)

[97] Dans l’arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 (*Blencoe*), au paragraphe 54, la majorité des juges de la Cour suprême était d’accord avec le juge La Forest dans l’arrêt *Godbout* pour dire qu’« autonomie personnelle n’est pas synonyme de liberté illimitée » et a souscrit à son point de vue selon lequel la catégorie des décisions intrinsèquement personnelles qui méritent la protection de la loi est « limitée ». En effet, il y a eu très peu de cas où le droit à la liberté a été appliqué en dehors du contexte de l’administration de la justice. En ce qui concerne les droits familiaux et parentaux, trois juges de la Cour suprême ont estimé que retirer à un parent la garde de ses enfants constitue une violation du droit à la liberté (arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 (*Nouveau-Brunswick*), au paragraphe 118). Dans le même ordre d’idées, la Cour suprême a conclu qu’il y avait eu violation du droit à la liberté du parent lorsqu’on avait imposé sans son consentement un traitement médical à son enfant (arrêt *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315).

[98] Le droit d’élever un enfant et de prendre des décisions fondamentales à cet égard, notamment en matière

within the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. It is not at all clear to me that the right claimed by the appellant to bring her parents and siblings to live in Canada is of the same nature. While I appreciate how important it may be for the appellant to be able to live close to her parents and siblings, I am not convinced that such an interest is so intertwined with the “intrinsic value of human life” and “the inherent dignity of every human being” (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at page 585).

[99] I need not, however, come to a definitive conclusion on that issue in the context of the case at bar. It is well established that Charter rights take their colour from the context and must be interpreted in light of the circumstances in which they arise. Since the family members with whom the appellant wishes to be reunited have no status in Canada, I must draw upon the principles and policies underlying immigration law to define the right to liberty and security protected by section 7 of the Charter. The Supreme Court has often repeated that the most fundamental principle of immigration law is that non-citizens, such as the appellant’s family members, do not have an unqualified and untrammelled right to enter or remain in Canada: see *Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli*, [1992] 1 S.C.R. 711, at paragraph 27 [pages 733–734]; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*; *Esteban v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 51, [2005] 2 S.C.R. 539 (*Medovarski*), at paragraph 46. The Charter itself recognizes and gives effect to that distinction in providing at subsection 6(1) that only citizens have the right to enter, remain in and leave Canada. As a result of that core principle, the Supreme Court has acknowledged that Parliament has the right to adopt an immigration policy and to enact legislation prescribing the conditions under which non-citizens will be permitted to enter and remain in Canada.

[100] Courts have consistently declined to recognize a right to family unity or family reunification under

de soins médicaux, de toute évidence participe de l’essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l’indépendance individuelles. Il n’est pas du tout clair pour moi que le droit revendiqué par l’appelante de faire venir vivre ses parents et ses frères et sœurs au Canada est de la même nature. Bien que je comprenne qu’il soit important pour l’appelante de pouvoir habiter à proximité de ses parents et de ses frères et sœurs, je ne suis pas convaincu qu’un tel intérêt s’entrelace à ce point avec la « valeur intrinsèque de la vie humaine » et « la dignité inhérente de tout être humain » (arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la page 585).

[99] Toutefois, je n’ai pas besoin d’en arriver à une conclusion définitive sur cette question en l’espèce. Il est bien établi que les droits garantis par la Charte s’adaptent au contexte et s’interprètent au regard des circonstances dans lesquelles ils sont invoqués. Puisque les membres de la famille avec lesquels l’appelante souhaite être réunie n’ont pas de statut au Canada, je dois m’appuyer sur les principes et les politiques qui sous-tendent le droit de l’immigration pour définir les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l’article 7 de la Charte. La Cour suprême a souvent répété que le principe le plus fondamental du droit de l’immigration est que les non-citoyens, comme les membres de la famille de l’appelante, n’ont pas un droit absolu d’entrer au Canada ou d’y demeurer (voir l’arrêt *Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration) c. Chiarelli*, [1992] 1 R.C.S. 711, au paragraphe 27 [pages 733 et 734], et l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*; *Esteban c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CSC 51, [2005] 2 R.C.S. 539 (*Medovarski*), au paragraphe 46. La Charte elle-même reconnaît cette distinction et y donne effet en prévoyant au paragraphe 6(1) que seuls les citoyens ont le droit d’entrer au Canada, d’y demeurer et d’en sortir. Par suite de ce principe fondamental, la Cour suprême a reconnu que le législateur a le droit d’adopter une politique d’immigration et d’édicter des lois précisant les conditions dans lesquelles les non-citoyens pourront entrer et demeurer au Canada.

[100] Les tribunaux ont systématiquement refusé de reconnaître que l’article 7 protège le droit à l’unité familiale

section 7. In *Medovarski*, for example, the appellant had argued that deportation would remove “her liberty to make fundamental decisions that affect her personal life, including her choice to remain with her partner”, and that her security would be infringed “by the state-imposed psychological stress of being deported” (at paragraph 45). The Supreme Court rejected that claim, stating that “the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7 of the [Charter]” (at paragraph 46). Similarly, this Court found in *Idahosa v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2008 FCA 418, [2009] 4 F.C.R. 293, at paragraphs 45–49, that section 7 does not invalidate the removal of a non-national, unless it can be established that he or she would be at risk of serious harm in the country to which the removal is to take place. In so concluding, the Court rejected the appellant’s claim that section 7 includes the right of parents and children not to be separated by state action: see also *Naredo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 184 N.R. 352, [1995] F.C.J. No. 867 (QL) (C.A.).

[101] Nor does the removal of the parents of Canadian born children to their countries of origin, when they are inadmissible to remain in Canada, engage the children’s section 7 interests. Such children have no Charter right to demand that the Canadian government not impose on their parents the penalties for violating Canadian immigration laws: see *Langner v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1995), 184 N.R. 230, [1995] F.C.J. No. 469 (QL) (C.A.); *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229.

[102] As aptly pointed out in the respondent’s memorandum of fact and law (at paragraph 32), a sponsor’s inability to bring a non-citizen parent or grandparent to Canada is even further removed from the interests protected by section 7 than the deportation of a non-citizen who is already in Canada. If it were otherwise, Canada would be prevented from setting out any kind of legislative requirements (including those pertaining to health, criminality and security) to foreign nationals who wish to establish themselves in Canada. This would run

ou au regroupement des familles. Dans l’arrêt *Medovarski*, par exemple, l’appelante faisait valoir que l’expulsion la privait « de la liberté de prendre des décisions fondamentales touchant sa vie personnelle, y compris son choix de rester avec son compagnon » et que « la tension psychologique qui résulte de la mesure d’expulsion prise par l’État compromet la sécurité de sa personne » (au paragraphe 45). La Cour suprême a rejeté cette thèse, déclarant qu’« [à] elle seule, l’expulsion d’un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l’art. 7 de la [Charte] » (au paragraphe 46). De même, la Cour a conclu dans l’arrêt *Idahosa c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et Protection civile)*, 2008 CAF 418, [2009] 4 R.C.F. 293, aux paragraphes 45 à 49, que l’article 7 n’invalide pas le renvoi d’un étranger, à moins qu’il ne puisse être établi que son renvoi dans tel ou tel pays l’exposera à un préjudice grave. En conclusion, la Cour a rejeté l’allégation de l’appelante selon laquelle l’article 7 garantit le droit des parents et des enfants de ne pas être séparés du fait d’une mesure prise par l’État (voir également l’arrêt *Naredo c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 867 (QL) (C.A.)).

[101] Le renvoi dans leur pays d’origine des parents d’enfants nés au Canada, lorsqu’ils sont interdits de territoire au Canada, n’engage pas non plus les intérêts des enfants au titre de l’article 7. La Charte ne confère à ces enfants aucun droit d’exiger du gouvernement canadien qu’il n’applique pas à leurs parents les sanctions prévues pour la violation des lois canadiennes en matière d’immigration (voir les arrêts *Langner c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 469 (QL) (C.A.), et *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229.

[102] Comme il a été souligné à juste titre dans le mémoire des faits et du droit de l’intimé (au paragraphe 32), l’impossibilité pour un répondant de faire venir au Canada l’un de ses parents ou de ses grands-parents non citoyens est encore plus éloignée des droits garantis par l’article 7 que l’expulsion d’un non-citoyen qui se trouve déjà au Canada. Si ce n’était pas le cas, le Canada ne pourrait imposer quelque exigence législative que ce soit (notamment en matière de santé, de criminalité et de sécurité) aux ressortissants étrangers qui souhaiteraient s’établir

contrary to the most basic principle of international law and Canadian constitutional law, that a sovereign state has the right to control who enters and remains on its territory (subject to the *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 150). This is a quintessentially governmental responsibility, and Canadian citizens or permanent residents cannot be left to dictate on their own the legal status of foreigners. This is clearly not a liberty (or, for that matter, a security) interest that falls within the ambit of the protection offered by section 7 of the Charter.

[103] The same is true with respect to the right to security of the person. Not only is that right no more engaged than the right to liberty by the appellant's inability to bring her parents and siblings to Canada, but there is very little evidence of psychological harm at the level necessary to substantiate an infringement of the appellant's right to security of the person.

[104] The Supreme Court has made it clear that for the right to security to come into play, a claimant must establish a serious interference from the state. As stated for the majority by Chief Justice Lamer in *New Brunswick*, at paragraph 60:

For a restriction of security of the person to be made out, then, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

(See also: *Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran*, 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176, at paragraphs 125–126; *Blencoe*, at paragraphs 55–61.)

[105] The appellant argues that the MNI requirement violates her right to security as the denial of the possibility

au Canada. Cela irait à l'encontre du principe le plus fondamental du droit international et du droit constitutionnel canadien, selon lequel un État souverain a le droit de déterminer qui peut entrer sur son territoire et qui peut y rester (sous réserve de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 150). Il s'agit là d'une responsabilité gouvernementale par excellence; les citoyens canadiens ou les résidents permanents ne peuvent pas décider eux-mêmes du statut juridique des étrangers. De toute évidence, il ne s'agit pas d'une question relevant du droit à la liberté (ni, d'ailleurs, à la sécurité) que vise à protéger l'article 7 de la Charte.

[103] Il en va de même du droit à la sécurité de la personne. Non seulement il n'y a pas lieu pour l'appelante d'invoquer ce droit davantage que le droit à la liberté au motif qu'elle ne peut faire venir ses parents et ses frères et sœurs au Canada, qui plus est, il n'existe que très peu d'éléments de preuve attestant un préjudice psychologique suffisamment grave pour prouver qu'il y a violation du droit de l'appelante à la sécurité de sa personne.

[104] La Cour suprême a clairement établi que, pour faire jouer le droit à la sécurité, le demandeur doit prouver qu'il y a eu ingérence grave de la part de l'État. Comme l'a indiqué le juge en chef Lamer pour la majorité dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick*, au paragraphe 60 :

Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

(Voir également l'arrêt *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176, aux paragraphes 125 et 126, et l'arrêt *Blencoe*, aux paragraphes 55 à 61.)

[105] L'appelante soutient que l'exigence relative au RVM viole son droit à la sécurité, car le fait qu'on lui

of reunification with her extended family and the long-term family separation caused her psychological impacts such as anxiety and depression. The IAD considered that argument, and understood that the appellant's separation from her family was difficult and that she experienced depression and anxiety. Yet it came to the conclusion that it was not severe enough to meet the high threshold set out by the jurisprudence, and that the appellant was merely suffering from general separation.

[106] The IAD relied heavily on the fact that the appellant did not take her medication despite allegedly suffering from a depression, and that she dismissed the possibility of travelling to Bangladesh without her family to solve her condition. Moreover, the appellant had left Bangladesh 20 years ago, and the IAD noted that her anxiety and depression was mild in severity. Therefore, the IAD concluded that the appellant's psychological harm was no more serious than ordinary stress or anxiety.

[107] The appellant obviously does not agree with that assessment, but has not put forward any other arguments with respect to her right to security. In light of the fact that the IAD did not misapprehend the law and is owed deference with respect to its findings of fact, the intervention of this Court would not be warranted. This is not to belittle the pain and sorrow the appellant may experience at the prospect of not being able to reunite with her parents and siblings; however, it is not sufficient to establish a violation of her constitutional right to security.

[108] I would further add that the separation of the appellant from her family is the result of her own choice, and not the result of government action. This Court outlined in *de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655, that the decision to immigrate to Canada without the assurance of being joined later by family members, is a voluntary decision that a person makes. While the appellant may have assumed, falsely, that she would eventually be able to bring her family members here, statutory and regulatory requirements for bringing family members to

refuse la possibilité d'être réunie avec sa famille élargie et la séparation à long terme d'avec sa famille lui ont occasionné des répercussions psychologiques telles l'anxiété et la dépression. La SAI a examiné cette observation et a pris note qu'il était difficile pour l'appelante d'être séparée de sa famille et que l'appelante souffrait de dépression et d'anxiété. Pourtant, la SAI en est venue à la conclusion que ces répercussions n'étaient pas graves au point d'atteindre le seuil élevé établi par la jurisprudence et que l'appelante souffrait simplement d'être séparée de ses proches.

[106] La SAI s'est fortement appuyée sur le fait que l'appelante ne prenait pas ses médicaments même si elle souffrait de dépression et qu'elle a écarté la possibilité de se rendre au Bangladesh sans sa famille pour remédier à son état. De plus, l'appelante a quitté le Bangladesh il y a 20 ans et la SAI a pris note que son anxiété et sa dépression étaient légères. Par conséquent, la SAI a conclu que le préjudice psychologique subi par l'appelante n'était pas plus grave qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

[107] De toute évidence, l'appelante n'est pas d'accord avec cette évaluation, mais elle n'a présenté aucun autre argument concernant son droit à la sécurité. Étant donné que la SAI n'a pas mal interprété le droit et qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard de ses conclusions de fait, l'intervention de la Cour ne serait pas justifiée. Il ne s'agit pas de minimiser la douleur et le chagrin que peut éprouver l'appelante à la perspective de ne pas pouvoir être réunie avec ses parents et ses frères et sœurs; toutefois, cela ne suffit pas à établir qu'il y a violation de son droit constitutionnel à la sécurité.

[108] J'ajouterais que la séparation de l'appelante d'avec sa famille est le résultat de son propre choix, et non le résultat d'une mesure gouvernementale. La Cour a décrit dans l'arrêt *de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655, que la décision d'immigrer au Canada sans avoir l'assurance d'être rejoint plus tard par des membres de sa famille est une décision volontaire prise par une personne. Bien que l'appelante ait présumé à tort qu'elle serait tôt ou tard en mesure d'amener les membres de sa famille au Canada, les exigences légales

Canada have existed for many decades and were in place at the time the appellant went through the process of acquiring status in Canada.

[109] Relying on *Bedford*, the appellant tried to argue that the “sufficient causal connection” test is a flexible one, and that she is not required to show that the MNI requirement is the only or dominant cause of the prejudice she suffers. In that case, it will be remembered, the Supreme Court rejected the Attorney General’s submission that it was not the law, but the choice made by sex workers to engage in inherently risky activity, that was the real cause of their injury. The highest Court rejected that argument, first because many sex workers have no meaningful choice but to do so, and also because sex work is not illegal. The causal question, in that case, was whether the impugned laws made this lawful activity more dangerous. Needless to say, this situation bears no resemblance with that of the appellant. It cannot be said that the appellant had no meaningful choice but to immigrate to Canada and leave her family behind. Moreover, what the appellant is seeking is the right to bring her family members to Canada on her own terms, which has never been recognized as a right in Canada (nor, for that matter, in any other country).

[110] Given that the appellant’s rights to liberty and security are not engaged, and that there is no causal connection between the MNI requirement and the alleged harm suffered by the appellant, there is no need to determine whether the principles of fundamental justice have been breached.

VI. Conclusion

[111] For all of the above reasons, I would therefore dismiss the appeal without costs.

PELLETIER J.A.: I agree.

GAUTHIER J.A.: I agree.

et réglementaires en la matière existent depuis des décennies et étaient en vigueur au moment où l’appelante a fait les démarches pour acquérir un statut au Canada.

[109] S’appuyant sur l’arrêt *Bedford*, l’appelante a tenté de faire valoir que la norme du « lien causal suffisant » est souple et qu’elle n’est pas tenue de démontrer que l’exigence relative au RVM est la seule ou la principale cause du préjudice qu’elle subit. On se souviendra que, dans cette affaire, la Cour suprême avait rejeté l’argument du procureur général selon lequel ce n’était pas la loi, mais le choix fait par les travailleurs du sexe de se livrer à des activités intrinsèquement risquées, qui était la véritable cause du préjudice. Le plus haut tribunal du pays a rejeté cet argument, d’une part parce que de nombreux travailleurs du sexe n’ont pas vraiment d’autre solution que de s’adonner à ce genre d’activité, et d’autre part parce que le travail du sexe n’est pas illégal. Dans cette affaire, la question qui se posait sur le plan de la causalité était celle de savoir si les dispositions contestées accroissaient le risque couru par la personne qui se prostitue. Il va sans dire que cette situation n’a rien à voir avec celle de l’appelante. On ne peut pas dire que l’appelante n’avait pas d’autre choix que d’immigrer au Canada et de laisser sa famille derrière elle. De plus, l’appelante cherche à obtenir le droit de faire venir des membres de sa famille au Canada comme elle le voudrait, ce qui n’a jamais été reconnu comme un droit au Canada (ni, d’ailleurs, dans aucun autre pays).

[110] Étant donné que les droits de l’appelante à la liberté et à la sécurité ne sont pas en cause et qu’il n’y a aucun lien de causalité entre l’exigence relative au RVM et le préjudice que l’appelante dit subir, il n’est pas nécessaire de déterminer s’il y a eu manquement aux principes de justice fondamentale.

VI. Conclusion

[111] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais donc l’appel sans dépens.

Le juge PELLETIER, J.C.A. : Je suis d’accord.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d’accord.

A-206-17
2018 FCA 223

A-206-17
2018 CAF 223

Joanne Fraser, Allison Pilgrim, and Colleen Fox
(*Appellants*)

Joanne Fraser, Allison Pilgrim et Colleen Fox
(*appelantes*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: FRASER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : FRASER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Gauthier, Gleason and Woods
J.J.A.—Ottawa, September 6 and December 7, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Gleason et Woods,
J.C.A.—Ottawa, 6 septembre et 7 décembre 2018.

RCMP — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' application for judicial review seeking declarations of invalidity in respect of portions of Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act (RCMPSA), Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations (Regulations), also seeking to have entitlement to pension buy-back rights read into RCMPSA, Regulations — Appellants, former RCMP members, participating in RCMP's job sharing policy to work reduced hours in order to care for their children — Appellants' pension benefits for job-sharing periods calculated in same fashion as pension benefits for other part-time RCMP members — Appellants alleging this pro-rated calculation infringing their equality rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15 because those on leave without pay (such as care and nurturing leave) allowed to buy back pension whereas this option not available in their case — Federal Court holding that appellants working on part-time basis when job-sharing — Concluding that appellants failing to show that impugned provisions in RCMPSA, Regulations creating distinction on ground enumerated in s. 15 or on analogous ground, or disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping — Whether Federal Court erring in determining that impugned provisions not infringing Charter, s. 15 — Federal Court not erring — However, conflating steps in s. 15 analysis, not squarely grappling with requirements for claim of adverse impact discrimination — Present appeal turning on first step of analysis, i.e. whether impugned law on its face or in its impact creating distinction — RCMPSA, Regulations facially neutral, drawing distinctions based on hours regularly worked, whether employee on leave without pay — These distinctions not enumerated or analogous grounds within meaning of s. 15 — Case rather involving allegation of adverse impact discrimination — Appellants required to show that impugned provisions of RCMPSA, Regulations negatively impacting them in disproportionate way, such impact due to protected or analogous ground — Federal Court correctly reasoning

GRC — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes visant à faire déclarer invalides certaines dispositions de la Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada (LPRGRC) et du Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada (Règlement) et à obtenir de la Cour qu'elle donne à la LPRGRC et au Règlement une interprétation leur permettant de racheter du service ouvrant droit à pension — Les appelantes, d'anciennes membres de la GRC, ont profité de la politique de partage de poste de la GRC pour réduire leurs heures de travail en vue d'assurer les soins de leurs enfants — Les prestations de retraite des appelantes pendant les périodes de partage de poste étaient calculées de la même façon que les prestations de retraite des membres de la GRC qui travaillent à temps partiel — Les appelantes ont soutenu que ce calcul pondéré a violé le droit à l'égalité que leur garantit l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés parce que les personnes ayant pris un congé non payé (notamment pour s'occuper de leurs enfants) étaient autorisées à racheter le service ouvrant droit à pension alors qu'elles-mêmes étaient privées de cette option — La Cour fédérale a conclu que les appelantes travaillaient à temps partiel lorsqu'elles partageaient leur emploi — Elle a conclu que les appelantes n'avaient pas démontré que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement créent de la discrimination fondée sur un motif énuméré à l'art. 15 ou un motif analogue, ou créent un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a fait erreur en décidant que les dispositions en litige ne portaient pas atteinte à l'art. 15 de la Charte — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur — Toutefois, elle a confondu les deux étapes de l'analyse qu'appelle l'art. 15 et elle n'a pas abordé les éléments nécessaires pour démontrer une discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Le présent appel a porté sur la première étape de l'analyse, c.-à-d. la question de savoir si la loi en litige

that impugned pension provisions could not be viewed in isolation — Remuneration package provided to job-sharers having to be compared to that provided to members on leave without pay — Without evidence as to relative value of those packages, impossible to conclude that job-sharing adverse to being on leave without pay — Appellants failing to establish that differential treatment based on enumerated or analogous ground — Appellants not denied buy-back rights based on their personal characteristics of being female RCMP members with young children, but rather because electing to job-share as opposed to taking care, nurturing leave — No principle arising from arbitral case law preventing employer from altering employee's status from full to part-time if employee ceasing to work full-time — Appeal dismissed.

Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Federal Court dismissing appellants' application for judicial review seeking declarations of invalidity in respect of portions of Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act (RCMPSA), Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations (Regulations) — Appellants, former RCMP members, participating in RCMP's job sharing policy to work reduced hours in order to care for their children — Appellants' pension benefits for job-sharing periods calculated in same fashion as pension benefits for other part-time RCMP members — Appellants alleging this pro-rated calculation infringing their Charter, s. 15 equality rights because those on leave without pay (such as care and nurturing leave) allowed to buy back pension whereas this option not available in their case — Federal Court concluding appellants failing to show that impugned provisions in RCMPSA, Regulations creating distinction on ground enumerated in s. 15 or on analogous ground, or disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping — Whether Federal Court erring in determining that impugned provisions not infringing Charter, s. 15 — Federal Court not erring — However, conflating steps in s. 15 analysis, not squarely grappling with requirements for claim of adverse impact discrimination — Present appeal turning on first step of analysis, i.e. whether impugned law on its face or in its

crée, a priori ou par ses effets, une distinction — La LPRGRC et le Règlement sont a priori neutres et établissent des distinctions entre les employés selon leur horaire de travail régulier et le fait qu'ils soient ou non en congé non payé — Ces distinctions ne sont pas des motifs énumérés ou analogues pour l'application de l'art. 15 — L'affaire mettait plutôt en jeu une prétention de discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Les appelantes devaient démontrer que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement avaient eu un effet négatif disproportionné sur elles et que cet effet découlait d'un motif énuméré ou analogue — La Cour fédérale a conclu à juste titre que les dispositions contestées en matière de pension ne devaient pas être examinées isolément — Il fallait comparer le régime de rémunération offert aux personnes qui partagent un poste à celui offert aux membres qui prennent un congé non payé — Sans preuve quant à la valeur relative de ces régimes de rémunération, il était impossible de conclure que le partage de poste est plus défavorable qu'un congé non payé — Les appelantes n'ont pas démontré que le traitement différentiel était fondé sur un motif énuméré ou analogue — Les appelantes ne se sont pas vu refuser le droit de racheter leur service en raison de leurs caractéristiques personnelles de membres féminines de la GRC mères de jeunes enfants, mais parce qu'elles ont choisi de conclure une entente de partage de poste plutôt que de prendre un congé pour les soins et l'éducation de leurs enfants — Rien dans la jurisprudence arbitrale n'empêche un employeur de faire passer un employé de temps plein à temps partiel si celui-ci cesse de travailler à temps plein — Appel rejeté.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes visant à faire déclarer invalides certaines dispositions de la Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada (LPRGRC) et du Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada (Règlement) — Les appelantes, d'anciennes membres de la GRC, ont profité de la politique de partage de poste de la GRC pour réduire leurs heures de travail en vue d'assurer les soins de leurs enfants — Les prestations de retraite des appelantes pendant les périodes de partage de poste étaient calculées de la même façon que les prestations de retraite des membres de la GRC qui travaillent à temps partiel — Les appelantes ont soutenu que ce calcul pondéré a violé le droit à l'égalité que leur garantit l'art. 15 de la Charte parce que les personnes ayant pris un congé non payé (notamment pour s'occuper de leurs enfants) étaient autorisées à racheter le service ouvrant droit à pension alors qu'elles-mêmes étaient privées de cette option — La Cour fédérale a conclu que les appelantes n'avaient pas démontré que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement créent de la discrimination fondée sur un motif énuméré à l'art. 15 ou un motif analogue, ou qu'elles créent un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale

impact creating distinction — RCMPSA, Regulations facially neutral, drawing distinction based on hours regularly worked, whether employee on leave without pay — These distinctions not enumerated or analogous grounds within meaning of s. 15 — Case rather involving allegation of adverse impact discrimination — Appellants required to show that impugned RCMPSA, Regulations provisions negatively impacting them in disproportionate way, such impact due to protected or analogous ground — Appellants failing to establish that differential treatment based on enumerated or analogous ground — Nexus between grounds recognized under s. 15, any adverse result not established — Any inequality incurred by appellants not based on or arising by reason of appellants' sex, family or parental status — Appellants not denied buy-back rights based on their personal characteristics of being female RCMP members with young children, but rather because electing to job-share as opposed to taking care, nurturing leave — Making distinction based on hours worked not discriminatory.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellants' application for judicial review seeking declarations of invalidity in respect of portions of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* (RCMPSA) and the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations* (Regulations) and also seeking to have entitlement to pension buy-back rights read into the RCMPSA and the Regulations.

The appellants, former regular members of the Royal Canadian Mounted Police force, took advantage of the RCMP's job sharing policy to work reduced hours (by sharing a full-time job with another RCMP officer) in order to balance the demands associated with their jobs and the need to care for their children. By virtue of the RCMPSA and the Regulations, the appellants' pension benefits for the job-sharing periods were based on the hours the appellants regularly worked under their job-sharing arrangements, calculated in the same fashion as pension benefits are calculated for other RCMP members who work part-time hours. The appellants alleged that this pro-rated calculation infringed their equality rights guaranteed by section 15

a fait erreur en décidant que les dispositions en litige ne portaient pas atteinte à l'art. 15 de la Charte — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur — Toutefois, elle a confondu les deux étapes de l'analyse qu'appelle l'art. 15 et elle n'a pas abordé les éléments nécessaires pour démontrer une discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Le présent appel a porté sur la première étape de l'analyse, c.-à-d. la question de savoir si la loi en litige crée, a priori ou par ses effets, une distinction — La LPRGRC et le Règlement sont a priori neutres et établissent des distinctions entre les employés selon leur horaire de travail régulier et le fait qu'ils soient ou non en congé non payé — Ces distinctions ne sont pas des motifs énumérés ou analogues pour l'application de l'art. 15 — L'affaire mettait plutôt en jeu une prétention de discrimination par suite d'un effet préjudiciable — Les appelantes devaient démontrer que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement avaient eu un effet négatif disproportionné sur elles et que cet effet découlait d'un motif énuméré ou analogue — Les appelantes n'ont pas démontré que le traitement différentiel était fondé sur un motif énuméré ou analogue — Le lien nécessaire entre les motifs reconnus au titre de l'art. 15 et un quelconque effet préjudiciable n'a pas été établi — Quelque inégalité de traitement qu'aient pu subir les appelantes n'était pas fondée sur leur sexe et leur situation familiale ou parentale — Les appelantes ne se sont pas vu refuser le droit de racheter leur service en raison de leurs caractéristiques personnelles de membres féminines de la GRC mères de jeunes enfants, mais parce qu'elles ont choisi de conclure une entente de partage de poste plutôt que de prendre un congé pour les soins et l'éducation de leurs enfants — Une distinction fondée sur les heures de travail n'est pas discriminatoire.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes visant à faire déclarer invalides certaines dispositions de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (LPRGRC) et du *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (Règlement) et à obtenir de la Cour qu'elle donne à la LPRGRC et au Règlement une interprétation leur permettant de racheter du service ouvrant droit à pension.

Les appelantes, d'anciennes membres régulières de la Gendarmerie royale du Canada, ont profité de la politique de partage de poste de la GRC pour réduire leurs heures de travail (en partageant un poste à temps plein avec un autre membre de la GRC) en vue de concilier les exigences de leur emploi et la nécessité d'assurer les soins de leurs enfants. En vertu de la LPRGRC et du Règlement, les prestations de retraite des appelantes pendant les périodes de partage de poste étaient calculées en fonction de l'horaire régulier des appelantes dans le cadre de leurs ententes de partage de poste, c'est-à-dire de la même façon que les prestations de retraite des membres de la GRC qui travaillent à temps partiel. Les appelantes ont

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because they say they were treated less favourably than those who are absent from work on leave without pay of more than three months' duration. The appellants could have opted to take unpaid care and nurturing leave instead of opting to job share. Had they done so, they could have opted to buy back their pensions for the period of the leave and not had their pension benefits reduced. The appellants also alleged that the failure to provide them with an equivalent pension buy-back option for the job-sharing period violated their equality rights. The Federal Court held that the appellants worked on a part-time basis when they job-shared and that they were not periodically on leave without pay when job-sharing. The Federal Court then applied the two-step test for discrimination elucidated by the Supreme Court of Canada and concluded that the appellants had failed to show that the impugned provisions in the RCMPSA and Regulations create a distinction on a ground enumerated in section 15 of the Charter or on an analogous ground. Moving on to consider the second portion of the section 15 test, the Federal Court held that the appellants had failed to show that the impugned provisions in the RCMPSA and Regulation create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

The main issue was whether the Federal Court erred in determining that the impugned provisions did not infringe section 15 of the Charter.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err in concluding that the appellants did not establish an infringement of section 15 of the Charter. However, the Federal Court conflated the two steps in the section 15 analysis and did not squarely grapple with the requirements for a claim of adverse impact discrimination. Section 15 guarantees substantive as opposed to merely formal equality and requires the following two-step analysis: first, determination of whether the impugned law on its face or in its impact creates a distinction based on a ground enumerated in section 15 or on an analogous ground, and second, determination of whether such distinction imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing or perpetuating prejudice or disadvantage. The present appeal turned on the first step of the above analysis. The RCMPSA and the Regulations are facially neutral and draw distinctions based on hours regularly worked and whether an employee is on leave without pay, which are not enumerated or analogous grounds within the meaning of section 15. This case rather involved an allegation of adverse impact discrimination. Such

soutenu que ce calcul pondéré a violé le droit à l'égalité que leur garantit l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elles auraient été traitées moins favorablement que les personnes ayant pris un congé non payé d'une durée de plus de trois mois. Les appelantes auraient pu opter pour le congé non payé pour s'occuper de leurs enfants plutôt que pour l'entente de partage de poste. Si elles l'avaient fait, elles auraient pu racheter leurs pensions pour les périodes où elles auraient été en congé et elles n'auraient subi aucune réduction de prestations de pension. Les appelantes ont soutenu en outre qu'en les privant de cette option de racheter le service ouvrant droit à pension correspondant à la période où elles ont partagé un poste, on a enfreint leur droit à l'égalité. La Cour fédérale a conclu que les appelantes travaillaient à temps partiel lorsqu'elles partageaient leur emploi et qu'elles n'étaient pas partiellement en congé non payé lorsqu'elles partageaient un poste. La Cour fédérale a ensuite appliqué le critère à deux volets permettant de déterminer s'il y a eu discrimination énoncé par la Cour suprême du Canada et conclu que les appelantes n'avaient pas démontré que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement créent de la discrimination fondée sur un motif énuméré à l'article 15 de la Charte ou un motif analogue. Se penchant ensuite sur le deuxième volet de l'analyse qu'appelle l'article 15, la Cour fédérale a conclu que les appelantes n'avaient pas réussi à démontrer que les dispositions en litige de la LPRGRC et du Règlement créent un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a fait erreur en décidant que les dispositions en litige ne portaient pas atteinte au droit garanti par l'article 15 de la Charte.

Arrêt : L'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les appelantes n'avaient pas démontré une violation de l'article 15 de la Charte. Toutefois, la Cour fédérale a confondu les deux étapes de l'analyse qu'appelle l'article 15 et n'a pas abordé les éléments nécessaires pour démontrer une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. L'article 15 garantit l'égalité réelle plutôt qu'une simple égalité formelle et nécessite une analyse en deux volets : il s'agit de déterminer premièrement si la loi en litige crée, a priori ou par ses effets, une distinction fondée sur un motif énuméré à l'article 15 ou sur un motif analogue et, deuxièmement, si la distinction impose un fardeau ou refuse un avantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. Le présent appel a porté sur la première étape de l'analyse. La LPRGRC et le Règlement sont a priori neutres et établissent des distinctions entre les employés selon leur horaire de travail régulier et le fait qu'ils soient ou non en congé non payé, qui ne sont pas des motifs énumérés ou analogues pour l'application de l'article 15. La présente affaire a plutôt mis en jeu une prétention

discrimination arises when a neutral rule or standard imposes obligations, penalties or restrictive conditions on a protected group because of some special characteristic the group possesses that are not imposed on others. Here, to meet the first step of the section 15 analysis, the appellants were required to show that the provisions in the RCMPA and the Regulations that establish that pension buy-back is only available for those who take leaves of absence without pay of three months or more negatively impacted them in a disproportionate way and that such impact was due to a protected or analogous ground. The Federal Court correctly reasoned that the impugned pension provisions could not be viewed in isolation, but rather had to be considered along with the other parts of the remuneration package provided to RCMP job-sharers compared to that provided to RCMP members on leave without pay. Without any evidence as to relative value of the two packages, it was impossible to conclude that job-sharing is adverse to being on a leave without pay. The Federal Court did not err in concluding that the appellants had failed to establish that the differential treatment was based on an enumerated or analogous ground. There was no evidence to establish the requisite nexus between the grounds recognized under section 15 and any adverse result. In short, any inequality in treatment that the appellants might have incurred was not shown to have been based on or to have arisen by reason of the appellants' sex and family or parental status. The mere fact that women disproportionately take advantage of the job-sharing option does not mean that the pension treatment afforded to those who job-share under the RCMPA and the Regulation creates a distinction on an enumerated or analogous ground. In sum, the appellants were not denied buy-back rights based on their personal characteristics of being female RCMP members with young children, but rather because they elected to job-share as opposed to taking care and nurturing leave. In *Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital*, the Ontario Court of Appeal held that providing a different level of employment benefits to employees absent from work by reason of disability is not discriminatory as it is not discriminatory to provide differential compensation based on whether an employee is actively at work. Here, as in *Orillia Soldiers*, the different pension treatment that the appellants impugned is premised on the hours worked by the RCMP members. *Orillia Soldiers* would thus indicate that making a distinction based on hours worked is not discriminatory. There was no principle arising from the arbitral case law that would prevent an employer from altering an employee's status from full to part-time if the employee ceased to work full-time hours.

de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Une telle discrimination survient lorsqu'une règle ou une norme neutre impose des obligations, des pénalités ou des conditions restrictives à un groupe protégé en raison de certaines caractéristiques particulières que le groupe possède et qui ne sont pas imposées à d'autres. En l'espèce, pour satisfaire à la première étape de l'analyse qu'appelle l'article 15, les appelantes devaient démontrer que les dispositions de la LPRGRC et du Règlement qui autorisent seulement les personnes en congé non payé pendant plus de trois mois à racheter le service ouvrant droit à pension avaient eu un effet négatif disproportionné sur elles et que cet effet découlait d'un motif énuméré ou analogue. La Cour fédérale a conclu à juste titre que les dispositions contestées en matière de pension devaient être examinées, non pas isolément, mais à la lumière des autres composantes du régime de rémunération que la GRC offre aux personnes qui partagent un poste, par rapport à celui offert aux membres de la GRC qui prennent un congé non payé. Sans preuve quant à la valeur relative des deux régimes de rémunération, il était impossible de conclure que le partage de poste est plus défavorable qu'un congé non payé. La Cour fédérale n'a pas fait erreur en concluant que les appelantes n'avaient pas démontré que le traitement différentiel était fondé sur un motif énuméré ou analogue. Elle n'était saisie d'aucun élément établissant le lien nécessaire entre les motifs reconnus au titre de l'article 15 et un quelconque effet préjudiciable. Bref, rien n'a démontré que quelque inégalité de traitement qu'aient pu subir les appelantes était fondée sur leur sexe et leur situation familiale ou parentale ou attribuable à ces motifs. Le seul fait que les employés se prévalant de la possibilité du partage de poste sont en grande partie des femmes ne signifie pas que le traitement en matière de pension qui est réservé à celles-ci en application de la LPRGRC et du Règlement crée une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue. En résumé, les appelantes ne se sont pas vu refuser le droit de racheter leur service en raison de leurs caractéristiques personnelles de membres féminines de la GRC mères de jeunes enfants, mais bien parce qu'elles ont choisi de conclure une entente de partage de poste plutôt que de prendre un congé pour les soins et l'éducation de leurs enfants. Dans l'arrêt *Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital*, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'accorder un régime d'avantages sociaux différent aux employés absents du travail en raison d'une invalidité n'est pas discriminatoire, car il n'est pas discriminatoire d'offrir une rémunération différentielle aux employés selon qu'ils sont en service actif ou non. En l'espèce, comme dans l'affaire *Orillia Soldiers*, le traitement différent des cotisations et des prestations de retraite qu'ont contestées les appelantes repose sur les heures de travail des membres de la GRC. Ainsi, suivant l'arrêt *Orillia Soldiers*, une distinction fondée sur les heures de travail n'est pas discriminatoire. Rien dans la jurisprudence arbitrale n'empêche un employeur de faire passer un employé de temps plein à temps partiel si celui-ci cesse de travailler à temps plein.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 15.

Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, Title VII.

Department of Public Works and Government Services Act, S.C. 1996, c. 16, s. 13.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.

Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 11.1(1)(c).

Public Service Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. P-36.

Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10, ss. 20.1, 22.1.

Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act, R.S.C., 1985, c. R-11, ss. 5, 6, 6.1, 7(1)(i), 10(1), 27(1).

Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations, C.R.C., c. 1393, ss. 2.1 “full-time member”, “part-time member”, 5.2, 5.4, 5.8, 10, 10.1, 10.8, 17.1–17.3.

CASES CITED

APPLIED:

Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548; *Miceli-Riggins v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 158, [2014] 4 F.C.R. 709; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 181, [2019] 2 F.C.R. 488.

DISTINGUISHED:

Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital (1999), 42 O.R. (3d) 692, 169 D.L.R. (4th) 489 (C.A.); *Riverdale Hospital (Board of Governors) v. C.U.P.E., Local 79, Re* (1994), 41 L.A.C. (4th) 24; *Ontario Secondary School Teachers' Federation, Local 10 v. Peel Board of Education (Lambert Grievances)* (1998), 73 L.A.C. (4th) 183.

CONSIDERED:

Grenon v. Canada, 2016 FCA 4, 349 C.R.R. (2d) 150; *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293, 423 D.L.R. (4th) 197; *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 64 N.R. 161; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.

Civil Rights Act of 1964, Pub. L. 88-352, titre VII.

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10, art. 20.1, 22.1.

Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 11.1(1)(c).

Loi sur la pension de la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-36.

Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-11, art. 5, 6, 6.1, 7(1)i), 10(1), 27(1).

Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux, L.C. 1996, ch. 16, art. 13.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1.

Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada, C.R.C., ch. 1393, art. 2.1 « membre à plein temps », « membre à temps partiel », 5.2, 5.4, 5.8, 10, 10.1, 10.8, 17.1–17.3.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548; *Miceli-Riggins c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 158, [2014] 4 R.C.F. 709; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Begum c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 181, [2019] 2 R.C.F. 488.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital (1999), 42 O.R. (3d) 692, 169 D.L.R. (4th) 489 (C.A.); *Riverdale Hospital (Board of Governors) v. C.U.P.E., Local 79, Re* (1994), 41 L.A.C. (4th) 24; *Ontario Secondary School Teachers' Federation, Local 10 v. Peel Board of Education (Lambert Grievances)* (1998), 73 L.A.C. (4th) 183.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Grenon c. Canada, 2016 CAF 4; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

REFERRED TO:

Gingras v. Canada, [1994] 2 F.C. 734, 113 D.L.R. (4th) 295 (C.A.); *Wilson v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 250, 365 F.T.R. 310; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 91 N.R. 255; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 236 N.R. 1; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396; *Thomson v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 253, 365 C.R.R. (2d) 180; *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Centrale des syndicats du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522; *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Newfoundland)*, [1989] 1 S.C.R. 922, (1989), 96 N.R. 227; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, (1999), 244 N.R. 33; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Nadeau v. Canada (Revenue Agency)*, 2018 FCA 214, affd 2017 FPSLRB 27; *Crossroads Regional Health Authority v. Alberta Union of Provincial Employees* (2002), 105 L.A.C. (4th) 78; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454*, 2004 SKQB 102, 246 Sask. R. 260, affd 2005 SKCA 30, 257 Sask. R. 199; *Ontario Liquor Control Board v. Ontario Public Service Employees Union* (2009), 182 L.A.C. (4th) 116, 2009 CanLII 15418; *SaskPower v. Unifor, Local 649*, [2015] S.L.A.A. No. 21 (QL).

APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 557) dismissing the appellants' application for judicial review seeking declarations of invalidity in respect of portions of the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act* (RCMPSA) and the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations* (Regulations) and also seeking to have entitlement to pension buy-back rights read into the RCMPSA and the Regulations. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Paul Champ and *Bijon Roy* for appellants.
Gregory Tzemenakis and *Youri Tessier-Stall* for respondent.

DÉCISIONS CITÉES :

Gingras c. Canada, [1994] 2 C.F. 734, 1994 CanLII 3475 (C.A.); *Wilson c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 250; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 1989 CanLII 2; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 1989 CanLII 675; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396; *Thomson c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 253; *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464; *Renvoi : Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Nadeau c. Canada (Agence du revenu)*, 2018 CAF 214, confirmant 2017 CRTESPF 27; *Crossroads Regional Health Authority v. Alberta Union of Provincial Employees* (2002), 105 L.A.C. (4th) 78; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454*, 2004 SKQB 102, 246 Sask. R. 260, conf. par 2005 SKCA 30, 257 Sask. R. 199; *Ontario Liquor Control Board v. Ontario Public Service Employees Union* (2009), 182 L.A.C. (4th) 116, 2009 CanLII 15418; *SaskPower v. Unifor, Local 649*, [2015] S.L.A.A. n° 21 (QL).

APPEL d'une décision par laquelle la Cour fédérale (2017 CF 557) a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes visant à faire déclarer invalides certaines dispositions de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (LPRGRC) et du *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada* (Règlement) et à obtenir de la Cour qu'elle donne à la LPRGRC et au Règlement une interprétation leur permettant de racheter du service ouvrant droit à pension. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Paul Champ et *Bijon Roy*, pour les appelantes.
Gregory Tzemenakis et *Youri Tessier-Stall*, pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

Champ & Associates, Ottawa, for appellants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] GLEASON J.A.: The appellants are former regular members of the Royal Canadian Mounted Police force and are also women and mothers. When their children were young, they took advantage of the RCMP's job sharing policy to work reduced hours (by sharing a full-time job with another RCMP officer) in order to balance the demands associated with their jobs and the need to care for their children. By virtue of provisions in the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. R-11 (the RCMPSA) and the *Royal Canadian Mounted Police Superannuation Regulations*, C.R.C., c. 1393 (the Regulation), the appellants' pension benefits for the job-sharing periods were based on the hours the appellants regularly worked under their job-sharing arrangements, calculated in the same fashion as pension benefits are calculated for other RCMP members who work part-time hours.

[2] The appellants allege that this pro-rated calculation infringes their equality rights guaranteed by section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter) because they say they were treated less favourably than those who are absent from work on leave without pay of more than three months' duration. RCMP members who take such leaves are afforded the option of treating the period of leave without pay as fully pensionable, with pension for the leave period being calculated based on the hours regularly worked immediately prior to the leave, provided the member makes the necessary additional contributions for the leave period. The appellants could have opted to take unpaid care and nurturing leave instead of opting to job share. Had they done so, they could have opted to buy back their pensions for the period of the leave and not had their pension benefits reduced.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Champ & Associates, Ottawa, pour les appelantes.
La sous-procureure générale du Canada, pour l'intimé.

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

[1] LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Les appelantes sont d'anciennes membres régulières de la Gendarmerie royale du Canada qui sont également mères. Lorsque leurs enfants étaient jeunes, elles ont profité de la politique de partage de poste de la GRC pour réduire leurs heures de travail (en partageant un poste à temps plein avec un autre membre de la GRC) en vue de concilier les exigences de leur emploi et la nécessité d'assurer les soins de leurs enfants. En vertu de la *Loi sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-11 (la LPRGRC) et du *Règlement sur la pension de retraite de la Gendarmerie royale du Canada*, C.R.C., ch. 1393 (le Règlement), les prestations de retraite des appelantes pendant les périodes de partage de poste étaient calculées en fonction de l'horaire régulier des appelantes dans le cadre de leurs ententes de partage de poste, c'est-à-dire de la même façon que les prestations de retraite des membres de la GRC qui travaillent à temps partiel.

[2] Les appelantes soutiennent que ce calcul pondéré viole le droit à l'égalité que leur garantit l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) parce qu'elles auraient été traitées moins favorablement que les personnes ayant pris un congé non payé d'une durée de plus de trois mois. Les membres de la GRC qui prennent de tels congés ont la possibilité de compter la période de congé comme du service ouvrant droit à pension, la pension pour la période de congé étant calculée en fonction de leur horaire de travail régulier avant le congé, à condition qu'ils versent les cotisations supplémentaires requises. Les appelantes auraient pu opter pour le congé non payé pour s'occuper de leurs enfants plutôt que pour l'entente de partage de poste. Si elles l'avaient fait, elles auraient pu racheter leurs pensions pour les périodes où elles auraient été en congé et elles n'auraient subi aucune réduction de prestations de pension.

[3] The appellants allege that the failure to provide them with an equivalent pension buy-back option for the job-sharing period violates their equality rights guaranteed under section 15 of the Charter because they say they were afforded unequal benefit of the law by reason of the intersecting grounds of sex and family or parental status. More specifically, they assert that in light of the pension treatment afforded to RCMP members on leave without pay, they have a right to require that the non-worked hours during their job sharing periods be treated as periods of leave without pay. They accordingly allege that they ought to have been given the option to buy back the equivalent of these non-worked hours so their pensions for the job-sharing period would be the same as they would have been had they taken leave without pay or worked full-time hours.

[4] The appellants commenced an application for judicial review in the Federal Court, seeking declarations of invalidity in respect of portions of the RCMPSPA and the Regulation and also seeking to have entitlement to pension buy-back rights read into the RCMPSPA and the Regulation. In a decision reported as 2017 FC 557, the Federal Court (*per Kane J.*) dismissed the appellants' application, finding that they had failed to establish that their equality rights had been infringed.

[5] For the reasons set out below, I agree with the conclusion reached by the Federal Court and would accordingly dismiss this appeal.

I. The RCMP Pension Plan

[6] It is useful to commence by reviewing the relevant provisions in the RCMPSPA and the Regulation, which currently apply to the issues in this appeal. The RCMPSPA and the Regulation were amended in 2006 to provide for differential pension treatment for part-time and full-time members and employees. However, the RCMPSPA and the Regulation were applied in an identical fashion prior to 2006 to the appellants; therefore, nothing in this appeal turns on the dates the amendments came into force.

[3] Les appelantes soutiennent qu'en les privant de cette option de racheter le service ouvrant droit à pension correspondant à la période où elles ont partagé un poste, on enfreint leur droit à l'égalité garanti par l'article 15 de la Charte, car on ne leur a pas accordé le même bénéfice de la loi en raison de motifs de discrimination interreliés, c'est-à-dire le sexe et la situation familiale ou parentale. Plus précisément, elles affirment qu'à la lumière du traitement des pensions des membres de la GRC en congé non payé, elles sont en droit d'exiger que les heures non travaillées durant leurs périodes de partage de poste soient comptées comme des périodes de congé non payé. Elles soutiennent donc qu'elles auraient dû avoir la possibilité de racheter l'équivalent de ces heures non travaillées afin que leur pension pour la période de partage de poste soit la même que si elles avaient pris un congé non payé ou travaillé à temps plein.

[4] Les appelantes ont présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale afin de faire déclarer invalides les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement et d'obtenir de la Cour qu'elle donne à la LPRGRC et au Règlement une interprétation leur permettant de racheter du service ouvrant droit à pension. Dans une décision de la juge Kane, dont la référence est 2017 CF 557, la Cour fédérale a rejeté la demande des appelantes, puisqu'elles n'avaient pas réussi à démontrer que leur droit à l'égalité avait été enfreint.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je souscris à la conclusion de la Cour fédérale et, par conséquent, je rejetterais l'appel.

I. Le régime de retraite de la GRC

[6] Il est utile de commencer par examiner les dispositions de la LPRGRC et du Règlement qui s'appliquent aux questions à trancher dans le présent appel. En 2006, on a modifié la LPRGRC et le Règlement afin d'offrir un traitement différentiel aux employés et aux membres à temps plein et à temps partiel. Toutefois, la LPRGRC et le Règlement ont été appliqués de la même façon aux appelantes avant 2006. Par conséquent, dans le présent appel, les dates d'entrée en vigueur des modifications n'importent pas.

[7] The RCMP Pension Plan (or the Plan), established by the RCMPSA and the Regulation, is a contributory defined benefit plan that provides pension entitlements very similar to those afforded to federal public servants under the *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36. Under the section 5 of the RCMPSA and section 5.2 of the Regulation, participation in the RCMP Pension Plan is compulsory for all RCMP members (both regular and civilian) working at least 12 hours per week.

[8] Part-time and full-time years of service are counted in an identical fashion for purposes of accrual of pensionable service under the Plan: RCMPSA, section 6. A year of part-time service is therefore counted as a year of pensionable service the same way as a year of full-time service would be counted. However, contributions and benefits are based on the hours regularly worked by members and are thus pro-rated for part-time members, based on the part-time hours regularly worked: RCMPSA, subsection 10(1); Regulation, ss. 5.4, 17.1–17.3.

[9] Part-time and full-time members and employees are defined in section 2.1 of the Regulation. Of pertinence to this appeal are the definitions of part-time and full-time member, which read as follows:

2.1 ...

full-time member means a member of the Force who is engaged to work the normal number of hours of work per week for members of the Force;

...

part-time member means a member of the Force who is engaged to work on average not fewer than the number of hours of work per week set by subsection 5.2(1), but who is not a full-time member.

Subsection 5.2(1) of the Regulation sets the minimum number of hours per week for part-time Plan membership at 12.

[7] Le Régime de retraite de la GRC (ou le Régime), établi par la LPRGRC et le Règlement, est un régime contributif à prestations déterminées qui offre des droits à pension très semblables à ceux accordés aux fonctionnaires fédéraux par la *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36. Aux termes de l'article 5 de la LPRGRC et de l'article 5.2 du Règlement, tous les membres de la GRC (tant réguliers que civils) qui travaillent au moins 12 heures par semaine sont tenus de participer au régime de retraite de la GRC.

[8] Les années de service à temps partiel et à plein temps sont comptées de la même façon aux fins de l'accumulation du service ouvrant droit à pension pour l'application du régime (LPRGRC, article 6). Une année de service à temps partiel est donc comptée comme une année de service ouvrant droit à pension au même titre qu'une année de service à plein temps. Toutefois, les cotisations et les prestations sont déterminées en fonction des heures de travail régulières des membres. Par conséquent, elles sont calculées au prorata des heures normales de travail pour les membres à temps partiel (LPRGRC, paragraphe 10(1); Règlement articles 5.4, 17.1-17.3).

[9] Les termes « employé à plein temps », « employé à temps partiel », « membre à plein temps » et « membre à temps partiel » sont définis à l'article 2.1 du Règlement. Les deux dernières sont pertinentes en l'espèce. Elles sont ainsi rédigées :

2.1[...]

membre à plein temps Le membre de la Gendarmerie qui est engagé pour effectuer le nombre normal d'heures de travail par semaine des membres de la Gendarmerie.

[...]

membre à temps partiel Le membre de la Gendarmerie qui est engagé pour effectuer en moyenne un nombre d'heures de travail par semaine non inférieur à celui fixé au paragraphe 5.2(1), mais qui n'est pas membre à plein temps.

Le paragraphe 5.2(1) du Règlement fixe à 12 heures le nombre minimal d'heures par semaine ouvrant droit au régime en tant que membre à temps partiel.

[10] By virtue of section 6.1 of the RCMPSPA and section 10 of the Regulation, RCMP Pension Plan members who are on leave without pay for a period of three months or more are provided the option of treating the leave period as either pensionable or non-pensionable service. If they opt for the former, their contributions and benefits for the period of the leave are premised on the pay for the hours they regularly worked prior to the leave: RCMPSPA, subsection 27(1); Regulation, s. 5.8. If members elect to treat a period of leave as pensionable service, they are required to make extra contributions—i.e. buy-back their service: RCMPSPA, subparagraph 6(b)(ii)(K) and paragraph 7(1)(i); Regulation, paragraph 10(1)(b). The buy-back rate generally applicable is double the contribution the contributor would otherwise have made plus interest: Regulation, paragraph 10(1)(b) and section 10.8. Thus, for those working part-time hours before going on leave, the required contribution and amount of pension payable for the buy-back period is pro-rated based on the part-time hours regularly worked by the member immediately prior to the leave: Regulation, section 10.1.

[11] The Government of Canada is the sponsor of the RCMP Pension Plan and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness is the Minister responsible for the Plan. The administration of the Plan is shared between the RCMP and the Department of Public Works and Government Services Canada, with the former being responsible for developing legislation and related policies and the latter being responsible for day-to-day administration, including determining eligibility for pension benefits, calculating and paying benefits: see *Department of Public Works and Government Services Act*, S.C. 1996, c. 16, section 13. The Treasury Board is responsible for setting contribution rates: RCMPSPA, subsection 5(1).

[12] Under the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 and the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10, the Treasury Board is the employer of members of the RCMP: *Gingras v. Canada*, [1994] 2 F.C. 734, at page 753, 113 D.L.R. (4th) 295 (C.A.); *Wilson v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 250, 365 F.T.R. 310, at paragraphs 30 and 32. The Treasury Board is empowered to determine and regulate the pay to

[10] Par l'opération de l'article 6.1 de la LPRGRC et de l'article 10 du Règlement, les participants au régime de retraite de la GRC qui sont en congé non payé pendant trois mois ou plus peuvent compter ou non la période de congé comme du service ouvrant droit à pension. S'ils choisissent la première option, leurs cotisations et leurs prestations pour la période de congé seront déterminées en fonction de leur horaire régulier de travail avant le congé (LPRGRC, paragraphe 27(1); Règlement, article 5.8). Dans ce cas, ils doivent verser des cotisations supplémentaires, c'est-à-dire racheter leur service (LPRGRC, sous-alinéa 6b)(ii)(K), et alinéa 7(1)i); Règlement, alinéa 10(1)b)). Le taux de rachat généralement applicable correspond au double de la cotisation que le participant aurait autrement versée, plus les intérêts (Règlement, alinéa 10(1)b) et article 10.8). Ainsi, pour ceux qui travaillent à temps partiel avant de partir en congé, la cotisation et la somme payable pour le rachat de service sont calculées au prorata des heures habituelles de travail du membre à temps partiel avant le congé (Règlement, article 10.1).

[11] Le gouvernement du Canada est le promoteur du régime de retraite de la GRC; le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile en est le ministre responsable. La GRC et le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux du Canada se partagent l'administration du régime. La GRC est responsable d'élaborer la réglementation et les politiques afférentes et le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux est responsable de l'administration courante du régime, notamment de déterminer l'admissibilité aux prestations de retraite, de les calculer et de les verser (voir la *Loi sur le ministère des Travaux publics et des Services gouvernementaux*, L.C. 1996, ch. 16, article 13). Le Conseil du Trésor est responsable de l'établissement des taux de cotisation (LPRGRC, paragraphe 5(1)).

[12] La *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, et la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10, disposent que le Conseil du Trésor est l'employeur des membres de la GRC (*Gingras c. Canada*, [1994] 2 C.F. 734, à la page 753, 1994 CanLII 3475 (C.A.); et *Wilson c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 250, aux paragraphes 30 et 32). Le Conseil du Trésor est habilité à déterminer et

which RCMP members are entitled for services rendered, their hours of work, leave and related matters: *Financial Administration Act*, paragraph 11.1(1)(c); *Royal Canadian Mounted Police Act*, sections 20.1 and 22.1. In practice, the Treasury Board has delegated decision-making responsibility for many of these matters to the RCMP.

[13] Neither the RCMPSPA nor the Regulation contains any provision aimed specifically at those who work under a job-sharing arrangement. The appellants and all other RCMP members who job-shared were treated as part-time members for the periods they job-shared as they were considered to have then been engaged to work less than full-time hours and to have not been on a period of leave in excess of three months' duration. The appellants' pensions are therefore less than they would have been had they worked full-time hours throughout their careers or than they would have been had they taken unpaid care and nurturing leave instead of job-sharing and had opted to exercise buy-back rights.

II. The Evidence before the Federal Court

[14] As the appellants proceeded by way of application under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, the evidence consists of affidavits as well as the transcripts of the cross-examinations of several of the affiants.

[15] Each of the appellants provided an affidavit, detailing why she chose to job-share and also detailing the pension treatment she was afforded for the period of job-sharing. The appellants also deposed to the affront they felt by reason of the reduction in their pensions for the period of job-sharing, asserting they believe that the reduction evinces a lack of appreciation for female RCMP officers who chose to have children. However, none of them provided evidence comparing the pecuniary value of the job-sharing arrangement, inclusive of the reduced pension treatment, with the pecuniary value of an equivalent period of leave without pay.

[16] One of the appellants, Ms. Fraser, provided evidence that the cost of repurchasing her pension for a

à régler les traitements des membres de la GRC, leurs horaires et leurs congés, ainsi que les questions connexes (*Loi sur la gestion des finances publiques*, alinéa 11.1(1)c); *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, articles 20.1 et 22.1). En pratique, le Conseil du Trésor a délégué à la GRC la responsabilité décisionnelle concernant bon nombre de ces questions.

[13] Aucune disposition de la LPRGRC ou du Règlement ne vise particulièrement ceux qui participent à une entente de partage de poste. Les appelantes et les autres membres de la GRC qui partageaient un emploi étaient considérées comme des membres à temps partiel pendant les périodes de partage de poste, car elles étaient réputées avoir été engagées pour travailler à temps partiel et ne pas avoir été en congé pendant plus de trois mois. Les pensions des appelantes sont donc inférieures à ce qu'elles auraient été si les appelantes avaient travaillé à temps plein tout au long de leur carrière ou si elles avaient pris un congé non payé pour s'occuper de leurs enfants et avaient exercé leurs droits de rachat de service au lieu de partager un emploi.

II. La preuve dont la Cour fédérale était saisie

[14] Les appelantes ont déposé une demande fondée sur les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. La preuve est composée d'affidavits et des transcriptions du contre-interrogatoire de plusieurs des souscripteurs d'affidavits.

[15] Chacune des appelantes a déposé un affidavit, où elle décrit pourquoi elle a décidé de partager un poste et le traitement accordé à sa pension pendant la période de partage de poste. Dans leur affidavit, elles se disent également insultées de la réduction de leur pension découlant de la période de partage de poste, car elles y voient un manque d'estime à l'égard des membres de la GRC qui choisissent d'avoir des enfants. Cependant, aucune d'entre elles n'a fourni de preuve comparant la valeur pécuniaire de l'entente de partage de poste, y compris la pension réduite, avec celle d'une période équivalente de congé non payé.

[16] Une des appelantes, M^{me} Fraser, a produit des éléments démontrant que le coût du rachat du service

three-year leave without pay totalled approximately \$24 000 and another, Ms. Pilgrim, deposed that her pension was reduced by approximately five percent as a result of treating the three years she worked under a job-sharing arrangement as part-time service under the RCMP Pension Plan, but provided only a hypothetical calculation to support this claim. There is no other evidence as to the financial impact of the pension treatment afforded to RCMP members who job-share or as to the comparative value of an equivalent period of leave without pay.

[17] Similarly, there was very little evidence about the number of RCMP members who have opted to job share or to work part-time and no evidence about those who have opted to take an unpaid leave of absence. One of the appellants' affiants conducted an informal e-mail survey of co-workers, which suggested that 34 regular RCMP members had chosen to job-share over the period from the inception of the job-sharing policy in 1998 until 2002. However, no evidence was provided as to the reasons they elected to job-share.

[18] A witness tendered on behalf of the respondent provided a snap shot of the situation as of May 11, 2010 and as of May 11, 2014. On the former date, there were 11 regular and 16 civilian RCMP members who were job-sharing and 74 civilian and regular RCMP members who were working part-time. On the latter date, there were no regular and 14 civilian RCMP members who were job-sharing and 78 civilian and regular RCMP members who were working part-time hours. All the job-sharers were women, but for many of them the reasons for job-sharing were reported to be unrelated to the need to care for young children. No evidence was provided as to the total percentage of female RCMP members or as to the proportion of them that might have children. Likewise, there was no evidence as to the sex or parental status of those who worked part-time or who took leaves of absence of three months or more. Nor do we have any idea of how many members may have opted to take leaves without pay.

ouvrant droit à pension pour trois ans de congé non payé s'élevait à près de 24 000 \$. Une autre appelante, M^{me} Pilgrim, a affirmé que sa pension avait été réduite d'environ cinq p. 100 du fait que ses trois années de partage de poste ont été comptabilisées comme du service à temps partiel dans le cadre du régime de retraite de la GRC. Toutefois, elle n'a fourni qu'un calcul hypothétique à l'appui de cette affirmation. Elles n'ont produit aucune autre preuve des répercussions financières du traitement de la pension accordée aux membres de la GRC qui partagent un poste ni de la valeur comparative d'une période équivalente de congé non payé.

[17] De même, très peu d'éléments de preuve concernaient le nombre de membres de la GRC ayant choisi de partager leur poste ou de travailler à temps partiel, et aucun ne concernait ceux ayant opté pour le congé non payé. Un des souscripteurs d'affidavits des appelantes a mené un sondage informel par courriel auprès de collègues. Les résultats portent à croire que 34 membres réguliers de la GRC ont décidé de partager un poste entre 1998, année d'entrée de vigueur de la politique de partage de poste, et 2002. Cependant, rien ne dit pourquoi ils ont choisi de partager leur poste.

[18] Un témoin a présenté, pour le compte de l'intimé, un aperçu de la situation en date du 11 mai 2010 et du 11 mai 2014. En date du 11 mai 2010, 11 membres réguliers et 16 membres civils de la GRC partageaient un emploi et 74 membres civils et réguliers de la GRC travaillaient à temps partiel. En date du 11 mai 2014, 14 membres civils et aucun membre régulier de la GRC partageaient un emploi et 78 membres civils et réguliers de la GRC travaillaient à temps partiel. Toutes les personnes qui partageaient un emploi étaient des femmes, mais nombre d'entre elles ont affirmé que ce choix n'avait pas à voir avec le soin de jeunes enfants. Aucune preuve n'a été fournie quant au pourcentage total de membres féminins de la GRC ou quant à la proportion d'entre elles qui ont des enfants. De même, aucune preuve n'a été produite quant au sexe ou à la situation parentale des personnes qui travaillaient à temps partiel ou qui prenaient des congés de trois mois ou plus. Nous ne savons pas non plus combien de membres ont pris un congé non payé.

[19] In addition to the foregoing, the appellants filed expert evidence, which showed that, in Canada, women, including working women, disproportionately shoulder the burden associated with child-rearing and that working women in particular face role overload due to the competing demands on their time. The appellants' expert also opined that these stressors may be particularly acute for women in policing, and most especially for those who work in rural and isolated areas with limited access to child care.

III. The Decision of the Federal Court

[20] I move to next detail the salient findings made by the Federal Court.

[21] After reviewing the evidence, the Federal Court commenced its analysis by rejecting the appellants' assertion that they were full-time members who merely worked reduced hours on a temporary basis when they job-shared. Relying on the terms of the applicable RCMP policies, the terms of the job-sharing agreements signed by the appellants and the fact that the appellants had regularly scheduled part-time hours when job-sharing, the Federal Court held that the appellants worked on a part-time basis when they job-shared. The Federal Court also held that the appellants were not periodically on leave without pay when job-sharing, finding that leave without pay "is a different status that reflects that the member has no assigned hours and no attachment to the workplace during the time on [leave]" (reasons, at paragraph 55).

[22] The Federal Court then moved to consider the appellants' Charter arguments, applying the two-step test for discrimination elucidated by the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, (1989), 91 N.R. 255 (*Andrews*); *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, (1999), 236 N.R. 1 (*Law*); *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483 (*Kapp*); and *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12,

[19] En plus de ce qui précède, les appelantes ont déposé en preuve un témoignage d'expert, qui démontrait qu'au Canada, les femmes, y compris les travailleuses, assument de façon disproportionnée le fardeau associé à l'éducation des enfants et que les travailleuses sont souvent surmenées en raison des différentes exigences concomitantes qu'elles doivent concilier. L'expert des appelantes est également d'avis que ces facteurs de stress peuvent être particulièrement importants pour les policières, et plus particulièrement pour celles qui travaillent en région rurale et isolée, où l'accès aux services de garde est limité.

III. La décision de la Cour fédérale

[20] Examinons les principales conclusions de la Cour fédérale.

[21] Après avoir examiné la preuve, la Cour fédérale commence son analyse en rejetant l'affirmation des appelantes selon laquelle elles étaient des membres à plein temps qui avaient réduit temporairement leurs heures lorsqu'elles partageaient un emploi. Compte tenu du libellé des politiques applicables de la GRC, des modalités des ententes de partage de poste signées par les appelantes et du fait que les appelantes avaient un horaire régulier à temps partiel pendant la période de partage de poste, la Cour fédérale conclut que les appelantes travaillaient à temps partiel lorsqu'elles partageaient leur emploi. La Cour fédérale conclut également que les appelantes n'étaient pas partiellement en congé non payé lorsqu'elles partageaient un poste, le congé non payé étant « un statut différent dans le cadre duquel le membre ne se fait attribuer aucune heure de travail et [...] n'a aucun lien avec le milieu de travail pendant la période de congé en question » (motifs, au paragraphe 55).

[22] La Cour fédérale examine ensuite les arguments des appelantes relatives à la Charte à la lumière du critère à deux volets permettant de déterminer s'il y a eu discrimination énoncé par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 1989 CanLII 2 (*Andrews*); *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 1999 CanLII 675 (*Law*); *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483 (*Kapp*) et

[2011] 1 S.C.R. 396 (*Withler*). The Federal Court noted the test involves asking two questions: first, whether the impugned law creates a distinction based on grounds enumerated in section 15 of the Charter or on analogous grounds and, second, whether any such distinction creates or perpetuates a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping.

[23] Relying on the above-mentioned cases as well as the decision of the Supreme Court of Canada in *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, [2015] 2 S.C.R. 548 (*Taypotat*) and the decisions of this Court in *Grenon v. Canada*, 2016 FCA 4 (*Grenon*) and *Thomson v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 253 (*Thomson*), the Federal Court stated at paragraph 107 of its reasons that the relevant principles for step one of the section 15 Charter analysis may be summarized as follows:

- Section 15 protects substantive equality. Substantive equality seeks to prevent conduct that perpetuates arbitrary disadvantage because of membership in an enumerated or analogous group.
- Discriminatory distinctions are those which have the effect of perpetuating an arbitrary disadvantage because of membership in an enumerated or analogous group.
- Not all differential treatment or distinctions that impose burdens or deny benefits are discriminatory and ... contrary to the *Charter*.
- A mirror comparator group is not required to identify a distinction. However, comparison is inherent in the notion of identifying a distinction.
- Indirect or adverse effects discrimination focuses on the effect of the law or measure on the group. Historical disadvantage may demonstrate that the law imposes a burden or denies a benefit not imposed on or denied to others.
- The qualitative differential impact must be assessed. Numerical imbalances will not be sufficient to demonstrate that a law or measure is discriminatory.

Withler c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396 (*Withler*). Elle rappelle que le critère exige de trancher deux questions : premièrement, la loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré à l'article 15 ou un motif analogue et, deuxièmement, la distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application d'un stéréotype?

[23] Sur le fondement des arrêts mentionnés plus haut de même que de l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 CSC 30, [2015] 2 R.C.S. 548 (*Taypotat*) et de ceux de la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Grenon c. Canada*, 2016 CAF 4 (*Grenon*) et *Thomson c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 253 (*Thomson*), la Cour fédérale énumère au paragraphe 107 de ses motifs les principes pertinents dans l'examen du premier volet de l'analyse qu'appelle l'article 15 de la Charte. Elle les résume ainsi :

- L'article 15 protège l'égalité réelle. L'égalité réelle vise à empêcher les comportements qui perpétuent un désavantage arbitraire en raison de l'appartenance à un groupe énuméré ou analogue.
- Les distinctions discriminatoires sont celles ayant pour effet de perpétuer un désavantage arbitraire en raison de l'appartenance à un groupe énuméré ou analogue.
- Ce ne sont pas toutes les différences de traitement ou distinctions qui imposent des fardeaux ou qui entraînent le refus de bénéfices qui sont discriminatoires et, en conséquence, contraires à la Charte.
- Il n'est pas nécessaire de désigner un groupe de comparaison identique pour déceler une distinction. Cependant, la comparaison est inhérente au concept de constatation de l'existence d'une distinction.
- La discrimination indirecte, ou la discrimination découlant d'effets préjudiciables[,] a surtout trait à l'effet de la loi ou de la mesure sur le groupe. Les groupes traditionnellement désavantagés peuvent démontrer que la loi leur impose un fardeau qui n'est pas imposé aux autres, ou refuse de leur accorder un avantage qui est accordé aux autres.
- Les différences de répercussions de nature qualitative doivent être appréciées. Les déséquilibres de nature numérique ne sont pas suffisants pour démontrer qu'une loi ou une mesure est discriminatoire.

- Applied to the present case, the law must affect the [appellants] because of their sex or parental status and not as a consequence of this status; there must be a “qualitative nexus between the law and the group”. [Emphasis in original.]

[24] Applying these principles to the appellants’ situation, the Federal Court concluded that the appellants had failed to show that the impugned provisions in the RCMPSA and Regulation create a distinction on a ground enumerated in section 15 of the Charter or on an analogous ground. More specifically, the Federal Court concluded that the appellants had failed to establish that they had been adversely impacted by the impugned provisions and that, even if such a demonstration had been made, any impact they incurred was not because of their sex and/or family or parental status, but rather because they had worked part-time hours. The Court concluded that there was no nexus between the impugned provisions in the RCMPSA and the Regulation and an enumerated or analogous ground and that, as in *Grenon*, “[t]he Charter argument fail[ed] because it confounds the underlying social circumstances with the consequences of the law” (reasons, at paragraph 139, citing from *Grenon*, at paragraph 43).

[25] The Federal Court then moved on to consider the second portion of the section 15 test and, relying on the decisions of the Supreme Court of Canada in *Law, Kapp, Withler* and *Taypotat*, as well as the decisions of this Court in *Miceli-Riggins v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 158, [2014] 4 F.C.R. 709 (*Miceli-Riggins*) and *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697 (*Lesiuk*), held at paragraph 166 of its reasons that the relevant principles for the second step of the section 15 analysis can be summarized as follows:

- Substantive inequality, or discrimination, may be established by:
- Showing that the impugned law, in its purpose or effect, perpetuates prejudice and disadvantage to members of a group on the basis of their personal characteristics. Perpetuation of disadvantage typically occurs when the law treats a historically disadvantaged group in a way that exacerbates the situation of the group.

- Si on applique le raisonnement à la présente affaire, la loi doit affecter les [appelantes] en raison de leur sexe ou de leur statut de parent, et non en conséquence de ce statut; il doit y avoir un « lien qualitatif entre la loi et le groupe ». [Soulignement dans l’original.]

[24] Ayant appliqué ces principes à la situation des appelantes, la Cour fédérale conclut qu’elles n’ont pas démontré que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement créent de la discrimination fondée sur un motif énuméré à l’article 15 de la Charte ou un motif analogue. Plus précisément, la Cour fédérale est d’avis que les appelantes n’ont pas réussi à démontrer un effet préjudiciable à leur égard. Même si elles y étaient parvenues, un tel effet ne découlerait pas de leur appartenance au sexe féminin ou de leur situation familiale ou parentale, mais bien du fait qu’elles aient travaillé à temps partiel. Selon la Cour, il n’y a pas de lien entre les dispositions de la LPRGRC et du Règlement et un motif énuméré ou analogue. Renvoyant à l’arrêt *Grenon*, la Cour fédérale explique « “[l]’argument fondé sur la Charte ne saurait être retenu, car il confond les circonstances sociales sous-jacentes et les conséquences de la loi” » (motifs, au paragraphe 139, mentionnant *Grenon*, au paragraphe 43).

[25] La Cour fédérale se penche ensuite sur le deuxième volet de l’analyse qu’appelle l’article 15 et, s’appuyant sur les arrêts *Law, Kapp, Withler* et *Taypotat* rendus par la Cour suprême du Canada, de même que sur les arrêts *Miceli-Riggins c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 158, [2014] 4 R.C.F. 709 (*Miceli-Riggins*) et *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697 (*Lesiuk*), de la Cour d’appel fédérale résume au paragraphe 166 de ses motifs les principes applicables à cette étape :

- La façon de faire la preuve de l’inégalité réelle ou de la discrimination est de démontrer que :
- La mesure contestée, dans son objet ou son effet, perpétue un préjugé ou un désavantage à l’égard des membres d’un groupe en raison de leurs caractéristiques personnelles. Règle générale, il y a perpétuation d’un désavantage lorsqu’une mesure législative appliquée, à un groupe historiquement défavorisé, un traitement qui a pour effet d’aggraver sa situation.

- Showing that the disadvantage imposed by the law is based on a stereotype that does not correspond to the actual circumstances and characteristics of the claimant or claimant group.
- In determining whether a social benefits scheme creates a distinction and perpetuates a disadvantage, the contextual analysis includes consideration of the ameliorative effect of the law or scheme, the multiplicity of interests it seeks to balance, the intended beneficiaries, whether the lines have been drawn appropriately *vis a vis* the intent of the scheme and the persons impacted, the allocation of resources and the policy goals of the architects of the scheme.
- Perfect correspondence between a social benefits scheme and the needs and circumstances of its claimants is not required.
- Not all distinctions amount to discrimination; a section 15 violation cannot be found simply because “social benefits legislation leaves a group, even a vulnerable group, outside the benefits scheme” (*Miceli-Riggins*, at para 59).
- Le désavantage imposé par une mesure législative repose sur un stéréotype qui ne reflète pas la situation et les caractéristiques véritables du demandeur ou du groupe.
- Pour déterminer si un régime de prestations sociales crée une distinction et perpétue un désavantage, l’analyse contextuelle comporte l’examen de l’effet d’amélioration de la mesure législative ou du régime contesté, de la multiplicité d’intérêts qu’elle tente de concilier, des bénéficiaires visés, de l’évaluation de l’opportunité générale des limites établies compte tenu de l’intention du régime et des personnes touchées, de l’affectation des ressources et des objectifs d’intérêt public visés par le législateur.
- Point n’est besoin que le programme de prestations corresponde parfaitement à la situation et aux besoins véritables du groupe de demandeurs.
- Une distinction ne crée pas dans tous les cas une discrimination; on ne saurait pas conclure simplement à une violation de l’article 15 de la Charte du fait que « la législation en matière de prestations sociales laisse un groupe, même un groupe vulnérable, à l’extérieur du régime des prestations » (*Miceli-Riggins*, au paragraphe 59).

[26] Applying these principles to the appellants’ situation, the Federal Court held that the appellants had failed to show that the impugned provisions in the RCMPSPA and Regulation create a disadvantage by perpetuating prejudice or stereotyping. More specifically, the Federal Court held that the impugned provisions were not shown to perpetuate disadvantage as there was no evidence that the RCMPSPA was a disincentive to recruitment of women to the RCMP or of any historic disadvantage to women or women with parental status arising from the RCMP Pension Plan. The Federal Court also noted that the impugned provisions in the RCMPSPA and Regulation needed to be considered in the context of the Plan as a whole and, as in *Miceli-Riggins*, the appellants “were not able to make contributions at the full-time rate and to receive full pension benefits on retirement because they did not meet a requirement of the plan” (reasons, at paragraph 179). The Federal Court also noted that there was no evidence of the sort of stereotype alleged by the appellants that women who seek to combine the roles of wife and mother are less worthy of respect. The Federal Court finally held that, “[t]o the extent that human dignity plays

[26] Ayant appliqué ces principes à la situation des appelantes, la Cour fédérale conclut que les appelantes n’ont pas réussi à démontrer que les dispositions en litige de la LPRGRC et du Règlement créent un désavantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application d’un stéréotype. Plus précisément, elle affirme que rien ne démontre que les dispositions contestées perpétuent un désavantage, en l’absence de toute preuve que la LPRGRC constitue une mesure dissuasive au recrutement des femmes dans la GRC ou qu’un désavantage historique à l’égard des femmes ou des mères découle du régime de retraite de la GRC. La Cour fédérale indique également que ces dispositions doivent être examinées dans le contexte de l’ensemble du régime de pension. Tout comme dans l’affaire *Miceli-Riggins*, les appelantes « n’ont pas été en mesure de cotiser à leur régime de pension selon le taux de rémunération à temps plein et de recevoir le plein montant des prestations de pension parce qu’elles n’avaient pas répondu à l’une des exigences du régime » (motifs, au paragraphe 179). La Cour fédérale fait aussi remarquer qu’il n’y a aucune preuve quant au stéréotype invoqué par les appelantes voulant que les femmes qui cherchent

a role in assessing discrimination, there is no ‘personal sting’ or ‘singling out’ of the [appellants]” (reasons, at paragraph 185). It therefore concluded that the appellants had failed to meet the second step of the test under section 15 of the Charter.

[27] While sympathetic to the difficulties faced by working women with children in general and that the appellants in particular faced, the Federal Court concluded that “the fact that the RCMPSPA does not perfectly correspond to the [appellants’] needs does not mean that the RCMPSPA is discriminatory” (reasons, at paragraph 186). It therefore dismissed the appellants’ application, without costs.

IV. Analysis

[28] With this background in mind, it is now possible to consider the issues raised by the parties to this appeal. Given their arguments and the conclusions that I have reached, only the following issues require consideration. First, what is the appropriate standard of review? Second, did the Federal Court err in determining that the appellants and other RCMP members who chose to job-share are not full-time employees and are not on leave without pay during the hours they are not working during the job-sharing arrangement? And, finally, did the Federal Court err in determining that the impugned provisions do not infringe section 15 of the Charter?

A. *Standards of Review*

[29] I turn now to these issues. In terms of the first, the parties concur that the normal appellate standards of review set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 are applicable.

[30] I agree as what is at issue in this appeal is the validity of the impugned provisions in the RCMPSPA and the Regulation as opposed to a discretionary decision of the various federal agencies who administer the

à concilier leurs rôles d’épouse et de mère soient moins dignes de respect. La Cour fédérale conclut finalement que « [d]ans la mesure où la dignité humaine est de mise pour établir l’existence de la discrimination, il n’y a aucun “stigmatisme personnel” sur les [appelantes] ni aucune “distinction” à leur égard » (motif, au paragraphe 185). Par conséquent, la Cour fédérale conclut que les appelantes n’ont pas respecté le deuxième volet de l’analyse que commande l’article 15 de la Charte.

[27] Tout en affirmant être sensible aux difficultés avec lesquelles sont aux prises les mères qui travaillent en général et les appelantes en particulier, la Cour fédérale conclut que « [l]e fait que la LPRGRC ne répond pas parfaitement aux besoins des [appelantes] ne signifie pas qu’elle est discriminatoire » (motifs, au paragraphe 186). Elle a donc rejeté la demande des appelantes, sans dépens.

IV. Analyse

[28] Ayant brossé ce tableau, nous pouvons alors examiner les questions soulevées par les parties au présent appel. Vu leurs arguments et mes conclusions, il ne reste que les questions suivantes à trancher. Premièrement, quelle est la norme de contrôle applicable? Deuxièmement, la Cour fédérale a-t-elle décidé à mauvais droit que les appelantes et les autres membres de la GRC ayant partagé un poste ne sont pas des employés à temps plein et en congé non payé durant les heures où ils ne travaillent pas? Enfin, la Cour fédérale a-t-elle fait erreur en décidant que les dispositions en litige ne portent pas atteinte au droit garanti par l’article 15 de la Charte?

A. *Normes de contrôle*

[29] Passons aux questions à trancher en l’espèce. En ce qui concerne la première, les parties conviennent que les normes qui s’appliquent habituellement en appel, énoncées dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, s’appliquent en l’espèce.

[30] Je conviens que l’appel porte sur la validité des dispositions en litige de la LPRGRC et du Règlement plutôt que sur une décision discrétionnaire des différents organismes fédéraux qui administrent la LPRGRC et le

RCMPSA and the Regulation: see, by contrast, *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 S.C.R. 293, 423 D.L.R. (4th) 197, at paragraph 57, “[d]iscretionary administrative decisions that engage the *Charter* are reviewed based on the administrative law framework set out by [the Supreme] Court in *Doré* [*v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395] and *Loyola* [*High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613].”

[31] Therefore, the appropriate standards of review are the normal appellate standards. Under those standards, legal determinations made by the Federal Court are reviewable for correctness and findings of fact or of mixed fact and law from which a legal issue cannot be extricated are reviewable for palpable and overriding error.

B. *Did the Federal Court err in finding that RCMP members who job-share work part-time and are not on leave without pay?*

[32] I turn next to the Federal Court’s conclusions on the status of the appellants and other RCMP members who job-share. The appellants advance this argument to suggest that they are similarly situated to full-time employees on a period of leave without pay of three months’ duration or more.

[33] The Federal Court’s conclusions that the appellants and others who job-share are not full-time members within the meaning of the RCMPSA and the Regulation and are not on leave without pay are largely factual. Contrary to what the appellants assert, I see no palpable and overriding error in either conclusion.

[34] Insofar as concerns the issue of full-time status, section 2.1 of the Regulation defines a “full-time member” for purposes of the RCMP Pension Plan as one who is engaged to work the normal number of hours for an RCMP member, which the parties concur is 40 hours per

Règlement (voir, par opposition, *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 CSC 32, [2018] 2 R.C.S. 293, au paragraphe 57 : « [I]es décisions administratives de nature discrétionnaire qui font intervenir la *Charte* sont examinées selon le cadre d’analyse de droit administratif qu’a établi la Cour [suprême] dans les arrêts *Doré* [*c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395] et [*École secondaire*] *Loyola* [*c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613] »).

[31] Par conséquent, les normes de contrôle applicables en l’espèce sont celles qui s’appliquent habituellement en appel. Les conclusions de droit de la Cour fédérale sont assujetties à la norme de la décision correcte, tandis que les conclusions de fait ou les conclusions mixtes de fait et de droit dont on ne peut dégager une question de droit sont assujetties à la norme de l’erreur manifeste et dominante.

B. *La Cour fédérale a-t-elle conclu à mauvais droit que les membres de la GRC qui partagent un emploi travaillent à temps partiel et ne sont pas en congé non payé?*

[32] Abordons ensuite les conclusions de la Cour fédérale sur la situation des appelantes et des autres membres de la GRC qui partagent un poste. Les appelantes avancent cet argument afin de laisser entendre que leur situation est similaire à celle des employés à plein temps qui partent en congé non payé pour plus de trois mois.

[33] Les conclusions de la Cour fédérale selon lesquelles les appelantes et les autres personnes qui partagent un emploi ne sont pas des membres à plein temps au sens de la LPRGRC et du Règlement et ne sont pas en congé non payé font intervenir principalement des faits. Contrairement à ce que soutiennent les appelantes, ces conclusions ne sont à mon avis viciées par aucune erreur manifeste et dominante.

[34] Quant à la première, l’article 2.1 du Règlement définit le « membre à plein temps » pour l’application du régime de retraite de la GRC comme celui qui est engagé pour effectuer le nombre normal d’heures de travail d’un membre de la GRC, soit, comme en conviennent les

week. A “part-time member”, on the other hand, is defined as one who is engaged to work on average more than 12 hours per week, but less than full-time hours. There was ample basis for the Federal Court to have concluded that the appellants and those who job-share are engaged to work less than 40 hours per week as the job-sharing contracts they signed provided for a regular work week of less than 40 hours, the RCMP’s job-sharing policy is to similar effect and the appellants in fact regularly worked less than 40 hours per week when they were job-sharing.

[35] Likewise, insofar as concerns the issue of whether the appellants and RCMP members who job-share are on leave without pay during the balance of the 40 hours they do not work under their job-sharing schedules, the Federal Court did not err in concluding that the appellants were not on leave without pay. RCMP members who job-share have regularly scheduled hours and thus cannot be said to be on leave as they are required to attend work regularly under a pre-set schedule. They are accordingly not on leave without pay.

[36] Thus, there is no basis for disturbing the Federal Court’s finding that the appellants and RCMP members who job-share are not full-time employees or on leave without pay when they are working under a job-sharing arrangement.

C. Did the Federal Court err in its Charter analysis?

[37] I turn next to the assertion that the Federal Court erred in its section 15 analysis, and, while I agree with the conclusion that the Federal Court reached, I do not entirely endorse the Federal Court’s reasoning as it tends to conflate the two steps in the section 15 analysis and does not squarely grapple with the requirements for a claim of adverse impact discrimination.

[38] Subsection 15(1) of the Charter provides that “[e]very individual is equal before and under the law” and guarantees “the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in

parties, 40 heures par semaine. Par contre, un « membre à temps partiel » est défini comme une personne qui travaille en moyenne plus de 12 heures par semaine, mais moins qu’un membre à plein temps. La Cour fédérale était tout à fait justifiée de conclure que les appelantes et les personnes qui partagent un emploi sont engagées pour effectuer moins de 40 heures par semaine, puisque les ententes de partage de poste qu’elles ont signées prévoyaient une semaine régulière de travail de moins de 40 heures, que la politique de partage de poste de la GRC contient des dispositions à cet effet et que les appelantes avaient de fait un horaire régulier de moins de 40 heures par semaine lorsqu’elles partageaient un emploi.

[35] Quant à la seconde, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que les appelantes n’étaient pas en congé non payé pendant les heures de la semaine où elles ne travaillaient pas selon l’entente de partage de poste. Les membres de la GRC qui partagent un poste ont des horaires réguliers. On ne peut donc pas dire qu’ils sont en congé puisqu’ils doivent se présenter régulièrement au travail selon un horaire préétabli. Ils ne sont donc pas en congé non payé.

[36] Par conséquent, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle les appelantes et les membres de la GRC qui partagent un poste ne sont pas des employés à plein temps ou en congé non payé pendant la durée de l’entente de partage.

C. La Cour a-t-elle commis une erreur dans l’analyse qu’appelle la Charte?

[37] Abordons l’affirmation selon laquelle la Cour fédérale a fait erreur dans l’analyse qu’appelle l’article 15. Si je souscris à la conclusion de la Cour fédérale, je n’adhère pas tout à fait à son raisonnement puisqu’il confond les deux étapes de l’analyse et n’aborde pas les éléments nécessaires pour démontrer une discrimination par suite d’un effet préjudiciable.

[38] Aux termes du paragraphe 15(1) de la Charte, « [l]a loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute

particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability”.

[39] As this Court recently noted in *Begum v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 181, [2018] 2 F.C.R. 488 (*Begum*), a case that is somewhat similar to the present, section 15 of the Charter guarantees substantive as opposed to merely formal equality and requires the following two-step analysis: first, determination of whether the impugned law on its face or in its impact creates a distinction based on a ground enumerated in section 15 of the Charter or on [an] analogous ground, and second, determination of whether such distinction imposes a burden or denies a benefit in a manner that has the effect of reinforcing or perpetuating prejudice or disadvantage: *Begum*, at paragraph 48; see also *Withler*, at paragraph 30; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at paragraphs 186, 324 and 418; *Taypotat*, at paragraphs 19–20; *Centrale des syndicats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2018 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 522 (*Centrale des syndicats du Québec*), at paragraph 22.

[40] The present appeal, unlike many section 15 cases, turns on the first step of the above analysis. In many section 15 cases, including the recent pay equity-related decisions of the Supreme Court of Canada in *Centrale des syndicats du Québec* and *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464, the impugned legislation draws distinctions based on enumerated or analogous grounds. In such circumstances, the first step of the section 15 test is readily met as the distinction is apparent on the face of the legislation.

[41] That is not true in the present case as the RCMPSA and the Regulation are facially neutral and draw distinctions based on hours regularly worked and whether an employee is on leave without pay, which the parties agree are not enumerated or analogous grounds within the meaning of section 15 of the Charter. Indeed, the case law recognizes that employment status is not an enumerated or analogous ground: *Thomson*, at paragraph 39;

discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale et ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

[39] Comme notre Cour vient de le souligner dans l’arrêt *Begum c. Canada (Citoyenneté et immigration)*, 2018 CAF 181, [2018] 2 R.C.F. 488 (*Begum*), une affaire quelque peu semblable à la présente, l’article 15 de la Charte garantit l’égalité réelle plutôt qu’une simple égalité formelle et nécessite une analyse en deux volets. Premièrement, la loi en litige crée-t-elle, a priori ou par ses effets, une distinction fondée sur un motif énuméré à l’article 15 ou sur un motif analogue? Deuxièmement, la distinction impose-t-elle un fardeau ou refuse-t-elle un avantage par la perpétuation d’un préjugé ou l’application de stéréotypes? (*Begum*, au paragraphe 48; voir aussi *Withler*, au paragraphe 30; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, aux paragraphes 186, 324 et 418; *Taypotat*, aux paragraphes 19–20; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2018 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 522 (*Centrale des syndicats du Québec*), au paragraphe 22).

[40] Le présent appel, contrairement à nombre d’affaires relatives à l’article 15, porte sur la première étape de l’analyse. Dans plusieurs affaires relatives à l’article 15, notamment dans les affaires tranchées récemment par la Cour suprême du Canada en matière d’équité salariale, soit *Centrale des syndicats du Québec* et *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464, la mesure légale attaquée établit une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. Il est alors facilement satisfait au premier volet du critère, car la distinction ressort du libellé du texte de loi.

[41] Ce n’est pas le cas dans la présente affaire, car la LPRGRC et le Règlement sont a priori neutres et établissent des distinctions entre les employés selon leur horaire de travail régulier et le fait qu’ils soient ou non en congé non payé. Les parties conviennent que ces facteurs ne sont pas des motifs énumérés ou analogues pour l’application de l’article 15 de la Charte. En effet, la jurisprudence reconnaît que le statut d’emploi ne constitue pas un

Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.), [1989] 1 S.C.R. 922, (1989), 96 N.R. 227; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, (1999), 244 N.R. 33, at paragraphs 43–44; and *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at paragraph 165.

[42] This case rather involves an allegation of adverse impact discrimination in which the appellants claim that the effect of the RCMP SA and the Regulation is to deny them pension buy-back benefits based on the intersecting grounds of sex and family or parental status.

[43] In *Ontario Human Rights Commission v. Simpson-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 64 N.R. 161 (*Simpson-Sears*), at page 551, the Supreme Court of Canada explained that adverse impact discrimination (sometimes termed adverse effect discrimination) arises when a neutral rule or standard imposes obligations, penalties or restrictive conditions on a protected group because of some special characteristic the group possesses that are not imposed on others. Thus, two things are required to establish adverse effect discrimination: demonstration of adverse treatment as compared to others and demonstration that such treatment results from the particular characteristics that the protected group possesses.

[44] Although *Simpson-Sears* was a discrimination case under human rights legislation, the definition of adverse impact discrimination there posited applies equally under section 15 of the Charter. As noted by the Supreme Court of Canada in *Taypotat*, to meet the first step of the section 15 analysis in a case of adverse effect discrimination, the claimant must establish that the law has a disproportionate effect on the claimant or the group to which the claimant belongs based on his or her membership in an enumerated or analogous group (at paragraph 21).

[45] The quintessential case of adverse effect discrimination is perhaps *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S.

motif énuméré ou analogue de discrimination (*Thomson*, au paragraphe 39; *Renvoi : Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, aux paragraphes 43–44; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, au paragraphe 165).

[42] La présente affaire met plutôt en jeu une prétention de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Les appelantes affirment que l'effet de la LPRGRC et du Règlement est de leur refuser le droit de racheter du service ouvrant droit à pension sur le fondement des motifs interreliés que sont le sexe et la situation familiale ou parentale.

[43] Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 (*Simpson-Sears*), à la page 551, la Cour suprême du Canada explique que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable survient lorsqu'une règle ou une norme neutre impose des obligations, des pénalités ou des conditions restrictives à un groupe protégé en raison de certaines caractéristiques particulières que le groupe possède et qui ne sont pas imposées à d'autres. Il faut donc démontrer deux éléments pour établir la discrimination par suite d'un effet préjudiciable : un traitement défavorable par rapport aux autres et ce traitement résulte de caractéristiques particulières que possède le groupe protégé.

[44] Même si l'affaire *Simpson-Sears* porte sur la discrimination au sens d'une loi sur les droits de la personne, la définition de discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui y est proposée s'applique également aux affaires faisant intervenir l'article 15 de la Charte. Comme la Cour suprême du Canada le mentionne dans l'arrêt *Taypotat*, pour satisfaire à la première étape de l'analyse qu'appelle l'article 15 dans un cas de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, le demandeur doit démontrer que la loi a un effet disproportionné à son égard du fait de son appartenance à un groupe énuméré ou analogue (au paragraphe 21).

[45] Le cas typique en matière de discrimination par suite d'un effet préjudiciable est probablement *Griggs v.*

424 (1971) (*Griggs*). There, the United States Supreme Court held that a facially neutral rule of requiring job applicants to have a high school diploma for manual labour positions violated Title VII of the *Civil Rights Act of 1964* [Pub. L. 88-352] because it adversely impacted African Americans, who were capable of performing the required work but who were shown, as of the date the case arose, to be statistically less likely than others in the pool of applicants to have graduated from high school.

[46] Thus, as in *Griggs*, in order to establish a case of adverse effect discrimination, it is necessary to identify the impugned neutral rule and to present evidence to establish how it adversely or disproportionately negatively impacts a claimant or his or her group based on an enumerated or analogous ground. As Abella J., writing for a unanimous Supreme Court, noted in *Taypotat*, there “must be enough evidence to show a *prima facie* breach [which] must amount to more than a web of instinct” (at paragraph 34).

[47] Here, the neutral rules in the RCMPSPA and the Regulation that the appellants claim adversely impact them and other RCMP members who job-share are the provisions that establish that pension buy-back is only available for those who take leaves of absence without pay of three months or more. To meet the first step of the section 15 analysis, the appellants were required to show that these rules negatively impact them in a disproportionate way and that such impact is due to a protected or analogous ground.

[48] The Federal Court found that the appellants had failed to establish that the impugned provisions in the RCMPSPA and the Regulation negatively impacted them and other female RCMP members who job-share to care for young children in a disproportionate way on an enumerated or analogous ground for two reasons: first, because the appellants failed to show the provisions had any negative impact at all and, second, because even if

Duke Power Co., 401 U.S. 424 (1971) (*Griggs*). Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a estimé que la règle a priori neutre exigeant que les candidats à un poste de manœuvre aient un diplôme d'études secondaires allait à l'encontre du titre VII de la *Civil Rights Act of 1964* [Pub. L. 88-352] parce qu'elle avait un effet préjudiciable à l'égard des Afro-Américains, capables d'effectuer le travail nécessaire, mais statistiquement moins susceptibles, du moins au moment où l'affaire a pris naissance, que d'autres candidats d'avoir terminé leurs études secondaires.

[46] Ainsi, comme dans l'affaire *Griggs*, pour établir une discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il est nécessaire de cerner la règle neutre contestée et de présenter des éléments de preuve pour démontrer en quoi elle est préjudiciable ou a un effet négatif disproportionné à l'égard d'un demandeur ou du groupe auquel il appartient en raison d'un motif énuméré ou analogue. Comme le fait remarquer la juge Abella au nom des juges unanimes de la Cour suprême dans l'arrêt *Taypotat*, « il doit y avoir suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'existence d'une atteinte à première vue [...] la preuve doit comprendre davantage qu'une accumulation d'intuitions » (au paragraphe 34).

[47] En l'espèce, les règles neutres de la LPRGRC et du Règlement dont les appelantes déplorent l'effet préjudiciable sur elles et les autres membres de la GRC qui partagent un poste sont les dispositions qui autorisent seulement les personnes en congé non payé pendant plus de trois mois à racheter le service ouvrant droit à pension. Pour satisfaire à la première étape de l'analyse qu'appelle l'article 15, les appelantes devaient démontrer que ces règles avaient eu un effet négatif disproportionné sur elles et que cet effet découlait d'un motif énuméré ou analogue.

[48] La Cour fédérale a estimé que les appelantes n'avaient pas démontré que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement avaient eu un effet négatif disproportionné sur elles et sur d'autres membres féminines de la GRC qui ont partagé leur emploi afin de prendre soin de jeunes enfants en raison d'un motif énuméré ou analogue pour deux raisons : d'une part parce qu'elles n'avaient pas démontré que les dispositions

any such impact were demonstrated, it could not be said to have been based on sex and family or parental status.

[49] On the first point, the Federal Court reasoned that the impugned pension provisions could not be viewed in isolation, but rather had to be considered along with the other parts of the remuneration package provided to RCMP job-sharers compared to that provided to RCMP members on leave without pay.

[50] In my view, this is the correct approach as, in the present case, pension entitlements cannot be viewed in isolation from the rest of the remuneration package afforded to the two groups of employees. Job-sharing and care and nurturing leave without pay are both leave options that are open to RCMP members to address demands associated with caring for young children. RCMP members on leave without pay receive no salary, but those working part-time and under a job-sharing arrangement do. Conversely, those on leave without pay incur no pension diminution, but those working under a job-sharing arrangement do. They may also incur a reduction in other employment-related benefits, but there is no evidence on this point. Without any evidence as to relative value of the two packages, it is impossible to conclude that job-sharing is adverse to being on a leave without pay. I therefore agree with the Federal Court that the appellants failed to establish the requisite adversity of treatment to give rise to an infringement of section 15 of the Charter.

[51] Perhaps more importantly, even if the overall remuneration package granted to job-sharers had been shown to be inferior to that offered to RCMP members on leave without pay, or even if it were permissible to consider only the differential pension treatment between the two groups, the Federal Court did not err in concluding that the appellants had failed to establish that the differential treatment was based on an enumerated or analogous ground. There was no evidence before the Federal Court

avaient entraîné un quelconque effet négatif, et d'autre part parce que, même si un effet négatif avait été démontré, elles n'avaient pas démontré qu'il était fondé sur leur sexe ou leur situation familiale ou parentale.

[49] Par rapport au premier point, la Cour fédérale a conclu que les dispositions contestées en matière de pension devaient être examinées, non pas isolément, mais à la lumière des autres composantes du régime de rémunération que la GRC offre aux personnes qui partagent un poste, par rapport à celui offert aux membres de la GRC qui prennent un congé non payé.

[50] À mon avis, c'est la bonne approche puisque, dans le cas présent, les droits à pension ne peuvent être considérés isolément du reste du régime de rémunération des deux groupes d'employés. Le partage de poste et le congé non payé pour les soins et l'éducation des enfants sont deux options qui s'offrent aux membres de la GRC pour leur permettre de répondre aux nécessités liées aux soins de jeunes enfants. Les membres de la GRC qui sont en congé non payé ne reçoivent aucune rémunération, alors que ceux qui travaillent à temps partiel dans le cadre d'une entente de partage de poste en reçoivent une. En revanche, les membres en congé non payé ne subissent aucune diminution de leur pension alors que ceux qui travaillent selon une entente de partage de poste en subissent une. Leurs autres avantages sociaux en souffrent peut-être aussi, mais aucune preuve n'a été avancée à cet égard. Sans preuve quant à la valeur relative des deux régimes de rémunération, il est impossible de conclure que le partage de poste est plus défavorable qu'un congé non payé. Par conséquent, je suis d'accord avec la Cour fédérale pour dire que les appelantes n'ont pas établi le traitement défavorable nécessaire pour que l'on conclue à une violation de l'article 15 de la Charte.

[51] Qui plus est, même s'il avait été démontré que le régime global de rémunération des participants à une entente de partage de poste était inférieur à celui offert aux membres de la GRC en congé non payé, ou même s'il était permis de circonscire l'analyse à la différence de traitement entre les deux groupes en matière de pension, nous n'estimons pas que la Cour fédérale a fait erreur en concluant que les appelantes n'avaient pas démontré que le traitement différentiel était fondé sur un motif

to establish the requisite nexus between the grounds recognized under section 15 of the Charter and any adverse result. In short, any inequality in treatment that the appellants might have incurred (had the same been established) was not shown to have been based on or to have arisen by reason of the appellants' sex and family or parental status.

[52] More particularly, there was no evidence before the Federal Court to suggest that the option of a leave without pay was unavailable (either actually or practically) to female RCMP members who had young children. Nor was there any evidence to suggest that more men than women or more childless individuals than those with children had opted to take leaves without pay. In the absence of such evidence, one cannot conclude that any difference in pension treatment between members who job-share compared to those who take a leave without pay is based on an enumerated or analogous ground.

[53] As in *Grenon*, the mere fact that women disproportionately take advantage of the job-sharing option does not mean that the pension treatment afforded to those who job-share under the RCMPSA and the Regulation creates a distinction on an enumerated or analogous ground. Likewise, as in *Begum*, the general expert opinion evidence filed by the appellants fails to establish the requisite nexus between the impugned provisions and a protected ground so as to give rise to a section 15 breach. In sum, the appellants were not denied buy-back rights based on their personal characteristics of being female RCMP members with young children, but rather because they elected to job-share as opposed to taking care and nurturing leave. The requisite nexus to establish a breach of section 15 of the Charter is therefore absent in this case as the appellants cannot show that the impugned provisions in the RCMPSA and Regulation impact them more negatively than others because of their sex and family or parental status.

énuméré ou analogue. La Cour fédérale n'était saisie d'aucun élément établissant le lien nécessaire entre les motifs reconnus au titre de l'article 15 de la Charte et un quelconque effet préjudiciable. Bref, rien ne démontre que quelque inégalité de traitement qu'aient pu subir les appelantes (s'il y a bel et bien eu inégalité) était fondée sur leur sexe et leur situation familiale ou parentale ou attribuable à ces motifs.

[52] Tout particulièrement, aucun élément de preuve n'a été présenté à la Cour fédérale pour suggérer que les femmes membres de la GRC qui avaient de jeunes enfants ne pouvaient se prévaloir (en fait ou en pratique) d'un congé non payé. Rien n'indique non plus que plus d'hommes ou de personnes sans enfant — par rapport aux femmes ou aux parents — ont pris un congé non payé. À défaut d'une telle preuve, on ne peut conclure que les différences dans le traitement du régime de retraite des membres qui partagent un poste et de ceux qui ont pris un congé non payé sont fondées sur un motif énuméré ou analogue.

[53] Comme il ressort de l'affaire *Grenon*, le seul fait que les employés se prévalant de la possibilité du partage de poste sont en grande partie des femmes ne signifie pas que le traitement en matière de pension qui est réservé à celles-ci en application de la LPRGRC et du Règlement crée une discrimination fondée sur un motif énuméré ou analogue. De même, comme dans l'affaire *Begum*, le témoignage d'expert déposé par les appelantes ne permet pas d'établir le lien nécessaire entre les dispositions contestées et un motif de distinction illicite qui démontrerait le non-respect de l'article 15. En résumé, les appelantes ne se sont pas vu refuser le droit de racheter leur service en raison de leurs caractéristiques personnelles de membres féminines de la GRC mères de jeunes enfants, mais bien parce qu'elles ont choisi de conclure une entente de partage de poste plutôt que de prendre un congé pour les soins et l'éducation de leurs enfants. Le lien qu'il faut établir pour conclure à une violation de l'article 15 de la Charte étant absent en l'espèce, les appelantes ne peuvent pas démontrer que les dispositions contestées de la LPRGRC et du Règlement ont eu un effet négatif plus important sur elles que sur d'autres en raison de leur sexe et de leur situation familiale ou parentale.

[54] In some respects, this case is similar to *Lesiuk and Miceli-Riggins*. In the latter case, Justice Stratas, writing for the Court, noted at paragraph 76:

The applicant alleges that the impugned provisions have a disproportionately negative impact upon women. In making out this claim, an indirect discrimination claim, the applicant must adduce evidence showing that the impugned provision is responsible for the effect, not other circumstances: *Canada (Attorney General) v. Lesiuk*, 2003 FCA 3, [2003] 2 F.C. 697. We cannot just assume that the impugned provision is responsible (*Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pages 764 and 765 [paragraph 134]):

If the adverse effects analysis is to be coherent, it must not assume a statutory provision has an effect which is not proved. We must take care to distinguish between effects which are wholly caused, or are contributed to, by an impugned provision, and those social circumstances which exist independently of such a provision.

[55] Those comments apply with equal effect in the present case.

[56] The appellants contend that the opposite conclusion should be drawn because they say their situation is analogous to that of the grievors in *Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital* (1999), 42 O.R. (3d) 692, 169 D.L.R. (4th) 489 (C.A.) (*Orillia Soldiers*) and in two arbitral cases they cite, *Riverdale Hospital (Board of Governors) v. C.U.P.E., Local 79, Re* (1994), 41 L.A.C. (4th) 24 and *Ontario Secondary School Teachers' Federation, Local 10 v. Peel Board of Education (Lambert Grievances)* (1998), 73 L.A.C. (4th) 183. I disagree for several reasons.

[57] In the first place, each of the cases the appellants rely on involved a situation of direct as opposed to adverse impact discrimination. The cases therefore provide no assistance on the central issue in this appeal, namely, whether there was evidence before the Federal Court to establish a nexus sufficient to give rise to a claim of adverse effect discrimination.

[54] À certains égards, la présente affaire est semblable aux affaires *Lesiuk* et à *Miceli-Riggins*. Dans cette dernière affaire, le juge Stratas, s'exprimant au nom de la Cour, a fait la remarque suivante au paragraphe 76 :

La demanderesse allègue que les dispositions contestées ont des effets préjudiciables et disproportionnés pour les femmes. Pour faire cette prétention relative à une discrimination indirecte, la demanderesse doit présenter des éléments de preuve démontrant que c'est la disposition contestée, et non pas d'autres circonstances, qui est responsable des effets : *Canada (Procureur général) c. Lesiuk*, 2003 CAF 3, [2003] 2 C.F. 697. Nous ne pouvons pas simplement présumer que la disposition en cause est responsable des effets reprochés (*Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pages 764 et 765 [au paragraphe 134]) :

Pour que l'analyse des effets préjudiciables soit cohérente, il ne faut pas présumer qu'une disposition législative possède un effet qui n'est pas prouvé. Nous devons prendre soin d'établir une distinction entre les effets qui sont causés en totalité ou en partie par une disposition contestée et les circonstances sociales qui existent indépendamment de la disposition en question.

[55] Ces commentaires s'appliquent également dans le cas présent.

[56] Les appelantes soutiennent que la conclusion contraire devrait être tirée parce que leur situation ressemble à celle des plaignantes dans l'affaire *Ontario Nurses' Association v. Orillia Soldiers Memorial Hospital* (1999), 42 O.R. (3d) 692, 169 D.L.R. (4th) 489 (C.A.) (*Orillia Soldiers*) et dans deux affaires arbitrales qu'elles invoquent, soit *Riverdale Hospital (Board of Governors) c. C.U.P.E., Local 79, Re* (1994), 41 L.A.C. (4th) 24 et *Ontario Secondary School Teachers' Federation, Local 10 v. Peel Board of Education (Lambert Grievances)* (1998), 73 L.A.C. (4th) 183. Je ne suis pas d'accord pour plusieurs raisons.

[57] En premier lieu, chacune des affaires invoquées par les appelantes fait état d'une discrimination directe plutôt que d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Par conséquent, ces affaires ne sont d'aucune utilité pour répondre à la question prédominante en l'espèce, à savoir si la preuve dont était saisie la Cour fédérale démontrait un lien suffisant pour emporter une conclusion de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

[58] In addition, to the extent it is relevant, the decision of the Ontario Court of Appeal in *Orillia Soldiers* actually supports the respondent's position in this appeal. In *Orillia Soldiers*, the Ontario Court of Appeal held that providing a different level of employment benefits to employees absent from work by reason of disability is not discriminatory as it is not discriminatory to provide differential compensation (including benefits) based on whether an employee is actively at work. Here, as in *Orillia Soldiers*, the different pension treatment that the appellants impugn is premised on the hours worked by the RCMP members. *Orillia Soldiers* would thus indicate that making a distinction based on hours worked is not discriminatory.

[59] Insofar as concerns the arbitral cases, they turn at least in part on provisions in the collective agreements that the arbitrators were called upon to interpret. Moreover, there are several authorities that reach the opposite conclusion and allow employers to alter the status of disabled employees from full to part-time if they are only able to work part-time hours: see, for example, *Nadeau v. Canada (Revenue Agency)*, 2018 FCA 214, affg 2017 FPSLRB 27; *Crossroads Regional Health Authority v. Alberta Union of Provincial Employees* (2002), 105 L.A.C. (4th) 78; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454*, 2004 SKQB 102, 246 Sask. R. 260, at paragraph 26, affd 2005 SKCA 30, 257 Sask. R. 199; *Ontario Liquor Control Board v. Ontario Public Service Employees Union* (2009), 182 L.A.C. (4th) 116; *SaskPower v. Unifor, Local 649*, [2015] S.L.A.A. No. 21 (QL). Thus, contrary to what the appellants assert, there is no principle arising from the arbitral case law that would prevent an employer from altering an employee's status from full to part-time if the employee ceased to work full-time hours. The arbitral authorities are therefore of no assistance to the appellants.

[60] In light of the foregoing, the Federal Court did not err in concluding that the appellants have not established an infringement of section 15 of the Charter.

[58] Quoi qu'il en soit, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Orillia Soldiers* appuie en fait la thèse de l'intimé en l'espèce. La Cour d'appel de l'Ontario conclut qu'accorder un régime d'avantages sociaux différent aux employés absents du travail en raison d'une invalidité n'est pas discriminatoire, car il n'est pas discriminatoire d'offrir une rémunération différentielle (y compris les avantages sociaux) aux employés selon qu'ils sont en service actif ou non. En l'espèce, comme dans l'affaire *Orillia Soldiers*, le traitement différent des cotisations et des prestations de retraite que contestent les appelantes repose sur les heures de travail des membres de la GRC. Ainsi, suivant l'arrêt *Orillia Soldiers* une distinction fondée sur les heures de travail n'est pas discriminatoire.

[59] Quant aux sentences arbitrales, elles concernent au moins en partie les clauses des conventions collectives que les arbitres ont été appelés à interpréter. Par ailleurs, plusieurs décisions donnent lieu à la conclusion inverse et permettent aux employeurs de faire passer de temps plein à temps partiel la situation d'un employé handicapé qui n'est en mesure que de travailler à temps partiel (voir, par exemple, *Nadeau c. Canada (Agence du revenu)*, 2018 CAF 214, confirmant 2017 CRTESPF 27; *Crossroads Regional Health Authority v. Alberta Union of Provincial Employees* (2002), 105 L.A.C. (4th) 78; *Canada Safeway Ltd. v. Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 454*, 2004 SKQB 102, 246 Sask. R. 260, au paragraphe 26, conf. par 2005 SKCA 30, 257 Sask. R. 199; *Ontario Liquor Control Board v. Ontario Public Service Employees Union* (2009), 182 L.A.C. (4th) 116; 2009 CanLII 15418; *SaskPower v. Unifor, Local 649*, [2015] S.L.A.A. n° 21 (QL). Par conséquent, contrairement à ce que les appelantes affirment, rien dans la jurisprudence arbitrale n'empêche un employeur de faire passer un employé de temps plein à temps partiel si celui-ci cesse de travailler à temps plein. Les tribunaux arbitraux ne sont donc d'aucune aide pour les appelantes.

[60] À la lumière de ce qui précède, j'estime que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que les appelantes n'avaient pas démontré une violation de l'article 15 de la Charte.

V. Proposed Disposition

[61] In closing, I wish to underscore that the present decision should in no way be read as minimizing the very real and significant challenges working mothers face, especially in male-dominated workplaces. However, this social reality does not give rise to a constitutional right to increased pension benefits in the absence of discrimination. The appellants have failed to establish a claim of discrimination in the instant case. Absent a constitutional defect, this Court cannot intervene; rather, it is for Parliament to decide whether to grant the appellants the benefits they seek.

[62] I would therefore dismiss the appeal. In the circumstances, I would adopt the same approach to costs as that taken by the Federal Court and decline to make a costs award.

GAUTHIER J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

V. Dispositif proposé

[61] En terminant, il importe de dire qu'en rendant la présente décision la Cour ne minimise aucunement les véritables et considérables défis que doivent relever les mères qui travaillent, surtout dans les milieux de travail majoritairement masculins. Toutefois, cette réalité sociale n'emporte pas un droit constitutionnel à une augmentation des prestations de retraite en l'absence de discrimination. Les appelantes n'ont pas démontré qu'il y a eu discrimination en l'espèce. La Cour ne peut intervenir en l'absence de vice de nature constitutionnelle. Il incombe plutôt au législateur de décider s'il entend accorder aux appelantes les avantages recherchés.

[62] Par conséquent, je rejetterais l'appel. Compte tenu des circonstances, je souscrirais à l'approche de la Cour fédérale en refusant de prononcer d'ordonnance quant aux dépens.

LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je suis d'accord.

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.**

ANTI-DUMPING

Judicial review of order by Canadian International Trade Tribunal (Tribunal) deciding not to initiate expiry review in relation to exports by respondent Conares Metal Supply Ltd. (Conares) — In 2012, Tribunal finding that dumping of certain carbon steel welded pipe threatening to cause injury to domestic industry — Imposing anti-dumping duty — Conares requesting producer exclusion from Tribunal’s finding based on its zero percent dumping margin — However, Tribunal of view that exclusion tantamount to providing licence to dump; exclusion not warranted other than in most specific set of circumstances — In 2017, Minister of Finance requesting that Canada Border Services Agency (CBSA), Tribunal review finding relating to carbon steel welded pipe pursuant to *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 76.1(1) — CBSA determining that expiry of Tribunal’s injury finding resulting in continuation or resumption of dumping of certain carbon steel welded pipe — Tribunal finding that reintroduction of dumped goods into market could lead to collapse of domestic industry, therefore determining to continue its injury finding — However, consistent with an earlier order it rendered determining that it would not initiate expiry review involving goods of Conares, those goods not included in continued finding — Conares submitting Tribunal’s order deciding not to initiate expiry review in relation to exports by Conares not reviewable herein — Arguing that decision as to whether expiry review warranted not made under Act, s. 76.03(5) but under s. 76.03(4); that s. 76.03(5) order merely giving procedural effect to s. 76.03(4) decision; that, although omission may be flaw in legislation, list in s. 96.1(1) not including decisions under s. 76.03(4) — Whether Tribunal erring in interpreting Act’s expiry review provisions as entitling it to decide not to initiate expiry review in relation to exports by Conares — Construction adopted by Tribunal unreasonable — Tribunal committing reviewable error in excluding goods of Conares from expiry review — Tribunal’s order falling squarely within s. 76.03(5), subject to review herein — S. 76.03 does not on its face contemplate initiation of expiry review of part of a finding; s. 76.03(3) stating that expiry review is of “an order or finding” only — Act providing for Tribunal to conduct four types of reviews of orders, findings — Specifically setting out what may be reviewed — Fact that Parliament specifying that certain reviews may be of “portion” or “aspect” of order or finding, while others may be only in respect of “order or finding,” supporting position that Tribunal could not reasonably interpret Act as entitling it to exclude goods of Conares in initiating expiry review — Legislative history also supporting construction of s. 76.03 precluding expiry reviews of part of finding — No explicit authority in Act allowing Tribunal to limit scope of expiry review — This omission deliberate — No ambiguity herein to justify resorting to Canada’s international obligations to interpret s. 76.03 — Parliament making clear choice in enacting s. 76.03 — Clarity of that choice leaving room for only one reasonable interpretation of provision, i.e. interpretation permitting Tribunal to initiate expiry review only of “an order or finding” as whole — However, Court declining to grant remedy for several reasons, including fact the granting of a remedy would likely have no ultimate impact — Application dismissed.

NOVA TUBE INC./NOVA STEEL INC. v. CONARES METAL SUPPLY LTD. (A-11-18, 2019 FCA 52, Laskin J.A., judgment dated March 22, 2019, 27 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Judicial review of negative decision of pre-removal risk assessment (PRRA) officer finding that there was “insufficient objective evidence” that applicant’s ex-husband still after her — Applicant claiming refugee status in Canada on basis persecuted by ex-husband, that police in her home country, Tanzania, powerless to protect her — Applicant’s claim denied by Refugee Protection Division (RPD) of Immigration and Refugee Board (IRB) — RPD finding that applicant not credible witness, her testimony inconsistent with written evidence, that documents applicant submitted containing many errors — RPD’s conclusions subsequently confirmed by Refugee Appeal Division (RAD) of IRB — Applicant applying for PRRA, providing evidence that, since negative refugee claim decision, applicant’s ex-husband kept harassing her mother, applicant’s friends in Tanzania — Providing information about several incidents taking place after RPD hearing — However, PRRA officer giving little weight to evidence of those events, concluding that applicant, if required, could avail herself of protection offered by Tanzania — Applicant arguing in particular that PRRA officer unreasonably assessing her evidence of risk — Whether PRRA officer’s decision reasonable — PRRA officer’s risk analysis unreasonable because officer not providing intelligible reasons for assigning little weight to most of evidence applicant submitting — Moreover, officer’s conclusion that evidence insufficient unreasonable since it could only be explained by ascriptions of weight that were themselves flawed — Basic concepts used when justifying findings of fact such as credibility, probative value, weight, sufficiency reviewed — Analysis of officer’s reasons showing clearly that officer made negative credibility findings on grounds Court has repeatedly held to be unreasonable even though officer never using word “credibility” — Officer in particular discounted evidence given by family members, discounted events not reported to police, unreasonably assessed sufficiency of evidence, also failed to provide reasons for finding of insufficiency — When importing credibility findings made in prior proceedings, PRRA officers must explain why those findings affect evidence before them — Documents filed by applicant in support of her PRRA application not same as those in evidence before RPD, RAD — Only possible to transpose RPD, RAD credibility findings to those documents if some explanation is given — PRRA officer giving no such explanation, not finding that any documents applicant submitted were forged or contained false information — No obvious reason existed to doubt their authenticity — Reasons given by PRRA officer for discounting applicant’s evidence not logically connected to ascriptions of “little weight” contained in decision — Moreover, officer’s finding that evidence insufficient based on general, unexplained finding of lack of credibility — Review of record not curing defects of decision — Decision therefore unreasonable — With respect to state protection, PRRA officer’s analysis unreasonable; officer’s findings could not be reconciled with evidence officer considered or should have considered — Principles of “state protection” examined — PRRA officer in present case not applying test of operational adequacy Federal Court adopted — PRRA officers bound by Federal Court’s case law; cannot ignore test of operational adequacy or substitute test of their own — If officers applying wrong test, decisions considered unreasonable — Moreover, PRRA officer in present case disregarded overwhelming evidence that Tanzania not offering adequate state protection to victims of domestic violence, failed to provide any reasons for doing so — As well, PRRA officer unreasonably concluded that applicant’s complaint to police proof of adequate state protection — Matter thus sent back for redetermination — Application allowed.

MAGONZA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1506-18, 2019 FC 14, Grammond J., judgment dated January 7, 2019, 39 pp.)

COPYRIGHT

INFRINGEMENT

Appeals from Federal Court (F.C.) judgment (2016 FC 294), supplemental judgment (2016 FC 387) granting respondent’s (Canadian Standards Association or CSA) application for copyright infringement, enjoining appellants (Knight Co.) from continuing infringement, ordering them to deliver up to respondent all infringing copies of 2015 version of *Canadian Electrical Code, Part I* (Code), ordering appellant P.S. Knight Co. Ltd. to pay statutory damages, granting respondent its costs — In supplemental judgment, F.C. quantifying those costs in amount of \$96,336.00, ordering them to be paid by Knight Co. — CSA federal not-for-profit corporation, engaged in developing, testing, certifying voluntary standards — Publishing Code since 1927 — Copyright in 2015 Code registered in favour of respondent — Knight Co. commercial competitor of respondent — Publishing Electrical Code Simplified (ECS), i.e. simplified version of CSA Code — Letter sent by CSA in 1969 giving Peter Knight (former president and director of Knight Co.) permission to quote from the CSA Electrical Code — In 2010, respondent terminating any existing licence with Knight Co. to reproduce excerpts from Code — Knight Co. reproducing, threatening to

COPYRIGHT—Continued

distribute complete, identical copy of 2015 Code at one-third price — Respondent initiating application under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 61, 300, *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 giving rise to judgments under appeal herein — Under federal law, Code not a regulation, need not be published by federal government, although appropriate authority having to ensure its accessibility — Code not an enactment within meaning of *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, *Reproduction of Federal Law Order*, SI/97-5 — F.C. finding, *inter alia*, that respondent entitled to presumptions of ownership, validity created by *Copyright Act*, s. 34.1(2)(a) — Rejecting arguments that CSA not exercising sufficient skill, judgment in compiling works of others, that Code not sufficiently original to justify copyright protection — Finding that Knight Co. version of Code not published for educational purposes, but as competitive commercial undertaking — Main issues whether F.C. erring in finding that: copyright subsisting in Code; Crown not owning copyright in Code; in absence of Crown copyright, CSA owning copyright in Code; whether F.C. erring in finding that appellants not establishing defence of fair dealing; — F.C. not erring in concluding that copyright subsisting in 2015 version of Code — Any writing may be subject of copyright in Canada so long as it is original, including laws, regulations as recognized by *Copyright Act*, s. 12 — Phrase “rights or privileges of the Crown” therein preserving “the Crown’s rights and privileges of the same general nature as copyright” — This provision functioning as exception to general principle in *Copyright Act*, s. 89 — Statutes, regulations made available to public by or under direction or control of federal, provincial, territorial government departments — Therefore falling within ambit of s. 12 — Public policy militating in favour of recognizing CSA’s copyright in Code — Impairing CSA’s ability to generate revenue might negatively impact continued existence of common national standards in areas where consistency important — F.C. having evidence before it to establish requisite originality of 2015 Code — Fact that amendments to 2015 Code developed by committee not preventing it from being copyrighted — F.C. not erring in concluding that Crown not holding copyright in Code — Absence of Crown control or direction over preparation, publication of Code — No such control or direction extrapolated from statutory scheme — Neither Crown nor any government department setting any guidelines about form Code is to take — Crown not asserting right or privilege over Code; appellants cannot do so in Crown’s place — Although Crown having common law right akin to copyright allowing it to print, publish certain works of legislative nature, that right not extending to works incorporated by reference, including Code — At federal level, in all provinces, Code incorporated by reference into regulations, rather than into an Act, order-in-council or proclamation — Therefore falling outside scope Crown’s common law right to print, publish — That right not enabling Crown to deprive those in respondent’s position of their statutory rights under *Copyright Act* — F.C. not erring in concluding that respondent owning valid copyright in 2015 Code — Erring in finding that presumption in *Copyright Act*, s. 34.1(2)(a) applicable — However, this error of no consequence because presumption in s. 34.1(2)(b) applying to respondent — While respondent cannot be considered Code’s “author”, it can be its “publisher or owner” for the purposes of s. 34.1(2)(b) — F.C. ought to have found that registration of 2015 Code done in ordinary course of business, thereby providing alternate presumption of respondent’s ownership of copyright in 2015 Code under *Copyright Act*, s. 53(2) — F.C. not erring in finding that appellants not establishing elements required to make out defence of fair dealing — While F.C. conflating separate portions of test for defence of fair dealing, this not providing basis for intervention as F.C. reaching only possible conclusion on these facts, namely, that appellants’ use of Code not fair — Appellants meeting first step of fair dealing test because dealing was, at least partly, for allowable purpose — However, second part of test not met — Six factors identified in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339 overwhelmingly supporting conclusion that appellants’ dealing not fair — No basis for interfering with F.C.’s costs award — Appeals dismissed — *Per* Webb J.A. (dissenting): Issue in this case whether person, other than Crown, authoring a document or otherwise acquiring copyright in a document, retaining right to prevent another person from publishing that document after its incorporation into laws of Canada — Since Code incorporated by reference into *Canada Oil and Gas Installations Regulations*, SOR/96-118 (Regulations) with significant consequences for failure to comply with it, Code part of laws of Canada — There should be no difference with respect to application of Crown’s right to publish between incorporating Code by reference or copying, pasting entire Code into Regulations — Because implications of failure to comply with Code same whether Code set out in full in Regulations or incorporated by reference, Crown prerogative should apply to entire Code — Crown, not separate organization, should have right to determine how, by whom Code is published — Once Crown adopted Code, by incorporating it by reference into Regulations, Crown, not respondent would have sole right to determine who could publish Code — Crown prerogative applying to Regulations — Code considered part of text of Regulations — As a result, Crown prerogative also applying to Code — Respondent should not have right to prevent P.S. Knight Co. Ltd. from publishing Code any more than it should have right to prevent Crown from publishing it — Having greater access to law at reduced price cannot be considered contrary to public policy — Because incorporating Code by reference into Regulations resulting in Code being considered part of text of Regulations, *Reproduction of Federal Law Order*, SI/97-5 would allow P.S. Knight Co. Ltd. to publish Code — P.S. Knight Co. Ltd. having right to raise issue of Crown prerogative in this case — However, Crown prerogative to publish Order in Council adopting Regulations already exercised — Code incorporated by reference in Regulations, therefore part of Regulations —

COPYRIGHT—Concluded

Since *Reproduction of Federal Law Order* permitting any person to copy any enactment, Crown already granting P.S. Knight Co. Ltd. right to copy Code.

P.S. KNIGHT CO. LTD. V. CANADIAN STANDARDS ASSOCIATION (A-90-16, A-121-16, 2018 FCA 222, Gleason and Webb J.J.A., judgment dated December 7, 2018, 78 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Commission (CHRC) decision in which CHRC decided not to deal with applicant's complaint on grounds not within CHRC's jurisdiction — Applicant, Russian-born Canadian citizen living in Toronto, Ontario; respondent, business with head office in Burnaby, British Columbia, acting as retailer, "e-tailer" of products, services primarily within consumer electronics category — Applicant visiting respondent's retail store in Toronto, inquiring about purchasing electronic product but product not carrying manufacturer's warranty; applicant thus asking respondent for discount — After contacting respondent's customer service, which operates from Burnaby head office, applicant informed no further discount would be offered — Applicant further contacting customer service, raising concerns about this decision, even alleging discrimination, but respondent not changing its decision — Applicant filing complaint with British Columbia Human Rights Tribunal, (BCHRT) which advised applicant that not accepting complaint for filing, finding that events applicant describing showed no connection to protected personal characteristics; that BCHRT has previously held that internet commerce constituting telecommunications-type business which brings such complaint under federal jurisdiction; that, even if matter not under federal jurisdiction, would not be matter for BCHRT if sale or communication took place in Ontario — BCHRT stating that, since applicant's allegations not establishing that event in question took place in British Columbia, BCHRT not having jurisdiction over allegations — Applicant then filing complaint with CHRC — CHRC explaining cannot deal with complaint if respondent not falling under federal jurisdiction — Concluding that respondent, as retail store operator, falling under Property and Civil Rights pursuant to *Constitution Act, 1867*, s. 92(13), that its activities entirely within purview of provincial jurisdiction, not integral to operations or functioning of federal undertaking — Whether CHRC correct in concluding not having jurisdiction over respondent with respect to applicant's human rights complaint — CHRC declining to deal with applicant's complaint pursuant to Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1) — CHRC correctly focusing upon respondent's regular day-to-day activities in assessing whether or not it falls within federal jurisdiction; CHRT's failure to note that *Constitution Act, 1867*, s. 92(13) including words "in the Province" not suggesting misunderstanding of scope of that provincial head of power — Furthermore, federal power to regulate trade, commerce not inconsistent with provincial jurisdiction over matters of private contract between parties — Decision demonstrating that CHRC considering whether nature of respondent's regular day-to-day activities being such that it can be characterized as federal undertaking, service or business; concluding that each sale between respondent, its customers constituting private contract, thus subject to provincial jurisdiction — CHRC also considering effect of sales stemming from Internet transactions, concluding that this would not change jurisdictional analysis — Impact of "e-commerce" aspect of respondent's business considered — Respondent's business in part "bricks and mortar" retailer — Fact respondent using its website as sales tool, or in present case used email as communications tool, could not be determinative of jurisdictional question — While communications between customer, respondent may take place across interprovincial boundaries, effect of resulting transaction is respondent providing customer with product at particular location in particular province — Fact product may have originated from another province is incidental to transaction between respondent, customer — Therefore, CHRC correct in constitutional analysis, leading to conclusion that respondent not falling within federal jurisdiction; that applicant's human rights complaint not within CHRC's jurisdiction — Applicant's argument BCHRT's jurisdictional conclusion, fact respondent not challenging conclusion before BCHRT giving rise to issue estoppel rejected — Clear that preconditions to operation of issue estoppel not applying in present case — BCHRT's decision in question could not be regarded as having decided question whether CHRC having jurisdiction over applicant's complaint — In conclusion, CHRC correct in concluding not having jurisdiction over applicant's human rights complaint — Application dismissed.

PAPOUCHINE V. BEST BUY CANADA (T-1857-17, 2018 FC 1236, Southcott J., judgment dated December 10, 2018, 15 pp.)

INCOME TAX**PENALTIES AND INTEREST**

Judicial review of respondent's decision refusing to pay interest on refund issued to applicant — Applicant assessed significant penalty under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, paying advance funds to respondent as amount in controversy — Reassessment ultimately issued, penalty cancelled, advance funds returned to applicant without interest — Whether respondent's refusal to pay interest reasonable — Issue turning on whether amount paid by applicant towards penalty assessment paid in respect of a taxation year or not — Respondent arguing it was an error for taxation year to be written into reassessment, reassessment thus invalid — However, case law acknowledging that administrative errors not vitiating assessment — Vast majority of reassessment document's information herein appearing to be entirely accurate — Only one technicality appearing to be in error — Reassessment thus valid — No compelling evidence or legal authority presented demonstrating that a taxation year could not have been associated with respondent's imposition of penalty — Unequivocal, ordinary meaning of statutory provisions at issue leading to one conclusion in light of evidence presented, i.e. that inclusion of taxation year in reassessment meaning interest having to be paid by operation of Act, ss. 152(8), 164(3)(e) — Current case law supporting this finding — Application allowed.

GLATT V. CANADA (NATIONAL REVENUE) (T-1463-17, 2019 FC 738, Diner J., reasons for judgment dated May 24, 2019, 57 pp.)

PUBLIC SERVICE**PENSIONS**

Judicial review of Government of Canada Pension Centre's negative decision refusing to recognize existence of employment relationship between applicant, government between 1984-1995, thereby denying applicant's entitlement to pension for work he carried out during those years — *Public Service Superannuation Act*, R.S.C., 1985, c. P-36 (PSSA), *Public Service Employment Act*, S.C. 2003, c. 22, ss. 12, 13 (PSEA) at issue in present case — PSSA covering both public servants appointed under PSEA, employees of wide range of agencies not part of "public service" strictly speaking — Obligation to contribute to plan usually triggered when person begins eligible employment but PSSA providing for option of making retroactive contribution in number of situations, including when person was, for some reason, employee *de facto* but was not contributing to plan — Applicant working for David Florida Laboratory, which belongs to Government of Canada, now part of Canadian Space Agency — Agency covered by PSSA — Between 1983-1995, while applicant contributed to Laboratory's work as technologist, applicant not occupying position created, staffed in accordance with PSEA but through private employer which hired applicant — Undisputed that applicant fully integrated member of Laboratory team; having no interaction with companies that hired him except with respect to applicant's salary increases — Applicant leaving Laboratory in June 1995, became public service employee in October 1997, contributing to plan since that time — Once hired by public service, applicant immediately inquiring about possibility of buying back years of service at Laboratory to no avail — Contacted Pension Centre several times — Whether reasonable for Pension Centre to conclude that applicant not actually having employment relationship with government except for period from January 1 to June 30, 1995 — Employment in public service governed by specific rules — In past, courts ruled that public service employment legislation excludes application of private law principles concerning employment relationship — Particularly relevant case being Supreme Court of Canada decision in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614 (*Econosult*) establishing that private law principles cannot be used to recognize *de facto* employment relationship for purposes of collective labour relations regime in public service — Federal Court having to determine whether Pension Centre reasonably applied doctrine of binding precedent to issue of whether it could determine existence of employment relationship based on circumstances of present case, whether rule established by *Econosult* to be extended to pension plan created by PSSA — Nothing indicating that Supreme Court wanted to impose blanket prohibition on use of private law test to recognize existence of employment relationship involving government in any context — Federal Court of Appeal, Federal Court case law that considers application of rule in *Econosult* to pensions also does not mandate one single answer — Decisions examined not rendering unreasonable Pension Centre's policy whereby pension may be granted to person showing that they had *de facto* employment relationship with government — In making decision that applicant had no employment relationship with government, could not receive pension under PSSA for period under consideration, Pension Centre adopted reasoning which was complete perversion of test for establishing employment relationship, which purpose is to determine whether genuine employment relationship existing beyond formal legal relationships that parties put in place — When parties entering into contract that has appearance of contract for services, contract's terms, conditions must be examined to verify whether they establish relationship that can genuinely be described as employment relationship — Actual relationship

PUBLIC SERVICE—Concluded

also has to be examined to determine whether genuine employment relationship existing between parties — If review of contract, reality showing existence of employment relationship, fact that parties acted in accordance with contract not bar to such a conclusion — Moreover, position adopted by Pension Centre leading to absurd results: rewarding breach of contract, allowing parties to manipulate result of exercise by drafting contract that does or does not reflect reality depending on desired result — Taking broader view, purpose of PSSA, which is to ensure public servants' financial security when they retire, also to be considered — Parliament's intention is that membership in plan mandatory — Here, Laboratory where applicant worked wanted to hire applicant as employee, treated him as such for time applicant worked there; however, put in place tripartite relationship to avoid administrative constraints — Therefore, Pension Centre's decision unreasonable — Application allowed.

CÉRÉ V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2010-17, 2019 FC 221, Grammond J., judgment dated February 22, 2019, 27 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.*

ANTIDUMPING

Contrôle judiciaire de l'ordonnance par laquelle le Tribunal canadien du commerce extérieur (Tribunal) a décidé de ne pas entreprendre un réexamen relatif à l'expiration de la conclusion en ce qui concerne les marchandises exportées par l'intimée, Conares Metal Supply Ltd. (Conares) — En 2012, le Tribunal a conclu que le dumping de certains tubes soudés en acier au carbone menaçait d'occasionner un dommage à la branche de production nationale — Il a imposé des droits antidumping — Conares a fait une demande d'exclusion de producteur afin de se soustraire aux conclusions du Tribunal en raison de sa marge de dumping nulle — Toutefois, le Tribunal était d'avis qu'une telle exclusion équivaldrait à accorder l'autorisation de faire du dumping et qu'elle n'était donc pas justifiée sauf en présence de circonstances très précises — En 2017, le ministre des Finances a demandé, en vertu de l'art. 76.1(1) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15, que l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) et le Tribunal réexaminent leur conclusion concernant certains tubes soudés en acier au carbone — L'ASFC a conclu que l'expiration de la conclusion du Tribunal relative à l'existence d'un dommage entraînerait la poursuite ou la reprise du dumping de certains tubes soudés en acier au carbone — Le Tribunal a conclu que la réintroduction de marchandises faisant l'objet d'un dumping sur le marché pourrait entraîner l'effondrement de la branche de production nationale, et a donc décidé de proroger sa conclusion relative à l'existence d'un dommage — Toutefois, conformément à son ordonnance antérieure selon laquelle il n'entreprendrait pas un réexamen relatif à l'expiration des marchandises de Conares, ces dernières ont été soustraites de la conclusion prorogée — Conares a soutenu que l'ordonnance du Tribunal selon laquelle il ne procéderait pas à un réexamen relatif à l'expiration concernant les exportations de Conares n'était pas susceptible de contrôle en l'espèce — Elle a soutenu que la décision sur l'opportunité d'un réexamen relatif à l'expiration relevait, non pas de l'art. 76.03(5) de la Loi, mais de l'art. 76.03(4); qu'une ordonnance rendue au titre de l'art. 76.03(5) ne faisait que donner effet sur le plan de la procédure à une décision rendue au titre de l'art. 76.03(4) et que, bien qu'une telle omission puisse constituer un défaut dans la loi, la liste énoncée à l'art. 96.1(1) n'incluait pas les décisions rendues au titre de l'art. 76.03(4) — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur en estimant que les dispositions sur le réexamen relatif à l'expiration de la Loi lui permettaient de ne pas entreprendre un réexamen relatif à l'expiration en ce qui concerne les exportations de Conares — L'interprétation du Tribunal était déraisonnable — Le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle en excluant les marchandises de Conares du réexamen relatif à l'expiration — L'ordonnance du Tribunal tombait sous le coup de l'art. 76.03(5) et était susceptible de contrôle en l'espèce — L'art. 76.03 ne prévoit pas à première vue la possibilité de procéder à un réexamen relatif à l'expiration d'une partie d'une conclusion; l'art. 76.03(3) dispose que le réexamen porte sur « l'ordonnance ou des conclusions » — La Loi habilite le Tribunal à procéder à quatre types de réexamen des ordonnances et des conclusions — Elle énumère expressément les réexamens pouvant être effectués — Le fait que le législateur a précisé que certains réexamens peuvent porter sur une « partie » ou un des « aspects » d'une ordonnance ou de conclusions, alors que d'autres ne portent que sur une « ordonnance ou des conclusions », appuie la thèse selon laquelle le Tribunal ne pouvait raisonnablement estimer que la Loi lui permettait d'exclure les marchandises de Conares du réexamen relatif à l'expiration — L'historique législatif appuie également une interprétation de l'art. 76.03 qui exclurait le réexamen relatif à l'expiration d'une partie des conclusions — La Loi n'habilite pas expressément le Tribunal à limiter la portée d'un réexamen relatif à l'expiration — Cette omission était délibérée — Il n'y a aucune ambiguïté qui justifierait d'examiner les obligations internationales du Canada pour interpréter l'art. 76.03 — Le législateur a fait un choix clair en adoptant l'art. 76.03 — La clarté de ce choix laisse place à une seule interprétation raisonnable de la disposition, soit à l'interprétation qui habilite le Tribunal à procéder au réexamen relatif à l'expiration « d'une

ANTIDUMPING—Fin

ordonnance ou des conclusions » intégralement — Toutefois, la Cour a refusé d'accorder une réparation pour plusieurs raisons, notamment le fait que l'octroi d'une réparation n'aurait vraisemblablement aucune portée pratique — Demande rejetée.

NOVA TUBE INC./NOVA STEEL INC. C. CONARES METAL SUPPLY LTD. (A-11-18, 2019 CAF 52, juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 22 mars 2019, 27 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Contrôle judiciaire de la décision défavorable de l'agent chargé de l'examen des risques avant renvoi (ERAR), qui a conclu qu'il n'y avait pas « suffisamment d'éléments de preuve objectifs » que son ex-époux la cherchait toujours — La demanderesse a demandé l'asile au Canada au motif qu'elle était persécutée par son ex-époux et que la police dans son pays d'origine, la Tanzanie, était impuissante à la protéger — Sa demande a été rejetée par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) — La SPR a conclu que la demanderesse n'était pas un témoin crédible, que son témoignage était incompatible avec sa preuve écrite et que les documents qu'elle avait présentés contenaient de nombreuses erreurs — Ces conclusions de la SPR ont été subséquemment confirmées par la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la CISR — La demanderesse a présenté une demande d'ERAR et produit des éléments de preuve qui démontraient que, depuis la décision rejetant sa demande d'asile, son ex-époux a continué à harceler sa mère et ses amies en Tanzanie — Elle a présenté de l'information à propos de plusieurs incidents qui se sont produits après l'audience de la SPR — Toutefois, l'agent d'ERAR a accordé peu de poids à la preuve relative à ces incidents, concluant que, si elle était menacée, la demanderesse pouvait se prévaloir de la protection offerte par la Tanzanie — La demanderesse a fait valoir plus particulièrement que l'agent d'ERAR est parvenu à une appréciation déraisonnable de sa preuve concernant le risque — Il s'agissait de savoir si la décision de l'agent d'ERAR était raisonnable — L'analyse relative au risque qu'a effectuée l'agent d'ERAR était déraisonnable, parce que l'agent n'a pas énoncé de motifs intelligibles pour accorder peu de poids à la plus grande partie de la preuve produite par la demanderesse — De plus, la conclusion de l'agent voulant que la preuve fût insuffisante était déraisonnable, étant donné qu'elle pouvait seulement s'expliquer par des attributions de poids qui étaient elles-mêmes entachées d'erreurs — Les concepts fondamentaux auxquels les cours ont recours lorsqu'elles justifient des conclusions de fait, comme la crédibilité, la valeur probante, le poids et la suffisance, ont été passés en revue — L'analyse des motifs de l'agent d'ERAR a clairement démontré que ce dernier a tiré des conclusions défavorables quant à la crédibilité pour des motifs que la Cour fédérale a constamment jugés déraisonnables, même si l'agent n'a jamais employé le mot « crédibilité » — Plus particulièrement, l'agent a rejeté la preuve fournie par des membres de la famille, il a rejeté des faits non signalés à la police, et il a apprécié la suffisance de la preuve de manière déraisonnable, en plus de n'invoquer aucun motif pour justifier sa conclusion d'insuffisance — Quand ils importent des conclusions sur la crédibilité formulées dans le cadre d'instances antérieures, les agents d'ERAR doivent expliquer pourquoi ces conclusions influent sur la preuve dont ils sont saisis — Les documents que la demanderesse a déposés à l'appui de sa demande d'ERAR n'étaient pas les mêmes que ceux qui avaient été produits en preuve devant la SPR et la SAR — Il fallait expliquer pourquoi les conclusions sur la crédibilité que la SPR et la SAR avaient tirées pouvaient être transposées à ces documents — L'agent d'ERAR n'a pas donné une telle explication et il n'a pas conclu que l'un ou l'autre des documents présentés était falsifié ou contenait de faux renseignements — Il n'y avait aucun motif évident pour remettre en question leur authenticité — Les motifs que l'agent d'ERAR a énoncés pour rejeter la preuve de la demanderesse n'avaient aucun lien logique avec l'attribution d'un « faible poids » que contenait la décision — Par surcroît, la conclusion de l'agent selon laquelle la preuve était insuffisante était fondée sur un constat général et inexplicit de manque de crédibilité — L'examen du dossier n'a pas remédié aux lacunes de la décision — Par conséquent, la décision était déraisonnable — L'analyse de l'agent d'ERAR au sujet de la protection de l'État était déraisonnable; il était impossible de concilier les conclusions de l'agent avec la preuve qu'il a étudiée ou aurait dû étudier — Les principes sur la question de la protection de l'État ont été examinés — Dans la présente affaire, l'agent d'ERAR n'a pas appliqué le critère de l'efficacité opérationnelle adopté par la Cour fédérale — Les agents d'ERAR sont liés par la jurisprudence de la Cour fédérale; ils ne peuvent pas omettre le critère de l'efficacité opérationnelle ni y substituer un critère de leur propre cru — Quand ils ont recours au mauvais critère, leurs décisions sont jugées déraisonnables — De plus, dans la présente affaire, l'agent d'ERAR a fait abstraction de la preuve accablante selon laquelle la Tanzanie n'offrait pas une protection adéquate de l'État aux victimes de violence familiale, sans énoncer de motifs — De plus, l'agent d'ERAR a déraisonnablement

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

conclu que la plainte faite à la police par la demanderesse constituait une preuve de protection adéquate de l'État — L'affaire a donc été renvoyée pour nouvelle décision — Demande accueillie.

MAGONZA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-1506-18, 2019 CF 14, juge Grammond, jugement en date du 7 janvier 2019, 39 p.)

DROIT D'AUTEUR

VIOLATION

Appels d'un jugement (2016 CF 294) et d'un jugement supplémentaire (2016 CF 387) rendus par la Cour fédérale (C.F.), faisant droit à l'action de l'intimée (Association canadienne de normalisation ou ACN) en violation du droit d'auteur, enjoignant aux appelants (Knight Co.) de s'abstenir de poursuivre la violation et leur ordonnant de restituer à l'intimée tous les exemplaires contrefaits de la version 2015 du *Code canadien de l'électricité, 1^{re} partie* (Code), ordonnant à l'appelante P.S. Knight Co. Ltd. de verser des dommages-intérêts préétablis et adjugeant à l'intimée ses dépens — Dans un jugement supplémentaire, la C.F. a évalué ces dépens à 96 336 \$ et a ordonné à Knight Co. de les payer — L'ACN, une société fédérale à but non lucratif, élabore des normes volontaires, met celles-ci à l'essai et les certifie — Elle publie un Code depuis 1927 — Le droit d'auteur à l'égard du Code de 2015 a été enregistré en faveur de l'intimée — Knight Co. est une concurrente commerciale de l'intimée — Elle a publié le *Electrical Code Simplified* (l'ECS), soit une version simplifiée du Code de l'ACN — Dans une lettre qu'elle lui avait fait parvenir en 1969, l'ACN avait donné à Peter Knight (ancien président et directeur de Knight Co.) la permission de citer le Code de l'électricité de l'ACN — En 2010, l'intimée a résilié toute licence autorisant Knight Co. à reproduire des extraits du Code — Knight Co. a reproduit et menacé de distribuer une copie identique et complète du Code de 2015 au tiers du prix — L'intimée a institué une demande sous le régime des règles 61 et 300 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, et de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, qui a donné lieu aux jugements en appel dans la présente affaire — En droit fédéral, le Code n'est pas un règlement et il ne doit pas nécessairement être publié par le gouvernement fédéral, quoique les autorités compétentes doivent assurer l'accessibilité à celui-ci — Le Code n'est pas un texte au sens de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-2, ou du *Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale*, TR/97-5 — La C.F. a conclu notamment que l'intimée avait droit aux présomptions de propriété et de validité créées par l'art. 34.1(2)a) de la *Loi sur le droit d'auteur* — Elle a écarté les arguments selon lesquels, d'une part, l'ACN n'a pas exercé le talent et le jugement suffisants en compilant les œuvres d'autrui et, d'autre part, le Code n'est pas assez original pour justifier la protection conférée par le droit d'auteur — Elle a conclu que la version du Code de Knight Co. n'a pas été publiée à des fins pédagogiques, mais plutôt en tant qu'acte commercial concurrentiel — Il s'agissait principalement de déterminer si la C.F. a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le droit d'auteur subsistait quant au Code; que le droit d'auteur relatif au Code n'appartenait pas à la Couronne; qu'en l'absence d'un droit d'auteur de la Couronne, l'ACN détenait le droit d'auteur quant au Code; il s'agissait aussi de savoir si la C.F. a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que les appelantes n'ont pas établi la défense de l'utilisation équitable — La C.F. n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que le droit d'auteur subsistait à l'égard de la version de 2015 du Code — Au Canada, n'importe quel écrit peut être l'objet d'un droit d'auteur à condition qu'il soit original, ce qui comprend les lois et les règlements, ainsi que le reconnaît l'art. 12 de la *Loi sur le droit d'auteur* — L'expression « les droits ou privilèges de la Couronne » dans cette loi préserve « les droits et les privilèges de la Couronne qui sont de la même nature générale que le droit d'auteur » — Cette disposition représente une exception au principe général énoncé à l'art. 89 de la *Loi sur le droit d'auteur* — Les lois et les règlements sont mis à la disposition du public par l'entremise, sous la direction ou la surveillance des ministères fédéraux, territoriaux et provinciaux — Ils relèvent par conséquent de la portée de l'art. 12 — Il était dans l'intérêt public de reconnaître le droit d'auteur de l'ACN à l'égard du Code — Compromettre la capacité de l'ACN de générer un revenu pourrait avoir une incidence négative sur l'existence continue de normes nationales communes dans des secteurs où l'uniformité est importante — La C.F. disposait d'éléments de preuve permettant d'établir le caractère original requis du Code de 2015 — Le fait que des modifications apportées au Code de 2015 ont été élaborées par comité n'a pas fermé la porte à la protection conférée par le droit d'auteur — La C.F. n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que la Couronne n'était pas titulaire d'un droit d'auteur à l'égard du Code — Le Code n'a pas été préparé ni publié sous la direction ou la surveillance de la Couronne — L'on ne peut conclure par extrapolation à l'existence d'une telle direction ou surveillance à partir du régime législatif — Ni la Couronne ni aucun ministère gouvernemental n'a énoncé de lignes directrices sur la forme que le Code doit revêtir — La Couronne n'a pas fait valoir de droit ou de privilège à l'égard du Code; les appelants ne peuvent pas le faire à la place de la Couronne — Bien que la Couronne ait un droit en common law qui s'apparente au droit d'auteur et qui lui permet d'imprimer et de publier certaines œuvres de nature législative, ce droit ne s'applique pas à l'égard des œuvres intégrées par renvoi, dont le Code — Au niveau fédéral, dans toutes les provinces, le Code a été intégré par renvoi à un règlement plutôt qu'à

DROIT D'AUTEUR—Fin

une Loi, à un décret ou à une proclamation — Il ne relève donc pas de la portée du droit en common law de la Couronne d'imprimer et de publier — Ce droit ne permet pas à la Couronne de priver ceux qui sont dans la position de l'intimée des droits que leur confère la *Loi sur le droit d'auteur* — La C.F. n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que l'intimée détenait un droit d'auteur valide à l'égard du Code de 2015 — Elle a conclu à tort que la présomption énoncée à l'art. 34.1(2)a) de la *Loi sur le droit d'auteur* s'appliquait — Toutefois, cette erreur était sans conséquence étant donné que la présomption énoncée à l'art. 34.1(2)b) s'appliquait à l'égard de l'intimée — Si l'intimée ne peut être reconnue comme étant l'« auteur » du Code, elle peut en être « l'éditeur ou [le] titulaire du droit d'auteur » pour l'application de l'art. 34.1(2)b) — La C.F. aurait dû conclure que l'enregistrement du Code de 2015 a été fait dans le cours normal des affaires, de sorte que l'intimée était par ailleurs réputée être titulaire du droit d'auteur à l'égard du Code de 2015 en vertu de l'art. 53(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* — La C.F. n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que les appelants n'avaient pas établi les éléments requis pour fonder une défense de l'utilisation équitable — La C.F. a combiné diverses parties du critère applicable aux fins de la défense de l'utilisation équitable, mais cela ne justifie pas une intervention, puisque la C.F. a tiré l'unique conclusion possible compte tenu des faits, à savoir que l'utilisation du Code par les appelantes n'était pas équitable — Les appelants ont satisfait au premier volet du critère relatif à l'utilisation équitable étant donné que cette utilisation visait, à tout le moins en partie, une fin permise — Toutefois, il n'a pas été satisfait au deuxième volet du critère — Six facteurs énoncés dans l'affaire *CCH Canadian Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, ont permis de conclure sans hésitation que l'utilisation faite par les appelants n'était pas équitable — Il n'y avait aucune raison de modifier l'adjudication des dépens par la C.F. — Appels rejetés — Le juge Webb, J.C.A. (dissident) : Il s'agissait de savoir dans la présente affaire si une personne, autre que la Couronne, qui est l'auteur d'un document ou qui acquiert par ailleurs le droit d'auteur relatif à un document, conserve le droit d'empêcher une autre personne de publier ce document après son intégration dans les lois du Canada — Étant donné que le Code a été intégré par renvoi au *Règlement sur les installations pétrolières et gazières au Canada*, DORS/96-118 (Règlement) et que l'omission de s'y conformer entraîne des conséquences importantes, le Code fait partie des lois du Canada — Il ne devrait y avoir aucune différence, en ce qui concerne l'application du droit de la Couronne de publier, entre le fait d'intégrer le Code par renvoi et le fait de copier et de coller le Code entier dans un Règlement — Étant donné que les répercussions d'une omission de se conformer au Code sont les mêmes, que ce Code soit reproduit au complet dans un Règlement ou qu'il y soit intégré par renvoi, la prérogative de la Couronne devrait s'appliquer à l'égard du Code entier — La Couronne n'est pas une organisation distincte, et elle devrait avoir le droit de déterminer comment et par qui le Code est publié — Dès lors que la Couronne a adopté le Code en l'intégrant par renvoi à un Règlement, c'est la Couronne, et non l'intimée, qui aurait le droit exclusif de déterminer qui pourrait publier le Code — L'application du Règlement relève de la prérogative de la Couronne — Le Code est considéré comme faisant partie du texte du Règlement — En conséquence, la prérogative de la Couronne s'applique aussi à l'égard du Code — L'intimée ne devrait pas avoir le droit d'empêcher P.S. Knight Co. Ltd. de publier le Code, pas plus qu'elle ne devrait avoir le droit d'empêcher la Couronne de le publier — L'on ne peut considérer comme étant contraire à l'intérêt public le fait d'avoir un accès accru à la loi à un prix réduit — Étant donné que l'intégration du Code par renvoi au Règlement a fait en sorte que le Code est considéré comme faisant partie du texte du Règlement, le *Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale*, TR/97-5 permettrait à P.S. Knight Co. Ltd. de publier le Code — P.S. Knight Co. Ltd. avait le droit de soulever la question de la prérogative de la Couronne dans la présente affaire — Toutefois, la prérogative de la Couronne de publier un décret adoptant un Règlement a déjà été exercée — Le Code a été intégré par renvoi au Règlement et fait donc partie du Règlement — Puisque le *Décret sur la reproduction de la législation fédérale et des décisions des tribunaux de constitution fédérale* permettait à quiconque de copier un texte, la Couronne a déjà accordé à P.S. Knight Co. Ltd. le droit de copier le Code.

P.S. KNIGHT CO. LTD. C. ASSOCIATION CANADIENNE DE NORMALISATION (A-90-16, A-121-16, 2018 CAF 222, juges Gleason et Webb, J.C.A., jugement en date du 7 décembre 2018, 78 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission canadienne des droits de la personne (la CCDP) par laquelle la CCDP a décidé de ne pas statuer sur la plainte du demandeur au motif que celle-ci ne relevait pas de sa compétence — Le demandeur est un citoyen canadien né en Russie qui vit à Toronto, en Ontario; la défenderesse, une entreprise dont le siège social se situe à Burnaby, en Colombie-Britannique, est un détaillant de produits et services appartenant principalement au secteur de l'électronique grand public, qui se décrit comme un « cybercommerçant » — Le demandeur s'est rendu dans un magasin de la défenderesse à Toronto, et a demandé des renseignements à propos de l'achat d'un article électronique, mais cet article n'était pas couvert par une garantie du fabricant; le demandeur a donc demandé un rabais à la défenderesse — Après avoir communiqué avec le service à la clientèle de la défenderesse, qui se situe au siège social de l'entreprise, à Burnaby, le demandeur a été

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

informé qu'aucun autre rabais ne serait offert — Le demandeur a communiqué une fois de plus avec le service à la clientèle pour exprimer des préoccupations à l'égard de la décision, notamment en formulant des allégations de discrimination, mais la défenderesse a maintenu sa décision — Le demandeur a déposé une plainte auprès du Tribunal des droits de la personne de la Colombie-Britannique (le BCHRT), qui a avisé le demandeur qu'il n'acceptait pas le dépôt de la plainte, concluant que les événements décrits par le demandeur n'avaient aucun lien avec des caractéristiques personnelles protégées; que, par le passé, il avait établi que le commerce électronique constituait une activité assimilable aux télécommunications, de sorte que la plainte relevait de la compétence fédérale, et que, même si l'affaire ne relevait pas de la compétence fédérale, elle ne relèverait pas du BCHRT si la vente ou la communication avait eu lieu en Ontario — Le BCHRT a déclaré que, puisque les allégations du demandeur n'établissaient pas que l'événement en question s'était produit en Colombie-Britannique, il n'avait pas compétence à l'égard des allégations — Le demandeur a ensuite déposé une plainte auprès de la CCDP — La CCDP a expliqué qu'elle ne pouvait pas statuer sur une plainte si la défenderesse ne relevait pas de la compétence fédérale — Elle a conclu que la défenderesse, en tant qu'exploitant de magasins de détail, relève de la propriété et des droits civils au titre de l'art. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que ses activités relèvent entièrement de la compétence provinciale et ne font pas partie intégrante des activités ou du fonctionnement d'une entreprise fédérale — Il s'agissait de savoir si la CCDP a eu raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence à l'égard de la défenderesse en ce qui concerne la plainte du demandeur en matière de droits de la personne — La CCDP a refusé de statuer sur la plainte du demandeur en application de l'art. 41(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 — La CCDP a eu raison de se concentrer sur les activités courantes de la défenderesse pour évaluer si l'entreprise relève ou non de la compétence fédérale; le fait que la CCDP ait omis de souligner que l'art. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* comprend les mots « dans la province » ne donnait pas à penser qu'elle a mal compris la portée de ce chef de compétence provinciale — En outre, le pouvoir fédéral de réglementer le trafic et le commerce n'était pas incompatible avec la compétence provinciale en matière de contrat privé entre les parties — La décision a montré que la CCDP s'est penchée sur la question de savoir si la nature des activités courantes de la défenderesse est telle qu'elle peut être considérée comme une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale; elle a conclu que chaque vente entre la défenderesse et ses clients constitue un contrat privé, de sorte qu'elle relève de la compétence provinciale — La CCDP a également examiné l'effet des ventes en ligne et a conclu que cela ne modifierait pas l'analyse de la compétence — L'incidence de l'aspect lié au « commerce électronique » des activités de la défenderesse a été examinée — Les activités de la défenderesse se font en partie en magasin — Le fait que la défenderesse utilise son site Web comme outil de vente ou, en l'espèce, qu'elle ait utilisé le courriel comme outil de communication ne pouvait être déterminant quant à la question de la compétence — Les communications entre le client et la défenderesse peuvent s'effectuer d'une province à l'autre, mais l'effet de la transaction qui en résulte est que la défenderesse fournit au client un produit à un endroit particulier dans une province donnée — Le fait que le produit puisse provenir d'une autre province est accessoire à la transaction entre la défenderesse et le client — Par conséquent, la CCDP n'a pas commis d'erreur dans son analyse constitutionnelle ayant mené à la conclusion que la défenderesse ne relève pas de la compétence fédérale et que la plainte déposée par le demandeur en matière de droits de la personne ne relève pas de la compétence de la CCDP — L'argument du demandeur selon lequel la conclusion tirée par le BCHRT sur la question de la compétence et le fait que la défenderesse n'a pas contesté cette conclusion devant le BCHRT donnent lieu à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été rejeté — Il était évident que les conditions préalables à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ne s'appliquaient pas en l'espèce — La décision du BCHRT en question ne pouvait être considérée comme ayant tranché la question de savoir si la CCDP a compétence pour statuer sur la plainte du demandeur — En conclusion, la CCDP a eu raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour statuer sur la plainte du demandeur en matière de droits de la personne — Demande rejetée.

PAPOUCHINE C. BEST BUY CANADA (T-1857-17, 2018 CF 1236, juge Southcott, jugement en date du 10 décembre 2018, 15 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PENSIONS**

Contrôle judiciaire de la décision défavorable du Centre des pensions du gouvernement du Canada, qui a refusé de reconnaître l'existence d'une relation d'emploi entre le demandeur et le gouvernement entre 1984 et 1995 et, partant, l'admissibilité du demandeur à une pension relativement au travail qu'il a effectué durant ces années — La *Loi sur la pension de la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-36 (LPFP) et la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, ch. 22, art. 12 et 13 (LEFP), étaient en cause dans la présente affaire — La LPFP vise non seulement les fonctionnaires nommés aux termes de la LEFP, mais aussi les employés d'une vaste gamme d'organismes qui ne font pas partie de la « fonction publique » au sens

FONCTION PUBLIQUE—Fin

strict — L'obligation de contribuer au régime est habituellement déclenchée dès qu'une personne commence à occuper un emploi admissible, mais la LPPF prévoit la possibilité d'effectuer une contribution rétroactive dans un certain nombre de situations, dont celle de la personne qui était, de fait, employée, mais qui ne versait pas de contribution au régime, quelle qu'en soit la raison — Le demandeur travaillait pour le Laboratoire David-Florida, qui appartient au gouvernement du Canada et fait aujourd'hui partie de l'Agence spatiale canadienne — L'Agence est visée par la LPPF — Entre 1983 et 1995, le demandeur a contribué aux travaux du Laboratoire à titre de technologue, mais il n'occupait pas un poste créé et doté selon la LEFP et a plutôt été embauché par un employeur privé — Il n'était pas contesté que le demandeur était entièrement intégré dans l'équipe du Laboratoire; il n'avait aucune interaction avec les entreprises qui l'ont embauché, sauf en ce qui concerne ses augmentations de salaire — Le demandeur a quitté le Laboratoire en juin 1995, il est devenu un employé de la fonction publique en octobre 1997, et il a contribué au régime depuis ce temps — Dès son embauche dans la fonction publique, le demandeur s'est enquis de la possibilité de racheter les années de service au Laboratoire, mais sans succès — Il a contacté le Centre des pensions à plusieurs reprises — Il s'agissait de savoir s'il était raisonnable que le Centre des pensions conclue que, dans les faits, le demandeur n'avait pas de relation d'emploi avec l'État, sauf pour la période du 1^{er} janvier au 30 juin 1995 — L'emploi dans la fonction publique obéit à des règles particulières — Par le passé, les tribunaux ont statué que les lois portant sur l'emploi dans la fonction publique avaient pour effet d'exclure l'application des principes du droit privé portant sur la relation d'emploi — Une affaire particulièrement pertinente est l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614 (*Econosult*), où la Cour suprême du Canada a établi qu'on ne peut recourir aux principes de droit privé pour reconnaître une relation d'emploi de fait aux fins du régime de rapports collectifs de travail de la fonction publique — La Cour fédérale a dû déterminer si le Centre des pensions a raisonnablement appliqué la doctrine de l'autorité du précédent à la question de savoir s'il pouvait déterminer l'existence d'une relation d'emploi en se fondant sur l'ensemble des circonstances de la présente affaire, et si la règle établie dans l'affaire *Econosult* devait être étendue au régime de pension créé par la LPPF — Rien ne démontre que la Cour suprême ait voulu énoncer une interdiction générale de recourir au critère de droit privé afin de constater l'existence d'une relation d'emploi impliquant l'État quel que soit le contexte — La jurisprudence de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui a envisagé l'application de la règle de l'arrêt *Econosult* en matière de pensions ne dicte pas non plus une réponse unique — Les décisions examinées ne rendaient pas déraisonnable la politique du Centre des pensions permettant d'octroyer une pension à une personne qui démontre que, dans les faits, elle avait une relation d'emploi avec l'État — Le Centre des pensions a tiré la conclusion que le demandeur n'avait pas de relation d'emploi avec l'État et qu'il ne pouvait donc recevoir de pension selon la LPPF pour la période considérée, et ce faisant il a adopté un raisonnement qui constituait une perversion totale du critère permettant d'établir une relation d'emploi, dont l'objectif est de déterminer si, au-delà des relations juridiques formelles que les parties ont mises en place, il existait dans les faits une relation d'emploi — Lorsque les parties ont conclu un contrat qui se présente comme un contrat de services, il faut examiner les modalités du contrat pour vérifier si elles établissent une relation qui peut être véritablement qualifiée de relation d'emploi — Il faut aussi examiner la relation réelle pour déterminer si une relation d'emploi véritable existait entre les parties — Si l'examen du contrat et de la réalité démontre l'existence d'une relation d'emploi, le fait que les parties aient agi conformément au contrat ne fait pas obstacle à une telle conclusion — D'ailleurs, la position adoptée par le Centre des pensions conduit à des résultats absurdes : elle accorde une prime à la violation du contrat et permet même aux parties de manipuler le résultat de l'exercice, en rédigeant un contrat qui reflète ou qui ne reflète pas la réalité, selon le résultat désiré — Si l'on prend un peu de recul, on doit aussi s'interroger sur l'objectif poursuivi par la LPPF, qui est d'assurer la sécurité financière des fonctionnaires lors de leur retraite — L'intention du législateur est que l'adhésion au régime soit obligatoire — En l'espèce, le Laboratoire où le demandeur a travaillé souhaitait embaucher ce dernier comme employé et l'a traité comme tel durant la période qu'a duré leur collaboration, mais pour éluder certaines contraintes administratives, il a mis en place une relation tripartite — Par conséquent, la décision du Centre des pensions était déraisonnable — Demande accueillie.

CÉRÉ C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2010-17, 2019 CF 221, juge Grammond, jugement en date du 22 février 2019, 27 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**PÉNALITÉS ET INTÉRÊTS**

Contrôle judiciaire de la décision du défendeur de refuser de payer des intérêts sur une somme remboursée au demandeur — Le demandeur s'est vu imposer une pénalité importante en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, et il a fait un paiement anticipé au défendeur à titre de somme en litige — Une nouvelle cotisation a par la suite été établie, la pénalité a été annulée et la somme en cause a été restituée au demandeur sans intérêts — Il s'agissait de savoir si le refus du défendeur de payer des intérêts était raisonnable — Il fallait à cette fin déterminer si la somme versée par le demandeur en

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

paiement de la cotisation imposant la pénalité se rapportait à une année d'imposition — Le défendeur a soutenu qu'il s'agissait d'une erreur de mentionner une année d'imposition dans la nouvelle cotisation et que celle-ci était donc invalide — Toutefois, la jurisprudence reconnaît que les erreurs administratives ne vicient pas une cotisation — Presque tous les renseignements contenus dans la nouvelle cotisation paraissaient exacts — Seul un détail technique semblait erroné — La nouvelle cotisation était donc valide — Aucun élément de preuve convaincant ni fondement juridique n'a été présenté pour établir que la pénalité infligée par le défendeur ne pouvait se rattacher à une année d'imposition — Le sens ordinaire et sans équivoque du libellé des dispositions législatives en cause menait à une seule conclusion en l'espèce à la lumière de la preuve présentée, à savoir que la mention d'une année d'imposition dans une nouvelle cotisation signifiait que des intérêts devaient être payés en application des art. 152(8) et 164(3)e) de la Loi — La jurisprudence actuelle appuie cette conclusion — Demande accueillie.

GLATT C. CANADA (REVENU NATIONAL) (T-1463-17, 2019 CF 738, juge Diner, motifs du jugement en date du 24 mai 2019, 57 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3